CÁTEDRA

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Dr. Juan Larrea Holguín

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Contratos II

Edición Corregida y Actualizada

3 vol.8

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

MONSEÑOR JUAN LARREA HOLGUÍN (†)

Arzobispo de Guayaquil.

Abogado, Doctor en Derecho Civil y Doctor en Derecho Canónico.

Ejerció la abogacía durante diez años y después se ordenó sacerdote.

Fue Vicepresidente del Tribunal Supremo Electoral.

Asesor de la Presidencia de la República, de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio de Agricultura.

Procurador de la Caja del Seguro; Miembro de la delegación del Ecuador a la Conferencia de Cancilleres de Santiago de Chile.

Miembro de la Comisión para preparar Reformas a la Constitución de la República.

Profesor de las Universidades Central, Católica de Quito, Católica de Guayaquil; en el Instituto de Altos Estudios Nacionales; en la Academia de Diplomacia; en los seminarios de Ibarra y Guayaquil; Miembro de la Junta Consultiva de Relaciones Exteriores; de las Academias de la Historia y de la Lengua.

Autor de más de sesenta libros de Jurisprudencia, Derecho Civil, Internacional Privado y Constitucional.

Autor de varias obras de carácter ético y religioso.

Recibió el título de Doctor "Honoris Causa" de la Universidad Católica de Guayaquil; el Premio "Tobar" de la Municipalidad de Quito y el Premio Nacional "Eugenio Espejo".

Fue Obispo Auxiliar de Quito, Obispo de Ibarra y Obispo Castrense.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN QUITO
NTARIO
ción ..... Canje .....
.....
ha 29-09-12 Precio 20.25
..... Fecha Inf .....
.....
.....

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
01	07	03

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

346
L333
v.8

UNIVERSIDAD CENTRAL
CONTROL DE BIENES
5136542

DR. JUAN I. LARREA HOLGUÍN

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

VOLUMEN VIII

CONTRATOS II

EL ARRENDAMIENTO, LA SOCIEDAD, EL MANDATO, EL COMODATO O PRÉSTAMO DE USO, EL MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO, EL DEPÓSITO Y EL SECUESTRO, LA FIANZA, LA PRENDA, LA HIPOTECA, LA ANTICRESIS, LA TRANSACCIÓN, LOS CONTRATOS ALEATORIOS

P: 1
E: 07
B: 03

QUITO, 2008

FD. 1632

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR
Volumen VIII

Contratos II

El Arrendamiento, La Sociedad, El Mandato, El Comodato o Préstamo de Uso, El Mutuo o Préstamo de Consumo, El Depósito y El Secuestro, La Fianza, La Prenda, La Hipoteca, La Anticresis, La Transacción, Los Contratos Aleatorios

Dr. Juan I. Larrea Holguín

Revisión
Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación
Departamento de Diagramación - CEP

Impresión
Talleres - CEP

Derecho de Autor No. 029914: 30-oct-2008
ISBN Obra Completa No. 978-9978-86-800-3: 31-oct-2008
ISBN No. 978-9978-86-810-2: 31-oct-2008

Edición. Segunda
Tiraje. Mil

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

ÍNDICE

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR
VOLUMEN VIII

CONTRATOS II

CAPÍTULO I EL ARRENDAMIENTO 1

1. Definiciones 1
2. Naturaleza jurídica 4
3. Clases de contratos de arrendamiento 10
4. Sujetos del contrato de arrendamiento 12
5. Objeto del contrato de arrendamiento 16
6. El precio, pensión o canon de arrendamiento 22
7. Forma o solemnidad 25
8. Obligaciones del arrendador 27
9. Obligación del arrendador de mantener la cosa en buen estado 32
10. Obligación de saneamiento por evicción 38
11. Saneamiento de vicios de la cosa 43
12. Reparaciones a cargo del arrendador 46
13. Obligaciones del arrendatario 50
14. Obligaciones de usar la cosa arrendada 59
15. Obligación de reparar la cosa arrendada 63
16. Obligación de avisar al arrendador cualquier usurpación y otros daños 66
17. Obligación de devolver la cosa arrendada 67
18. Subarriendo, cesión y subrogación 73

C.87055

19. Terminación del arrendamiento 79
20. El desahucio 107
21. Reglas particulares para el arrendatario de casas, almacenes y otros edificios 118
22. Arrendamiento de inmuebles rurales 124
23. Contratos de servicios 135
24. Contrato para la construcción de una obra material 140
25. Contratos de ejecución de obra inmaterial 159
26. Algunos contratos especiales 164
27. El contrato de transporte 169

CAPÍTULO II LA SOCIEDAD 175
28. Reglas generales 175
29. De las diferentes especies de sociedad 203
30. Principales cláusulas del contrato de sociedad 210
31. Administración de la sociedad 218
32. Obligaciones de los socios entre sí 235
33. Obligaciones de los socios frente a terceros 255
34. Terminación de la sociedad 262

CAPÍTULO III EL MANDATO 281
35. Definición y caracteres del mandato 281
36. Clases de mandato 293
37. Capacidad jurídica para este contrato 295
38. Objeto 297
39. Forma o solemnidad 300
40. Administración del mandato 302
41. Actos prohibidos para el mandatario 317
42. Situaciones especiales 319
43. Responsabilidades que surgen del mandato 325
44. Especiales obligaciones del mandatario 331

45. Obligaciones frente a terceros 334
46. Principales obligaciones del mandante 334
47. Terminación del contrato de mandato 339

CAPÍTULO IV EL COMODATO O PRÉSTAMO DE USO 349
48. Definición de este contrato 349
49. Características del Comodato 352
50. Obligaciones del comodatario 356
51. Derechos del comodatario 364
52. Transmisión de derechos y obligaciones 366
53. Obligaciones del comodante 368
54. El comodato precario 370
55. Terminación del comodato 371

CAPÍTULO V EL MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO 373
56. Definición 373
57. Naturaleza jurídica 377
58. Analogía con otros contratos 380
59. Capacidad de las partes 383
60. Forma del mutuo 384
61. Causa y motivación 386
62. El objeto en el mutuo 387
63. Principal obligación del mutuario: devolver 388
64. Obligación de pagar intereses 391
65. Préstamo de cosa ajena 396
66. Obligaciones del mutuante 397

CAPÍTULO VI EL DEPÓSITO Y EL SECUESTRO 399
67. Definición y características del depósito 399
68. Clasificaciones 404
69. Naturaleza jurídica del depósito 405
70. Figuras análogas al depósito 406

71. Sujetos: capacidad y consentimiento 407
72. El objeto en depósito 411
73. Forma y prueba del depósito 414
74. Obligaciones del depositario 416
75. Derechos del depositario 430
76. Depósito necesario 433
77. Depósitos en hoteles 435
78. El Secuestro 439

CAPÍTULO VII LA FIANZA 445
79. Definición y características de la fianza 445
80. Caracteres de la fianza 447
81. Figuras análogas a la fianza 451
82. Clases de fianzas 454
83. Objeto de la fianza 460
84. El sujeto de la fianza 463
85. Forma y Prueba 466
86. Relaciones entre el fiador y el acreedor 467
87. Beneficio de excusión 476
88. Beneficio de división 483
89. Relaciones entre el fiador y el deudor principal 484
90. Relaciones entre los cofiadores 492
91. Extinción de la fianza 495

CAPÍTULO VIII LA PRENDA 501
92. Descripción y definición 501
93. Características y modalidades de la prenda 503
94. Analogías 510
95. Clases de Prenda 512
96. Sujetos del contrato de prenda 513
97. Objeto en prenda 515
98. Forma del contrato de prenda 519
99. Derechos del acreedor prendario 521
100. Obligaciones del acreedor 530

101. Terminación del contrato de prenda 532

CAPÍTULO IX LA HIPOTECA 539
102. Concepto, definiciones, caracteres 539
103. Breve reseña histórica sobre la hipoteca 548
104. Diversas clases y modalidades de la hipoteca 549
105. Sujetos de la hipoteca 552
106. Objeto del derecho real de hipoteca y del contrato correspondiente 556
107. Extensión y limitación de la hipoteca 561
108. Forma o solemnidad de la hipoteca 565
109. Efectos de la hipoteca 569
110. La preferencia del acreedor hipotecario 580
111. Extinción de la hipoteca 584

CAPÍTULO X LA ANTICRESIS 589
112. Definición 589
113. Características y analogías 591
114. Objeto de la anticresis 594
115. Sujetos del contrato 595
116. Forma del contrato de anticresis 596
117. Derechos del acreedor anticresista 597
118. Derechos del deudor 601
119. Extinción de la anticresis 603
120. Anticresis judicial o prenda pretoria 604

CAPÍTULO XI LA TRANSACCIÓN 605
121. Definición 605
122. Clases 606
123. Analogías 607
124. Naturaleza jurídica 607
125. Capacidad 610
126. Elementos reales (objeto) 611
127. Elemento formal 613
128. Efectos 614

129. Extinción 621

CAPÍTULO XII CONTRATOS ALEATORIOS 625
130. Definición 625
El juego y la apuesta 627
131. Definición y apreciación de su valor 627
132. Clasificación de los juegos 631
133. Características jurídicas del juego y la apuesta 633
134. Analogías 635
135. Elementos subjetivos 636
136. Objeto de estos contratos 637
137. Forma 637
138. Efectos jurídicos del juego o la apuesta 637
La Renta Vitalicia 640
139. Definición. Utilidad 640
140. Características 643
141. Analogías 644
142. Sujetos del contrato de renta vitalicia 644
143. Elementos objetivos de la renta vitalicia 648
144. Forma del contrato 651
145. Efectos u obligaciones que nace del contrato de renta vitalicia 652
146. Terminación del contrato de renta vitalicia 658
147. Renta vitalicia gratuita 659

BIBLIOGRAFÍA 661

CAPÍTULO I
EL ARRENDAMIENTO

1. Definición

1.1. Después del contrato de compraventa, probablemente no hay ningún otro tan frecuente como el de arrendamiento, lo cual origina el conocimiento muy extendido de esta figura jurídica; pero, al mismo tiempo, la variedad de aplicaciones y las múltiples modalidades que han surgido en la historia y en los últimos tiempos, produce cierta dificultad de precisar en qué consiste el arrendamiento.

1.2. El artículo 1856 del Código Civil lo **define** así: "Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales".

1.3. Surge inmediatamente, de la lectura de la definición, el **carácter complejo** del contrato que vamos a exponer. Se trata de una complejidad de origen histórico y que ha evolucionado hacia la disgregación del conjunto de situaciones contractuales, especificándose modernamente una variedad de figuras nuevas, desgajadas o derivadas del primitivo arrendamiento.

El artículo transcrito hace clara referencia a esta situación nueva, al mencionar las leyes del trabajo y otras especiales; efectivamente la legislación laboral, hoy recogida principalmente en el Código del Trabajo, sustituye al antiguo concepto de arrendamiento de servicios o de obra, aunque subsisten estas modalidades de arrendamiento.

En cuanto a las otras **leyes especiales**, éstas son principalmente las de carácter administrativo, destinadas a proteger con mayor esmero a ciertos

sectores vulnerables de la población, o para estimular la construcción de viviendas, el mejoramiento de la producción agraria o para regular los contratos de la Administración Pública. Todas ellas, no desvirtúan el arrendamiento clásico, pero sí lo matizan con ciertas disposiciones que responden a objetivos de política económica, social y aún demográfica.

1.4. La definición de nuestro Código engloba, pues, las tres figuras principales de arrendamiento: el de **cosas**, el de **servicios** y el de **obras**. La primer es la fundamental, la que ha dado origen a las demás, pero también la de menor nobleza, ya que mucho más que cualquier cosa, valen los actos humanos: servicios u obras realizadas por el ser inteligente y libre. El Título XXV del Libro IV, que trata del contrato de arrendamiento, dedica siete parágrafos (Arts. 1857 a 1940) al arrendamiento de cosas, el parágrafo 8° (Arts. 1941 a 1947) al arrendamiento de servicios inmateriales y el parágrafo 9° (Arts. 1948 a 1956) a un servicio concreto, que es el de transporte, el cual además es regulado específicamente por el Código de Comercio, y leyes de navegación aérea, marítima o transporte terrestre. El Código del Trabajo es aplicable sobre todo a los servicios materiales, aunque, es difícil delimitar en ciertos casos su órbita de vigencia. La **Ley de Inquilinato** se refiere especialmente a los arrendamientos urbanos. Leyes administrativas regulan específicamente los contratos de las personas jurídicas públicas. Nos encontramos, pues, ante un compleja legislación.

1.5. En la definición del Código Civil se destacan las características esenciales del arrendamiento: es un contrato **bilateral, conmutativo** o sinalagmático, simplemente **consensual**, no solemne y **oneroso**.

1.6. Cada parte tiene sus obligaciones, que representan la causa jurídica para las obligaciones de la otra. El **arrendador** concede el goce de una cosa o se obliga a prestar un servicio o ejecutar una obra; el **arrendatario**, a su vez, debe pagar un precio que normalmente se llama canon, pensión de arrendamiento o alquiler.

1.7. En términos muy generales se puede decir que el arrendamiento se caracteriza por la **temporalidad** y **onerosamente**. Estas dos cualidades sirven esencialmente para distinguirlo de otras figuras jurídicas; así, el censo tenía carácter perpetuo, y varios contratos parecidos al arrendamiento, son gratuitos, como sucede con el depósito o el comodato.

1.8. La definición de nuestro artículo 1856 depende de la tradición de los romanistas que lo consideraban *contractus consensualis de rei usu, vel operis pro certa mercede prestandis,* y como dice Fuentes Lojo "cobijaban en su ámbito la cesión del uso de una cosa y la prestación de una obra o servicio".

La tendencia moderna es la de distinguir como tres figuras diferentes, el arrendamiento de cosas, de servicios y de obras, pero no es uniforme, y algunos códigos conservan la unidad de las tres formas de contrato. Puig Peña reproduce la definición de Zachariae, que comprende las tres formas de arrendamiento por el cual una de las partes se compromete por un precio que la otra se obliga a pagarle, bien sea a procurar a ésta el uso y goce temporal de una cosa *(locatio rerum)* o a prestarle temporalmente sus servicios *(locatio operarum)* o a hacer por cuenta de ella una obra determinada *(locatio operis).*

1.9. Algunos **códigos,** como el Alemán y el Suizo de las Obligaciones (de 1912) distinguen claramente el arrendamiento de cosas del contrato de servicios o de trabajo y el contrato de obra *(contrat d'entreprise)* y en otros países, como en el nuestro, el desarrollo del contrato de trabajo llega hasta el punto de configurar un código especial: el Código del Trabajo. No obstante, la vinculación de estas diversas formas contractuales permanece en muchos aspectos y no es raro encontrar situaciones en las que difícilmente se señala una frontera precisa entre unos y otros convenios. La jurisprudencia juega un papel muy importante en este aspecto, sobre todo en cuanto a caracterizar los contratos de trabajo.

1.10. La noción del **arrendamiento de cosas** resulta más nítida que las otras y por ello no ha sido necesario que el Código Civil la definiera específicamente. Encontramos, en cambio en la jurisprudencia, entre otras, ésta: "El arrendamiento de cosas consiste en la obligación del arrendador de conceder al arrendatario el goce de la cosa arrendada, y en la del segundo de pagar al primero el precio estipulado por ese goce. En consecuencia, tal arrendamiento continúa o termina siempre que continúen o terminen aquellas obligaciones de las partes".

2. Naturaleza jurídica

2.1. De la misma definición del artículo 1856 se deriva la conclusión, confirmada por todo el tratamiento legal de esta materia, que el arrendamiento es un contrato y solamente produce **obligaciones entre las partes**. Esta ha sido también la doctrina clásica al respecto y sólo modernamente se ha planteado la concepción del arrendamiento como un derecho real, sin que tal teoría haya alcanzado una común aceptación.

2.2. Guillermo Borda señala los argumentos ya esgrimidos por Troplong para sostener que nos hallamos ante un derecho real: 1. El arrendamiento debe ser respetado por el adquirente de la propiedad arrendada; 2. En el caso de recuperarse la propiedad, hay que respetar el arrendamiento hecho por quien estaba en posesión de la cosa; 3. El arrendatario tiene una acción directa para defender la cosa.

2.3. Algunos autores, entre ellos Castán, Sánchez Román, De Diego y Díaz Moreno consideran que el arrendamiento llega a ser un **derecho real** cuando se produce inscripción en el Registro de la Propiedad. Puig Peña objeta al respecto, que no es posible que cambie la naturaleza de un acto por la inscripción.

2.4. Planiol y Ripert, Puig Brutau y otros consideran que se debe calificar como una **categoría** intermedia entre los derechos reales y las simples obligaciones personales, por los peculiares efectos que se produce entre el arrendador y el arrendatario y aún frente a terceros.

2.5. Puig Peña señala que aunque el arrendador concede únicamente un derecho de goce, como consecuencia de ello se **crea una propiedad**: la de los frutos o productos que pertenecerán al arrendatario; esto origina la imprecisión de los límites entre arrendamiento y venta; para resolver la dificultad, antiguos autores acudían a la forma del pago (si era de una sola vez, se trataba de venta y si en varias veces, sería arrendamiento), posteriormente se acudió a considerar la extensión de los derechos concedidos (doctrina francesa de Colin y Capitant, etc.), si sólo se concede parte de la cosa hay arriendo; modernamente algunos, como De Diego, atienden al criterio subjetivo, al propósito de las partes. Todo lo cual demuestra la

dificultad de señalar fronteras absolutas entre la mera obligación y el derecho real.

2.6. Nuestra ley sigue la **doctrina clásica** y considera el arrendamiento como un contrato y nada más. La abundante jurisprudencia nacional confirma esta concepción oficial de la naturaleza del arrendamiento.

2.7. Dentro de la concepción exclusivamente contractual del arrendamiento, hay que señalar ciertas peculiaridades importantes, y entre ellas, la de ser un convenio de tracto **sucesivo**, por el que las obligaciones entre las partes se cumplen sucesivamente en el tiempo, dependiendo recíprocamente su vinculación.

2.8. Este contrato es consensual, bilateral y oneroso; tales características, además del objeto sobre el que recaiga y la intención de las partes, lo distinguen de otros similares. Examinemos las principales analogías.

2.8.1. En el **depósito**, quien lo recibe es un tenedor, como el arrendatario, pero mientras el arriendo es un contrato meramente consensual, el depósito es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa; además, el arrendamiento se pacta con miras a satisfacer las necesidades del arrendatario, mientras que la utilidad del depósito se centra en el dueño de la cosa que será guardada por el depositario en beneficio del primero y la diferencia más notoria consiste en la gratuidad del depósito, frente al carácter oneroso del arriendo, aunque por excepción, el depósito pueda pactarse con algún precio.

El depósito, como el comodato, es **gratuito**, y en esto se distingue fundamentalmente del arrendamiento. El artículo 2124 dice que el depósito degenera en arrendamiento de servicio, "si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa". Nótese que puede convenirse en que el depositario reciba cierta cantidad de dinero, no "por la simple custodia", sino en razón de gastos que deba realizar.

Otra diferencia procede de los **frutos**, que en el arrendamiento corresponden al arrendatario, como se reconoce en el artículo 662, mientras que el depositario no hace suyos los frutos.

2.8.2. El **usufructo** es un derecho real que confiere al usufructuario amplios derechos de uso y goce de la cosa; supone un desmembración de la propiedad (entre el nudo propietario y el usufructuario) y tiene una duración generalmente mayor que el arriendo, puesto que puede ser vitalicio o hasta el cumplimiento de una condición, mientras que el arrendamiento suele ser para períodos determinados y generalmente de menor duración; también hay una diferencia frecuente en cuanto el precio, que si lo hay en el usufructo se suele pagar de una sola vez, mientras que en el arrendamiento lo es en forma de pensiones periódicas; el usufructo, además puede ser gratuito y el arrendamiento nunca lo es.

Borda señala otras diferencias entre arrendamiento y usufructo: el primero solamente nace de un contrato, mientras que el segundo puede originarse en un testamento o adquirirse por usucapión; el arrendamiento puede transmitirse por causa de muerte y el usufructo termina con el fallecimiento del usufructuario; éste goza de todas las acciones reales, mientras que el arrendatario solamente puede hacer uso de ciertas acciones posesorias que se extienden a favor del mero tenedor; el derecho real de usufructo debe constar en escritura pública y el arriendo puede ser simplemente concertado verbalmente.

2.8.3. El derecho de **habitación**, muy similar al usufructo, es también un derecho real, generalmente perpetuo o de larga duración. El **patrimonio familiar**, se configura como un especial derecho de habitación a favor de una persona y su hogar doméstico. El parecido de estas situaciones con la del arrendatario es más externa que jurídica.

2.8.4. El carácter oneroso del arrendamiento, es lo que principalmente le distingue el **comodato**. En ambos contratos se entrega una cosa para que sea gozada por otro, pero el arriendo requiere un precio, canon o pensión, mientras que el comodato es gratuito. Generalmente el comodato puede terminar al arbitrio del comodante, mientras que el arrendamiento supone un plazo que obliga a ambas partes. El comodato, cuando efectivamente queda a total disposición del propietario, constituye el **precario**.

El artículo 1411 señala indirectamente que el uso y goce de una cosa no constituye arrendamiento sino comodato, si no hay precio, ya que declara "no haber donación en el comodato de una cosa, aunque el uso y goce

acostumbre a darse en arriendo". La diferencia entre el comodato y el arrendamiento está precisamente en que el primero es gratuito y el segundo, oneroso.

2.8.5. La duración larga, junto con la obligación de mejorar o transformar de alguna manera la cosa, caracteriza a la **enfiteusis**, que por lo demás, es en todo igual al arrendamiento.

En nuestro Litoral son frecuentes los arrendamientos agrícolas a plazo relativamente largo, con obligación de realizar plantaciones importantes, de banano, cacao u otros productos tropicales, que después de un tiempo se **redimen**; la similitud con la enfiteusis es notoria.

2.8.6. Hay ciertas modalidades de arrendamientos agrícolas, por las cuales se concede más limitadamente el goce de la cosa, reservándose el propietario o poseedor otra parte del disfrute; tal es el caso del contrato de **potreraje**, muy frecuente en la Sierra ecuatoriana y por el cual, una persona introduce sus cabezas de ganado en el campo en el que también pastan los animales del dueño.

2.8.7. También es un caso de modalidad especial de arrendamiento, el del contrato de **hospedaje**, en el que el arrendador ofrece algunos servicios accidentales, como los de limpieza, comida, etc. Mientras que el que recibe huéspedes se reserva derechos de vigilancia o disciplina, sin perjuicio de las responsabilidades del locatario respecto de la conservación de la cosa. Estos peculiares arrendamientos en hoteles, pensiones, posadas, etc., normalmente tienen carácter comercial o se rigen por leyes especiales, pero en realidad no difieren mucho del arrendamiento común.

2.8.8. Igualmente, hay arrendamientos -en general de muy breve duración, incluso solamente por horas o minutos-, destinados a la permanencia momentánea de automotores (***parking***), en los que difícilmente se distingue el arriendo del depósito, y se suman ciertos servicios auxiliares, como los de limpieza de los vehículos.

2.8.9. Especial dificultad presentan los arrendamientos de **cajas o bóvedas de seguridad** en los bancos. El banco no recibe las cosas en depósito, ni siquiera sabe qué cosas introduce el cliente, de lo que se deriva que no

puede pedirse al Banco que entregue tales cosas por haberse decretado su embargo y, en cambio, puede procederse contra el dueño y el Juez ordenará forzar las seguridades del banco y secuestrar los objetos.

2.8.10. Hay contratos atípicos como los de **suministros de servicios** de electricidad, teléfonos o agua, la exhibición de objetos en una vitrina comercial, los boletos de suscripción a funciones teatrales y la vivienda que se proporciona a un portero.

2.8.11. La diferencia entre el contrato para la construcción de una obra material y el de **compraventa**, está expresamente prevista en el artículo 1930, y baste anotar aquí, que hay venta y no arriendo cuando el artífice suministra la materia, mientras que si ésta es proporcionada por el que ordena la obra, hay arrendamiento. La dificultad es mayor cuando parte de la materia es proporcionada por el uno y otra parte por el otro, ya que hay que definir según la mayor importancia de estos aportes.

2.8.12. Pueden subsistir simultáneamente los contratos de **arrendamiento y de venta**, pero no respecto de la misma cosa exactamente, sino de partes o productos de una cosa. Tal es el caso del arriendo de una hacienda, con el pacto especial que confiera al arrendatario el derecho de explotar o talar totalmente un bosque; esto segundo es una venta, ya que el arrendamiento no da derecho por sí sólo a derribar los árboles.

2.8.13. Mayor es la distancia entre el arrendamiento y el mutuo, ya que en el préstamo con interés, se entrega una cosa y se cobra un precio por el disfrute, pero en el arrendamiento se debe restituir la misma cosa mientras que en el mutuo el deudor debe restituir cosas de la misma especie, cantidad y calidad o su valor. En el préstamo de consumo o mutuo, se transfiere la propiedad de la cosa y es un contrato real, mientras que el arrendamiento sólo confiere la tenencia y origina obligaciones.

2.8.14. Una forma especial de arrendamiento comercial que luego se transforma en venta es el ahora conocido como contrato de *leasing*, pero que es en la práctica anterior a la vigencia de la respectiva ley.

2.8.15. El artículo 2340 relaciona la **anticresis** al arrendamiento, en cuanto a dos aspectos: por una parte, no termina la anticresis en los mismos casos

en que no termina el arrendamiento conforme al artículo 1903, cuando se enajena la cosa; por otra parte, declara que "no valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca". La anticresis, como el arrendamiento no confiere ningún derecho real y no puede prevalecer sobre tales derechos, del mismo modo que un arrendamiento posterior no puede afectar a tales derechos ni a anteriores arrendamientos. Dice el artículo 2342: "El acreedor que tiene anticresis, goza de los mismos derechos que el arrendatario, para el abono de mejoras, perjuicios y gastos; y está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario, relativamente a la conservación de la cosa". La similitud con el arrendamiento es máxima: en ambos contratos hay entrega de la tenencia de una cosa para que el tenedor goce y disfrute de ella; en ambos hay un precio; pero la diferencia está en que el precio en el arrendamiento suele ser en forma de pensión periódica correspondiente a lapsos de goce de la cosa, mientras que el acreedor anticrético ha dado un dinero o tiene derecho a una suma de dinero que le debe el dueño de la cosa dada en anticresis como pago de su deuda y el goce de la cosa por parte del acreedor compensa los intereses y aún el capital a que tiene derecho. Se puede decir que la diferencia está en el origen del contrato y la intención subjetiva: con el arriendo se pretende prestar un servicio oneroso; con la anticresis se quiere pagar una deuda.

2.8.16. "Si el **comprador se constituye en mora de recibir**, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido (...)".(...) Se produce algo análogo a un arrendamiento; un arrendamiento forzoso y precario, puesto que no se ha formado el contrato de arrendamiento; un arrendamiento forzoso y precario, puesto que no se ha formado el contrato de arrendamiento por acuerdo de las dos partes, sino por el incumplimiento del comprador que no ha retirado la cosa comprada y queda en tenencia del vendedor, ocupando sus almacenes o depósitos: el comprador resulta una especie de arrendatario forzoso.

2.9. Ya que el arrendamiento no confiere ningún derecho real, ni transfiere la posesión de la cosa, sino únicamente la tenencia, como lo declara el artículo 740, hay que destacar el importante aspecto de la naturaleza jurídica de este contrato **con relación a la prescripción.**

Según el artículo 2394, se renuncia a la prescripción por el hecho de tomar el poseedor en arrendamiento la cosa que posee, puesto que este contrato implica un reconocimiento de que el arrendatario no tiene derecho a la propiedad y como el arrendamiento solamente confiere la **tenencia** y no la posesión, implica reconocimiento del dominio ajeno e impide, por lo mismo, que el arrendatario pueda alcanzar la usucapión, ni siquiera la extraordinaria de quince años, puesto que en ningún momento el arrendatario es poseedor; y si pretende convertir la mera tenencia en posesión, por su sola autoridad, está procediendo de mala fe, necesariamente con violencia o con clandestinidad, de suerte que no reúne las condiciones para la prescripción extraordinaria.

Tratando de la tradición, el artículo 700 admite las dos clásicas maneras de efectuarla, que arrancan del Derecho Romano: la *brevi manu* y el *constituto possesorio*; en el primer caso, el que es arrendatario se convierte en poseedor desde el momento en que se le confiere un **título traslativo** de dominio como la compraventa: pasa de ser mero tenedor a poseer con ánimo de señor y dueño de cuanto le pertenece; en el segundo, el que es dueño de una cosa transfiere su dominio y queda en calidad de arrendatario, **teniendo** la cosa en nombre del nuevo dueño. El cambio del título en uno y otros casos, no se hacen por arbitraria disposición del beneficiado sino por determinación de quien realmente puede disponer de la cosa.

"Los **frutos naturales** de una finca pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, a favor del poseedor de buena fe, del usufructuario, del arrendatario" dice el artículo 662, y así describe que mediante el contrato -hecho del hombre-, cabe ceder a otro esos frutos y productos naturales.

Por otra parte, las **pensiones** devengadas son frutos civiles, y si la cosa arrendada está hipotecada, los acreedores pueden embargar juntamente con el fundo, esos frutos civiles y desde ese momento, el pago no debe hacerse al arrendador.

3. Clases de contratos de arrendamiento

3.1. En la definición del arrendamiento se incluye la distinción de tres formas bastante diferentes de este contrato: los que se aplican a **cosas, a**

servicios y a la realización de una **obra o construcción**. Estos constituyen tres clases de contratos.

3.2. Desde otro punto de vista, la aplicación de **leyes especiales**, origina una nueva clasificación, que se refiere principalmente al objeto material del contrato o pretende proteger a ciertas categorías de personas más vulnerables y necesitadas del amparo de la ley. Varios autores distinguen fundamentalmente los contratos **civiles, comerciales y administrativos**.

3.3. "Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están sujetos a reglamentos particulares, y en lo que no lo estuviesen, a las disposiciones del presente Título", dice el artículo 1864.

Los arrendamientos celebrados con un órgano de la Administración Pública, deben sujetarse a las normas de licitación y otros procedimientos especiales. Hay que mencionar que algunos contratos con la Administración que se denominan "usufructo" o "arrendamiento", constituyen más exactamente **concesiones** y se someten a las leyes administrativas.

3.4. Entre las leyes especiales que hay que tener en cuenta, destaca el **Código de Comercio**, que configura de modo peculiar el contrato de transporte mercantil además de regular específicamente el transporte marítimo, mientras que las disposiciones del Código Civil, en el parágrafo 9º del Título XXV del Libro IV, conservan el carácter de normas supletorias, de derecho común (Arts. 1948 a 1956).

El **arrendamiento mercantil**, sin embargo, no está incluido aún en el Código de Comercio, sino que se regula por la ley especial contenida en el Decreto Supremo 3121, promulgado en el Registro Oficial 745 del 5 de enero de 1979.

3.5. Los locales arrendados para habitación o para habitación y lugar de trabajo, en las zonas urbanas, se someten a la **Ley de Inquilinato** y subsidiariamente a las disposiciones del parágrafo 5º del Título XXV del Código Civil. Estos contratos configuran una clase peculiar de arrendamiento en cuanto a exigencias de estabilidad, desahucio, y a ciertos detalles sobre conservación y reparaciones del inmueble, además están sujetos a registro obligatorio.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

Las diferencias entre un contrato de alquiler de vivienda y el arrendamiento comercial o destinado a la industria, se ponen de relieve en muchas sentencias de la Corte Suprema.

3.6. El arrendamiento de **predios rústicos** posee igualmente características singulares, por las que el Código Civil le dedica el parágrafo 6º de este mismo Título. Pero, sobre todo, estos contratos han sufrido el impacto de las leyes de Reforma Agraria que se han dictado en el Ecuador desde 1964. La línea general seguidas por esta legislación es adversa al contrato de arrendamiento de predios agrícolas, que solamente se permite por excepción, aunque en las últimas leyes se vuelve a una mayor libertad.

4. Sujetos del contrato de arrendamiento

4.1. A pesar de ser términos vulgarmente conocidos, el Código determina expresamente cómo se denominan las partes del contrato. Esto lo hace en el artículo 1960, refiriéndose directamente al arrendamiento de cosas: "En el arrendamiento de cosas, la parte que da el goce de ellas se llama **arrendador**, y la parte que da el precio, **arrendatario**". Obviamente, estas palabras no se aplican en el caso de arriendo de obras o servicios; en tales casos se habla de contratante y contratista, de empleador y trabajador, de transportador y transportado, etc.

4.2. El arrendador generalmente es el dueño de la cosa, pero no es indispensable tener el derecho de **propiedad** para poder arrendar. Efectivamente, cabe el arriendo por parte de quien solamente tenga la posesión o aún la mera tenencia, como sucede en los casos del usufructuario o del arrendatario que subarrienda.

4.3. El sujeto, si es **capaz** y puede disponer de sus bienes, procederá a celebrar el contrato por sí mismo, o por medio de un mandatario u otra persona que voluntariamente le represente. Por el contrario, si el sujeto es incapaz, necesita de representante legal: es el caso de los menores y de quienes están bajo tutela o curaduría.

En el primer supuesto, no hay limitaciones **especiales** para proceder al contrato, es decir, se siguen las normas generales del derecho. En cambio, cuando actúan representantes legales -padres, tutores o curadores-, el

arriendo se somete a especiales limitaciones en cuanto al tiempo de **duración.**

El artículo 1910 establece: "Los arrendamientos hechos por tutores o curadores, o por el padre o la madre como administradores de los bienes del hijo, se sujetarán (relativamente a su duración después de terminada la tutela o la curaduría o la administración paternal), a lo dispuesto en el artículo 432". Esta última norma limita los arrendamientos, pero solamente de inmuebles: si son urbanos a un máximo de cinco años, y si son rurales, hasta por ocho años; en uno y otro caso, el plazo no puede exceder del tiempo que falte para que el pupilo cumpla 18 años de edad. Es decir, que la ley pretende no dejar maniatado al mejor, sino que al cumplir su mayoría de edad, pueda disponer inmediatamente de sus propiedades raíces.

El artículo 2985, con la modificación introducida por la Ley 43 del año 1988, prohíbe al padre y a la madre, el donar los bienes del hijo, o "darlos en arrendamiento por largo plazo" (...), "sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores o curadores".

Si no se han observado estas disposiciones, es decir, si el arriendo se ha contratado por tiempo superior al permitido, no se produce nulidad, sino una **parcial ineficacia** de lo contratado: el arriendo vale por el tiempo legal, pero no par el exceso. Estos límites señalan, para el caso de contravención, un efecto distinto de la nulidad, por lo cual esta no se produce, como está previsto en el artículo 9 del mismo Código.

4.4. Las relaciones jurídicas originadas por el contrato de arrendamiento, se refieren al arrendador y al arrendatario, sin consideración al **dominio** de la cosa arrendada.

4.5. Sin embargo de que no es indispensable ser propietario para poder arrendar, el arrendamiento no perdura si el arrendador deja de tener derecho sobre la cosa. "Extinguiéndose el derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, por una causa independiente de su voluntad, expirará el arrendamiento", dice el artículo 1899; y el artículo 1891 en el numeral 3, igualmente señala como causa de terminación del contrato, "la extinción del derecho del arrendador".

4.6. Si quien ha comprado una cosa con pacto de **retroventa**, la arrienda, cuando el vendedor la recobra como consecuencia de dicho pacto, tendrá que respetar el arriendo celebrado sin fraude; por tanto se mantiene vigente el contrato después de cumplida la condición resolutoria. En este supuesto, no se puede afirmar que el arrendador haya perdido su derecho "por causa ajena a su voluntad", ya que él compró con el pacto de retroventa y al arrendar sabía perfectamente que su derecho estaba sujeto a la condición resolutoria y que su vendedor podría readquirir la cosa en determinadas circunstancias.

4.7. El propietario de una cosa cuyo usufructo pertenece a otro, puede sin embargo, arrendarla, siempre que se de acuerdo con el **usufructuario**. También puede el **propietario** "tomar en arriendo la cosa, si el usufructuario no rinde la caución debida, dentro del plazo equitativo, señalado por el Juez", como dispone el artículo 791. Aquí se permiten dos arrendamientos: uno a favor de tercera persona y otro, a favor del mismo propietario; en este segundo caso, el propietario toma la cosa para disfrutar de ella, a pesar del derecho del usufructuario, quien tiene precisamente el derecho de disfrute, para poner a saldo el derecho de dominio, cuando no es suficientemente garantizado por el usufructuario.

4.8. En cambio, en circunstancias normales, cumplida la obligación de garantizar al dueño, "**el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo**, y cederlo a quienquiera, a título oneroso o gratuito.- Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario", dicen los dos primeros incisos del artículo 807. Con mayor razón, en el caso del arriendo, el cedente -usufructuario- continúa responsable ante el propietario, ya que únicamente ha cedido la tenencia de la cosa, mientras que al ceder el usufructo cede un derecho real. Los dos siguientes incisos indican que el propietario puede prohibir cesión y arrendamiento, así como también puede liberar de la prohibición que voluntariamente haya establecido; mientras que, si el usufructuario contraviene estas disposiciones del propietario, perderá el derecho de usufructo. Pero, pregunto: ¿el arrendamiento realizado contra la voluntad del propietario, deberá respetarse por éste? No se trata de un acto prohibido directamente por la ley, sino prohibido por el propietario, y produce ya el efecto de la terminación del usufructo, por lo que podría pensarse que el arrendamiento sí subsiste, pero, en cambio, el sentido de la ley parece ser el contrario: se

trata de impedir que se arriende contra la voluntad del propietario; y no sería razonable respetar más una mera tenencia establecida por el usufructuario que el derecho real del mismo usufructuario. Además, el siguiente artículo dice que: "Aún cuando el usufructuario tenga la facultad de dar el usufructo en arriendo, o cederlo a cualquier título, todos los contratos que al efecto hay celebrado se resolverán al fin del usufructo". Es así que, si arrienda sin tener facultad para hacerlo pierde el usufructo, termina éste, y no parece que precisamente entonces comience el derecho de un arrendatario.

4.9. Para arrendar una cosa que **pertenece a varios** de modo indiviso, se requiere que todos los partícipes intervengan, por sí mismos o por medio de representante, han de tener la debida capacidad todos ellos y consentir igualmente todos. Borda señala una excepción a esta norma: si la cosa no admite un uso común, entonces cabe resolver por mayoría de votos lo que se ha de hacer de ella, y eventualmente arrendarla.

Siguiendo las reglas generales de los bienes indivisos, en caso de haberlo dado en arriendo uno de los condueños solamente, si en el acto de la partición le corresponde a él la cosa arrendada, se ratifica el contrato, pero en caso contrario no podría subsistir, salvo el renovado consentimiento de quien resulte tener derecho exclusivo.

4.10. Además de poder disponer de la cosa que se arrienda, el sujeto activo de este contrato, debe expresar su **consentimiento**, según las reglas generales, ya que no existen disposiciones expresas al efecto que sean específicas de la locación. Según dichos principios, corroborados por la doctrina universal, se requiere que el consentimiento verse sobre la materia del contrato, la cosa concreta que se alquila, el precio, el tiempo de duración y el uso al que se ha de destinar.

Es absolutamente necesario que el consentimiento de las partes coincida en cuanto a la naturaleza del contrato y sobre la cosa que es materia del mismo.

Los vicios del consentimiento actúan, como en cualquier otro acto o contrato. En cuanto al error relativo a la **persona** con quien se contrata, es evidente que no tiene trascendencia respecto del arrendador, en cambio, sí

puede ser determinante la persona del arrendatario, ya que recibe una cosa ajena y debe ser digno de confianza, especialmente si el objeto concreto del arrendamiento implica riesgos especiales o exige conocimientos específicos.

El consentimiento, en este contrato como en muchos otros, puede sujetarse a plazo, condición o estar sujeto a especiales cargas que limiten el derecho de una u otra parte.

4.11. El contrato debe tener **objeto y causa lícitos**. Cada uno de los contratantes ha de asumir sus obligaciones en virtud de la correlativa ventaja que dimana de las obligaciones de la otra parte, y ambas no pueden pretender un objeto ilícito, como sería destinar la cosa par una finalidad criminal, ilegal o inmoral.

La causa objetiva del contrato, para el arrendador, es el precio o pensión que le pagará el arrendatario; éste, a su vez se obliga pagar, como compensación de la obligación del arrendador de darle el disfrute de la cosa arrendada.

No es lícito destinar la cosa a un objeto ilícito. Irían contra esta norma ambas partes si están de común acuerdo en esa destinación contraria a la ley o las buenas costumbres. Puede ser que solamente una de las partes, concretamente el arrendatario sea quien tiene esa intención desviada de lo moral y justo. Como nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo, ninguna de las partes que ha consentido en el uso ilícito puede reclamar nada fundándose en el contrato. Así, no podrá demandarse la nulidad, si ambos consintieron en el uso ilícito, y si solamente fue el arrendatario el culpable, sólo el arrendador puede pedir la nulidad. Demandado el arrendatario para que devuelva la cosa, no puede tampoco oponer una excepción fundada en el arrendamiento que por su parte ha destinado a un objeto ilícito, por ejemplo, la elaboración de estupefacientes, la prostitución, juegos de azar prohibidos por la ley, etc.

5. Objeto del contrato de arrendamiento

5.1. La finalidad específica de este contrato consiste en permitir que una persona **disfrute** de una cosa que no le pertenece, si no producir transferencia de dominio de la cosa y ni siquiera alterar la situación posesoria: el

arrendatario será mero tenedor con derecho de usar y gozar de una cosa. En este punto nos centramos en describir qué cosas pueden ser arrendadas, advirtiendo que el objeto del contrato propiamente es ese uso y disfrute y por lo tanto, hay que analizar que cosas admiten que se pueda conferir tal disposición a persona distinta del dueño y poseedor.

5.2. El artículo 1857 dice que: "Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales **que puedan usarse sin consumirse**; excepto aquéllas ha la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.- Puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción". Se desprende de esto, que lo indispensable es que se deje en poder del arrendatario el uso o disfrute de la cosa, de allí que ni siquiera se entra a determinar la propiedad de la cosa y, en cambio, el arrendador debe asegurar a la otra parte, que **podrá usar** la cosa, teniendo que indemnizarle en caso de evicción.

5.3. Lo más corriente es el arrendamiento de cosas materiales, pero aun las **inmateriales** pueden ser objeto de este contrato. El autor de un libro puede arrendar sus derechos de autor, permitiendo así que uno o varios editores exploten ese derecho, cosa inmaterial, sin desprenderse del derecho mismo que sigue perteneciendo al autor. El arrendamiento del usufructo, que es un derecho y por tanto cosa inmaterial, está expresamente previsto por la ley (Art. 807 del Código Civil).

5.4. Las **cosas que se consumen** con su primer uso, como los alimentos materiales, no pueden ser objeto de arrendamiento propiamente dicho, porque el que permita a otro el uso de una de estas cosas, hace que se extinga y pierde todo derecho. Pero la ley facilita aun el arrendamiento de cosas consumibles, cuando forman parte o son accesorias de otra que no se consume, como sucede con los animales o ganados de una hacienda que una vez destinados a su uso consistente en ser sacrificados y consumidos, pueden ser arrendados con la modalidad de que el arrendatario restituya otros tantos de la misma edad y calidad. Lo propio de las cosas fungibles es el ser reemplazadas por otras cantidad y calidad, y las cosas consumibles se asimilan a éstas para los efectos de esta especie de arrendamiento. En cambio, la cosa fungible por excelencia, que es el dinero, no es objeto del contrato de arrendamiento, sino de otros contratos que guardan cierta ana-

logía, pero tienen sus propias normas, principalmente el de mutuo o préstamo de consumo.

5.5. Las cosas **inexistentes**, porque ya han perecido o porque nunca pudieron existir, no pueden ser materia de ningún contrato. En cambio, cabe el arrendamiento de algo que aún no existe pero que se espera que llegue a ser, e incluso es frecuente este contrato tratándose de edificios en construcción: cuando se termina la edificación y se entrega el inmueble comienza a surtir sus efectos el arrendamiento hecho anteriormente.

5.6. Las cosas que se arriendan han de estar **en el comercio**. Como observa Puig Peña, la doctrina es unánime en aceptar que si el uso y goce de un objeto no está en el comercio, no puede arrendarse la cosa. Por esta razón no cabe arriendo de las cosas de uso universal como la alta mar, ni de los bienes de dominio público destinados al uso general, como las calles y plazas. Por excepción, alguna parte pequeña y bien circunscrita de estos bienes, se retira del uso común, y puede darse en arrendamiento, aunque estos contratos con la administración pública, se configuran más bien como una **concesión**, en la que los derechos del concesionario se parecen en extremo a los del arrendatario, sin ser idénticos.

El artículo 1864 dispone que "Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están sujetos a reglamentos particulares, y en lo que no lo estuvieren, a las disposiciones del presente Título". Es decir que se admite esta posibilidad, pero al mismo tiempo se señala el carácter especial de tales arrendamientos; por ejemplo, es frecuente que en ellos, la Administración se reserve el derecho de hacerlos terminar a su arbitrio, lo cual no es aceptable en el arriendo común.

5.7. Las **minas** y la explotación de otros productos del subsuelo como el gas o el petróleo, se rigen también por leyes especiales, que hablan a veces de "usufructo", otras, de arrendamiento" o de "concesión". Nos hallamos ante un contrato sui generis, análogo al arriendo, pero con características que corresponden al uso de estas cosas que, aunque existentes en cantidades grandes, son consumibles, perecederas, y su propiedad y utilización interesan al bien común.

5.8. Las cosas estrictamente **personales** no admiten arrendamiento. El artículo 1884 se refiere directamente a los derechos de habitación y de uso, derechos reales que tienen ese carácter estrictamente personal. Además de ellos, podríamos mencionar el usufructo del padre o madre de familia sobre los bienes de los hijos menores de edad que estén bajo su patria potestad, aunque los bienes mismos sí pueden ser arrendados con ciertas limitaciones. El comodato, generalmente tiene esta características de "*intuitu personae*", que impide que el beneficiario disponga de la cosa a favor de otro.

Respecto de los derechos de uso y habitación, el artículo 833 prohíbe expresamente el arrendamiento y, demás, aclara que ni el usuario ni el habitador pueden "arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho. Pero bien puede dar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales". Este último "dar", se entiende por donar y necesariamente se tratará de cosas de escaso valor, por ejemplo las frutas de un huerto, que se suelen consumir al pie del árbol, de suerte que se excluye totalmente la posibilidad del arrendamiento de los herederos de uso y habitación ni considerados en sí mismos ni en cuanto a los objetos a los que se refieren estos derechos, como por ejemplo, un cuarto de la casa que se habita o un caballo de la hacienda dada en uso.

5.9. El patrimonio familiar tiene también ese carácter personalísimo, pero excepcionalmente se permite el arrendamiento del inmueble sobre el que recae este derecho. Dice el artículo 840: "En casos de necesidad o conveniencia, calificados por el Juez, previo reconocimiento de la causa y oído el ministerio público, podrá el instituyente dar en arriendo o en aparcería los inmuebles que formen parte del patrimonio familiar". Se trata de un arrendamiento excepcional, puesto que la constitución del patrimonio familiar tiende a reservar un inmueble para el uso y habitación de la familia; pero razonablemente permite la ley, por causas de necesidad o utilidad debidamente calificadas por el Juez, para no perjudicar la misma familia.

5.10. Así como no se pueden arrendar los derechos vinculados estrictamente a la persona, tampoco cabe el arriendo de los derechos que van unidos a una cosa, salvo que se arriende también ella. Esto sucede con las **servidumbres** prediales. No se puede arrendar separadamente del inmueble en cuyo beneficio existen y al cual están unidas como algo accesorio. Si

se arrienda la finca, con ella se arriendan las servidumbres que le corresponden.

5.11. La cosa que pertenece ***pro indiviso*** a varios, no puede arrendarse sino con el consentimiento de todos, pero si uno de los comuneros arbitrariamente celebra este contrato y después obtiene la ratificación de los demás, lo mismo que si se le adjudica al arrendador la totalidad de la cosa se convalida el contrato retroactivamente, a partir del momento de la celebración. Llama la atención esta solución, porque el arrendamiento de cosa ajena vale, pero se entiende que el legislador quiere proteger a los condóminos contra las arbitrariedades de uno de ellos.

5.12. Efectivamente, el arrendamiento de **cosa ajena** vale, y expresamente se dice esto en el inciso segundo del artículo 1857. Comprendemos perfectamente que si en nuestro sistema se admite aún la venta de cosa ajena, no hay inconveniente en permitir el arrendamiento, que o supone enajenación ni disposición de la posesión.

El hecho de comprometer una cosa que no es propia, sin autorización del dueño y no simplemente con la condición suspensiva de adquirirla para ponerla a disposición del arrendatario, implica responsabilidades, que varían según la buena o mala fe de una o de ambas partes. Borda hace el siguiente acertado análisis: 1. Si hay buena fe en ambos, el contrato vale y debe cumplirse mientras el dueño no desposea. Descubierto que la cosa es ajena, el arrendador puede pedir la nulidad hasta el momento en que entrega la cosa; y el arrendatario puede solicitar la nulidad en cualquier momento; 2. Si ambos sabían que la cosa era ajena, el contrato vale, pero ninguna de ellas puede exigir el cumplimiento ni demandar indemnizaciones, porque nadie puede fundarse en su propia culpa; 3. Si el arrendador estaba en buena fe y el arrendatario no, el contrato es válido, pero si el arrendador llega a saber que la cosa es ajena puede negarse a entregarla; y el arrendatario no puede demandar indemnización; y, 4. En el caso de arrendador de mala fe y arrendatario de mala fe, se aplica al arrendador lo dicho en el número 2 y al arrendatario lo del número 1. Con respecto al dueño en ninguno de los casos el arriendo surte efecto alguno; pero está en su facultad el poder ratificar el contrato y hacerlo suyo.

B513642

5.13. El arrendamiento de bienes de la **sociedad conyugal** presenta la doble faceta de tratarse de bienes comunes a los dos cónyuges y en cierto modo, ajenos a la propiedad exclusiva de uno de ellos aisladamente. Por esto en nuestro derecho se ha exigido tradicionalmente la intervención de ambos cónyuges, por lo menos tratándose de bienes inmuebles. El artículo 187 de nuestro Código Civil contenía una norma limitativa respecto de los predios adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, que solamente se podían arrendar hasta por cinco años en el caso de ser urbanos y por ocho si eran rústicos; es decir, los mismos plazos que para los bienes de menores o de incapaces. Esta norma fue derogada por la Ley 43. Subsiste la necesidad de la intervención de ambos cónyuges, para la enajenación o gravamen, pero nada se dice del arrendamiento ni de ningún límite de tiempo (Art. 181 reformado y 187 derogado). La Ley 88 que al cabo de un año modificó la anterior, tampoco se refiere al arrendamiento, de suerte que hemos de entender que el administrador de la sociedad conyugal puede, sin limitaciones, proceder a este contrato.

5.14. Como el contrato requiere causa lícita y objeto lícito, no puede ser materia de arrendamiento un **uso o disfrute ilícito** de algo, sea porque implique el ejercicio de actos o conductas contrarias a la moral o la ley, o porque ésta prohíba expresamente la utilización de ciertos objetos.

No puede el propietario de una cosa que le ha sido embargada, darla en arrendamiento, ya que no está a su disponibilidad; si contra la disposición legal actuara así, los acreedores podrían pedir la nulidad, lo mismo que el adjudicatario de la cosa si se ha llegado a remate.

5.15. Puede arrendarse una cosa material, a la vez que el que la da se comprometa a ciertos **servicios o prestaciones**. Esto suele ser frecuente en el alquiler de maquinarias y equipos, incluso sistemas electrónicos. En una sentencia de la Corte Suprema se aborda el caso de un arriendo de tractor, cuyo dueño se comprometió a proporcionar combustible y lubricante, además de pagar salario al operador de esa máquina y proporcionarle alimentación; se trata de un contrato complejo, pero no desvirtúa el arriendo del mueble. En el arrendamiento de una computadora, se suele incluir la obligación del que la proporciona de dar mantenimiento técnico. En el arrendamiento de un buque, se toma en cuenta los días en que efectivamente pudo navegar, ya que ese era el objeto para el cual se arrendó.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

5.16. El **arrendamiento simultáneo** de la misma cosa a dos o más, no es posible sino cuando todos los arrendatarios obran en conjunto y se van a distribuir o regular el uso y disfrute común; pero no se puede dar la cosa de modo exclusivo primero a uno y luego a otro. El artículo 1863 dice: "Si se ha dado separadamente la misma a dos personas, el arrendatario a quien se haya entregado primero la cosa será preferido; si se ha entregado a los dos, la entrega posterior no valdrá; si a ninguno, el título anterior prevalecerá". Como es obvio, en cualquier caso, el arrendador que ha procedido ilegalmente al celebrar dos contratos simultáneos sobre lo mismo, tendrá que indemnizar el perjuicio causado al que quede burlado.

5.17. Como ya se ha dicho, propiamente lo que se da en el arriendo es el disfrute de la cosa y no su propiedad, pero ese disfrute no puede ser **permanente**, ya que equivaldría a la enajenación o por lo menos a la constitución de un derecho real de uso o de usufructo; esto trae consigo que el objeto del arriendo debe ser el disfrute por un **tiempo limitado**, y las leyes de varios países imponen límites máximos que no se pueden superar.

5.18. La **Ley de Inquilinato** establece en el artículo 3 las condiciones que han de tener los inmuebles que se destinen a arrendamiento: a) Disponer de servicios higiénicos completos y permanentes; b) Tener aireación y luz suficiente; c) Disponer de los servicios de luz eléctrica y agua potable en los sectores urbanos donde existen estos servicios; d) No ofrecer peligro de ruina; e) Estar desinfectados, lo que se acreditará con el correspondiente certificado de Sanidad.

La misma ley dispone en el artículo 8, que los locales dados en arrendamiento deben inscribirse en un Registro que estará a cargo de las Municipalidades. Este Registro permite la vigilancia y exigencia de las condiciones antedichas y sirve también para la prueba de los contratos y las obligaciones que generan, así como para la regulación del canon o precio.

6. El precio, pensión o canon de arrendamiento

6.1. El artículo 1858 del Código Civil dice: "El precio puede consistir ya en dinero, ya en frutos naturales de la **cosa arrendada**; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o cuota de los frutos de cada cosecha.- Llámese renta cuando se paga periódicamente".

En el uso corriente y en varias disposiciones legales se emplean los términos "pensión" o "canon de arrendamiento", como sucede en el artículo 663. Este precio se considera un "fruto civil", y según el mismo artículo se llama "pendiente", mientras se debe, y "percibido", desde que se cobra.

6.2. La existencia de un precio es **indispensable** para que haya contrato de arrendamiento, ya que sin él, se convertiría en un comodato.

6.3. La renta debe ser **determinada** o al menos determinable. Las partes pueden convenir en que se fije de cualquiera de los modos previstos para el contrato de compraventa, según se expresa el artículo 1859. En el artículo 1931 se remite a "lo que ordinariamente se paga", cuando se trata de arrendamiento de obra, y a falta de determinación de este precio, se debe estimar equitativamente por peritos; nada impide que se extienda esta norma para atrás clases de arrendamiento. Más aún, el artículo 1884, refiriéndose específicamente al arrendamiento de cosas, dice que si hubiere disputa sobre el precio o renta y por una o por otra parte no se produjere prueba legal de lo estipulado al respecto, se estará al justiprecio de peritos.

6.4. El canon puede ser fijado de común acuerdo entre las partes, en cualquier cantidad, sin que necesariamente guarde proporción con el valor de la cosa arrendada o del servicio que prestará al arrendatario: en las normas civiles no hay límite en esta materia; aunque es obvio que se debe guardar cierta proporción de equidad, ya que el derecho no favorece el enriquecimiento injusto que se produciría con un precio insignificante o con otro que exceda notablemente lo razonable. No hay, sin embargo, una acción por lesión enorme, como en el contrato de compraventa; solamente cabría aducir dolo, engaño perjudicial, que vicia el consentimiento y hace anulable el contrato, en esos casos extremos.

La doctrina suele señalar que el precio debe ser "serio", no ridículamente insignificante, porque esto delataría ficción o simulación de un comodato.

El simple hecho de que el canon sea menor del habitual, o que no guarde proporción con el valor de la cosa, no autoriza a los acreedores del arrendador para ejercitar la *acción pauliana*, será necesario que ellos prueben que ha habido dolo: intención de perjudicarles.

6.5. La **Ley de Inquilinato** modifica estas normas civiles que dan amplia libertad de contratación, y establece ciertos límites para proteger al arrendatario y evitar cobros excesivos. Según el artículo 17 de dicha ley, "La pensión mensual de arrendamiento de un inmueble no podrá exceder de la doceava parte del diez por ciento del avalúo comercial con que dicho inmueble conste en el Catastro Municipal". Cuando se arrienda una parte del inmueble, la pensión se fijará proporcionalmente a esa parte. También se ha de considerar el estado del inmueble con relación a las condiciones exigidas por el artículo 3, es decir, que la autoridad podrá imponer un límite incluso menor del diez por ciento anual.

La misma ley prohíbe dos formas muy usadas en los contratos para asegurar mayores rendimientos al arrendador: la fijación del canon en moneda extranjera y el reajuste o aumento automático. Estas dos disposiciones se introdujeron por la reforma ordenada por la Ley 54-PCL, promulgada en el Registro Oficial 319 del 21 de noviembre de 1989. Esta clase de regulaciones son frecuentes en el mundo moderno, pero no dejan de traer consecuencias desfavorables: se quita el estímulo para la construcción de viviendas destinadas a habitación, agravándose así el problema de la escasez de viviendas; tal vez, por esta razón, la jurisprudencia tiende a interpretar de modo laxo las indicadas prohibiciones.

6.6. La renta de los edificios urbanos, cuyo arrendamiento se rige por la Ley de Inquilinato, puede ser **provisional**, cuando se establece respecto de una edificación aún no terminada; se admite la reclamación del arrendatario, para que se rebaje, en caso de deterioro del local, y también el arrendador puede solicitar un aumento, en los casos de haber verificado mejoras o arreglos que justifiquen ese aumento.

6.7. El precio puede consistir no solamente en dinero, sino que se puede pactar **en especies** y, de ser así, se admite que una parte o cuota de lo que produzca la cosa arrendada sea el precio. Esto se usa sobre todo en las fincas rurales, de producción agrícola y menos frecuentemente, en las ganaderas. El contrato de **aparcería** o **colonato** presenta singulares características, que lo hacen una especie de contrato mixto, entre la sociedad y el arriendo, un contrato innominado.

6.8. Como hemos dicho, el canon se fija de común acuerdo entre las partes, aunque deban respetar las limitaciones establecidas en la Ley de Inquilinato; no cabe, que se fije **unilateralmente**, es decir, que una de las partes imponga a la otra su criterio o que unilateralmente se altere lo ya establecido. No es admisible que la administración pública no respete esta norma.

6.9. La **prueba** sobre el monto de la pensión será generalmente el contrato escrito; si se ha celebrado por escritura pública o por documento privado con firmas reconocidas ante el Juez, o certificadas por dos testigos, tendrá valor de prueba plena. Si han intervenido peritos o se ha llegado a fijar con intervención judicial, igualmente habrá constancia plena. En cambio, si no se ha hecho otorgado un documento escrito, sino que solamente se ha concertado verbalmente, se dificulta la prueba, que tampoco podrá ser de sólo testigos si no hay principio de prueba por escrito y la cuantía supera los dos mil sucres; pero puede considerarse como **principio de prueba**, un recibo de alguna pensión ya pagada.

6.10. Vencido un período de arrendamiento, no hay inconveniente para exigir, por vía ejecutiva, **el pago** de la totalidad o una parte de la pensión **devengada**, siempre que se proceda con título ejecutivo.

La falta del pago debido, permite demandar la terminación del contrato. Según la jurisprudencia, es el demandado quien debe justificar que ha realizado los pagos, mediante la presentación de los correspondientes recibos o finiquitos.

6.11. El pago de la renta se extiende a todo el tiempo que dura el arrendamiento, pero si termina y el inquilino continúa en el local, debe ser pagando el canon, ya como precio del arrendamiento (desde que terminó), sino como **indemnización**, ya que, de otro modo, habría un enriquecimiento sin causa y debe compensarse la utilidad que reporta al arrendatario el seguir usando la cosa; por otra parte, sería difícil calcular el monto de la indemnización que debería pagar al arrendador.

7. Forma o solemnidad

7.1. Tradicionalmente se ha considerado el arrendamiento como un contrato consensual **no solemne**, admitiéndose frecuentemente que se celebre en

forma verbal. Esto trae consigo la dificultad de la prueba, en caso de controversia, y por lo mismo, se tiende a dejar constancia escrita.

El Código Civil no exige escritura para la validez del contrato, pero, como la prueba de obligaciones que pasen de ochenta dólares de los Estados Unidos de América se requiere constancia escrita, (Art. 1727) y prácticamente ya no hay contrato por una cuantía menor a esta cantidad, por lo que, resulta que se impone la necesidad del documento.

7.2. El artículo 1862 prevé que las partes hayan **convenido celebrar el contrato por escrito**, y en tal caso, cualquiera de ellas puede arrepentirse hasta el momento de cumplirse tal solemnidad "o hasta que se haya procedido a la entrega". Esto significa que realizada la entrega ya no cabe arrepentimiento, y en caso de retraerse una de las partes, estaría obligada a indemnizar al otro contratante; pero no quiere decir que la entrega sustituya a la escritura la obligación de hacerla permanece y puede exigirse.

7.3. El mismo artículo remite a las reglas de la compraventa para lo relativo a las **arras**, si se han dado o convenido. Se deberá resolver, igual que en el caso de la compraventa, si el pago anticipado de una o más pensiones se ha de considerar como facultad concedida para desistir del contrato, o por contrario, como principio de ejecución del contrato y voluntad de exigir su cumplimiento. Dependerá de la decisión de las partes y en caso de duda se debe preferir la interpretación que salve la validez y vigencia del contrato.

7.4. La **entrega** de la cosa no es esencial para la celebración del contrato, ya que no es un contrato real. La entrega es más bien una obligación que surge del contrato.

Según el artículo 1861, "La entrega de la cosa que se da en arriendo podrá hacerse bajo cualquiera de las formas de tradición reconocidas por la ley". Pero hay que advertir que no se verifica una "tradición": en esta entrega solamente se cede la **tenencia** de la cosa, y quien hace la entrega no afecta a su propiedad y posesión de la cosa, o a la propiedad y posesión que puedan pertenecer a otra persona. Estamos únicamente ante unas formas análogas a las de la tradición.

7.5. Precisamente porque esta entrega al arrendatario no es una tradición ni le confiere la posesión de la cosa, éste no puede adquirirla por **prescripción adquisitiva**. Al contrario, el hecho de ser arrendatario prueba que no es poseedor y que reconoce el dominio ajeno, de suerte que si alegara la usucapión, el propietario tendría la mejor defensa con probar que existió el contrato de arrendamiento y en virtud de él se hizo la entrega, en calidad de tenedor, al arrendatario.

7.6. La **Ley de Inquilinato** declara que el contrato de arrendamiento podrá ser verbal o escrito (Art. 25), pero la reforma del 13 de noviembre de 1978 determinó que los contratos de valor de más de dos mil sucres deberían celebrarse por escrito y la Ley 96 promulgada el 17 de julio de 1988 exige esta celebración por escrito para los contratos de más de diez mil sucres. Estas cuantías evidentemente tendrán que ser actualizadas.

Las mismas reformas imponen al arrendador la obligación de registrar el contrato, con los respectivos timbres, en el Juzgado de Inquilinato. Este otro requisito, debe considerarse, no como parte de la solemnidad substancial sin la cual no hay contrato, sino como obligación que recae precisamente sobre una de las partes y que servirá para los efectos de control y de prueba.

7.7. Si las partes desean dar mayor solidez y estabilidad al contrato, pueden celebrarlo por **escritura pública** y proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad; si actúan así, el arrendamiento deberá respetarse incluso si se enajena la finca.

7.8. Las mismas observaciones que hicimos al tratar de la compraventa, hay que repetir en materia de **simulación** del contrato de arrendamiento. En principio hay que aceptar los términos del documento en que conste, y con mayor razón si es instrumento público o escritura pública; se acepta, sin embargo la posibilidad de probar la simulación, con todo el rigor que una prueba semejante exige.

8. Obligaciones del arrendador

8.1. El artículo 1865 comienza el parágrafo de las obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas, **enumerándolas** sintéticamente: "El

arrendador está obligado: 1. A entregar al arrendatario la cosa arrendada; 2. A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada; y, 3. Al librar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada".

Algunas de estas obligaciones implican varias acciones o comportamientos, por lo cual se suelen distinguir mayor número de obligaciones, como lo hace Planiol, que enumera éstas: 1. Entregar los locales; 2. Poner en buen estado la cosa al comienzo del disfrute; 3. Mantenerla en buen estado; 4. Abstenerse de perturbar el disfrute del arrendatario; 5. Garantizarle contra perturbaciones de terceros; y, 6. Garantizar de vicios ocultos.

8.2. Es evidente que el cumplimiento del contrato comienza con la **entrega** que debe hacer el arrendador a favor del arrendatario de lo que se comprometió a darle. Esto plantea en primer término el problema de la identidad de la cosa, como en el caso de la compraventa: no se puede entregar cosa distinta, aunque se piense que es mejor la que se da que la que se ofreció. Y además de una entrega material de un objeto, mueble o inmueble, se entiende que debe estar en las condiciones aptas para cumplir la finalidad que se propone el arrendatario y que el arrendador ha convenido en ceder; así, no es lo mismo entregar una casa para instalar una industria, un comercio, un espectáculo público, un local de diversión o una vivienda de familia: las condiciones en que se ha de encontrar el inmueble en uno u otro de estos casos, será indudablemente diferente; mayor variedad de cualidades y disposiciones se producirán en los arrendamientos de muebles. Según el artículo 4 de la Ley de Inquilinato, "El arrendador está obligado a efectuar las reparaciones y obras necesarias a fin de que lo locales reúnan las condiciones exigidas en el artículo precedente", es decir, las que permiten el uso adecuado para la habilitación. Y agrega, que el Juez puede imponer que se hagan éstas en cierto plazo fijado por él, de donde se deduce que el arrendatario puede dirigirse a la justicia pidiendo que se ordenen esas obras.

8.3. Si se verifica la entrega de **cosa distinta** de la que fue objeto del contrato, el arrendatario, éste tiene derecho a que se la cambien, aunque puede conformarse y quedará así reformado el contrato inicial por este consentimiento sucesivo de ambas partes. La equivocación puede haber sido fortuita, inculpable, y entonces nada habrá que reclamar; pero si ha habido mala fe por parte del arrendador, tendrá que responder de todo perjuicio. Cabe

preguntarse qué sucederá si por error del arrendador entrega una cosa mejor al arrendatario. Por equidad hay que resolver este raro caso de la misma manera que el anterior: el que dio la cosa puede reclamar su devolución o canje por la verdadera arrendada, o tendrán que ajustarse las partes para compensar con una pensión adecuada la mayor ventaja que va a percibir el arrendatario.

8.4. Otra dificultad que puede presentarse consiste en que el arrendador **no entregue** la cosa (o que se niegue a cambiarla).

Puig Peña indica que el arrendatario puede defender su derecho no pagando la pensión y pedir la resolución del contrato por incumplimiento, con reparación de perjuicios. Pero surge la duda de si podrá exigir judicialmente la entrega de la cosa. El mismo autor responde que no cabe esto si el incumplimiento se debe a fuerza mayor; pero, si se debe a mero incumplimiento del arrendador, opina, siguiendo a Manresa, que sí es posible la acción judicial para exigir la entrega; en apoyo de esta opinión hay sentencias de los altos tribunales de España. También nuestra Corte Suprema ha admitido esta acción contra el arrendador, pero no contra terceros que se hayan apoderado de la cosa.

8.5. El arrendador debe también entregar los **frutos pendientes**, como señala Borda Rezzonico, a su vez, distingue entre estos frutos y considera que no se deben los "extraordinarios", es decir, los que resultan extraños a la naturaleza de la cosa dada en locación, por ejemplo, si en una calera aparece una veta de oro. Dependerá, pues, del destino de la cosa: si se arrienda para pastoreo un campo, no cabe explotar un bosque.

8.6. La entrega debe hacerse en el **tiempo** que hayan determinado las partes, y, si no hubo ningún acuerdo sobre este punto, ni se puede establecer posteriormente por mutuo consentimiento, no hay contrato. Según Planiol, puede acudirse, a este respecto, a presunciones ciertas, pero no a meros indicios o suposiciones arbitrarias, como sería decir: "cuando quede libre el local" u otras igualmente vagas, indeterminadas.

8.7. La **mora** en entregar la cosa arrendada, da derecho a la otra parte pedir la resolución del contrato. Así lo reafirma la jurisprudencia nacional: "El tenor literal del artículo 1518 no permite la más leve duda acerca de su legal

aplicación al contrato de arrendamiento rústico. Según esto, es evidente que la manera de conciliar la aplicación de esa ley con la realidad de los hechos es la de aceptar, como efecto de la acción fundada en el cumplimiento de la condición resolutoria prevista en el artículo 1518, relativamente al tiempo en el cual ya ha sido ejecutado el contrato sucesivo de arrendamiento de un predio, el de la terminación de ese contrato a virtud de la demanda. Lo expuesto anteriormente armoniza con el espíritu del sistema establecido en el Código Civil en orden a la naturaleza y los diversos efectos del propio contrato y a la virtualidad de la condición resolutoria".

Se debe requerir la entrega para **constituir en mora**. Esta conclusión se desprende de la aplicación de la norma general sobre el cumplimiento de los contratos y, tal requerimiento y mora, son indispensables para que el perjudicado pueda reclamar daños y perjuicios. Sin embargo, puede pensarse en casos extremos en los que sea evidente el incumplimiento y en los que se ha hecho imposible la entrega por culpa del arrendador, como cuando ha arrendado y entregado la cosa a otra persona o la ha destruido.

El artículo 1866 se refiere al "arrendador que por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa", en cuyo caso, el arrendatario "tendrá derecho de desistir del contrato, con indemnización de perjuicios". Los términos absolutos del Código hacen pensar que no se requiere seguir una acción judicial para la resolución del contrato, y que bastaría con que el arrendatario por su parte se negara a pagar pensiones, quedando resuelto de pleno derecho el contrato.

El segundo inciso del mismo artículo, sin embargo, siembra alguna duda, porque dispone que: "Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito". Efectivamente, si la anulación del contrato bien podría producirse por la abstención de ambas partes de darle cumplimiento, en cambio, la indemnización a que tendría derecho el arrendatario, depende de la buena o mala fe de uno y otro contratantes, y no hay lugar a indemnización si ambos fueron culpables: el arrendador por su error y el arrendatario porque conocía la imposibilidad de recibir la cosa y estas circunstancias relativas al conocimiento no pueden darse por supuestas ni dejarse a la apreciación subjetiva de las partes, sino que tendrían

que ser apreciadas por el Juez. Solamente la fuerza mayor o el caso fortuito liberan absolutamente al arrendador de esta responsabilidad.

8.8. Se debe entregar la cosa con **sus accesorios**. La Ley de Inquilinato hace expresa referencia a los servicios de luz y agua (Art. 3). Además de los accesorios materiales, como las llaves, maquinarias de una industria, etc. también pueden estar comprendidos en el arriendo, algunos derechos, tales como las servidumbres activas, concesiones administrativas para ciertas actividades de comercio, industria, etc.

Se han presentado dudas sobre el nombre comercial o las marcas de los productos. Si no están expresamente expresados estos puntos en el contrato, habrá que recurrir a la intención implícita, a los usos y costumbres o finalmente a la equidad.

Se pueden producir situaciones ambiguas, poco claras cuando se verifican entregas incompletas, o bien sobreviene el arrepentimiento de una de las partes o el parcial cumplimiento.

8.9. Algunas sentencias francesas admiten que si el perjuicio resultante de la **demora** en entregar la cosa es poco considerable, el arrendatario solamente tendría derecho a la reparación de los daños o perjuicios y no a la resciliación del contrato. Este mismo criterio sigue nuestro Código, que permite al arrendatario desistir del contrato en caso de mora, pero solamente cuando el retraso en la entrega de la cosa cambia sustancialmente las condiciones del contrato, de suerte que o la cosa se ha deteriorado, o el uso para el cual se arrendaba resulta extemporáneo. El locatario perjudicado por la demora puede siempre reclamar y obtener la reparación del perjuicio que se le haya causado, pero no siempre puede resolverse el contrato; para esto último se requiere que las consecuencias nocivas de la mora sean realmente graves. Así lo dice el artículo 1867: "Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios.- Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito".

9. Obligación del arrendador de mantener la cosa en buen estado

9.1. Como la propiedad y la posesión permanecen sin cambio en el arrendamiento, quien entrega la cosa arrendada, la da en mera tenencia y debe continuar con las **cargas del propietario**. A diferencia de la compraventa, que transfiere el dominio u obliga a dicha transferencia, el arrendamiento no lo transfiere, por esto, el vendedor no está obligado a conservar la cosa sino hasta el momento de la entrega, en tanto que el arrendador continúa obligado a este mantenimiento. Ciertamente, en buena parte, será a través del arrendatario como el arrendador conservará la cosa, pero esa éste a quien le incumbe la responsabilidad y quien debe pagar los gastos de conservación.

9.2. Los desperfectos de la cosa arrendada pueden provenir de **múltiples causas**, que conviene distinguir: 1. Acciones del mismo arrendador; 2. Acciones de terceros, como por ejemplo, vecinos o copropietarios de un edificio de propiedad horizontal; 3. Casos fortuitos; 4. Defectos de la misma cosa que se deteriora o destruye con el tiempo (por ejemplo el ganado que envejece y muere); 5. Deterioros provenientes del uso normal, incluso del esmerado aprovechamiento: desgaste normal, de una máquina, de pisos, de suelos, paredes, etc.; y, 6. Hechos culpables del arrendatario.

9.3. Evidentemente, no cabe duda sobre la responsabilidad de los daños provenientes de la primera o de la última de las causas señaladas: cada una de las partes contratantes corre a cargo de **sus propios actos culpables**; ambos deben conservar la cosa, el uno por ser dueño y el otro por ser tenedor en nombre del dueño y disfrutar de la cosa.

Entre los hechos del arrendador que pueden desmejorar la cosa arrendada, merece especial mención el de destinar otra parte de la propiedad (sea por trabajo propio o arrendándola a otros) para una industria o destinación que cause grave molestia o impida el uso de la parte arrendada, por el ruido, los olores, humo, o la presencia de personas de mala conducta. Estos hechos aunque no alteran la entidad material de la cosa arrendada, la desmejoran profundamente y en casos extremos darán lugar a pedir la resolución del contrato. Puig Peña, siguiendo a Castán, considera que el propietario no puede ejercitar una industria igual o que haga una competencia desleal al locatario, utilizando para ello otra parte de la propiedad.

Planiol señala que la jurisprudencia francesa ha precisado que el arrendador no puede ejecutar ningún acto que altere sustancialmente la cosa arrendada, aunque se toleran pequeños cambios que no ocasionen mayor daño. No se pueden, en cambio, impedir cambios que realice el propietario en su casa vecina, siempre que no prive al arrendatario de luz o aire, o le produzca molestias o inconvenientes para desarrollar su propia actividad.

9.4. La doctrina tampoco encuentra dificultad en los casos **fortuitos o de fuerza mayor**, que deben recaer sobre el arrendador, quien generalmente es propietario y como tal sufre esos acontecimientos imprevisibles e irresistibles; salvo que se probara que en el origen del caso fortuito se halla una culpa del arrendatario o de un tercero, ya que entonces se desplaza a ellos la responsabilidad. También responde del caso fortuito o fuerza mayor el arrendatario que estuviere en mora de devolver la cosa, si se produce el siniestro durante ese tiempo de mora y resulta previsible que no se habría destruido o desmejorado la cosa, si hubiera sido restituida al propietario.

9.5. Muy cercanos a los casos fortuitos, deben considerarse los desperfectos o limitaciones del disfrute de la cosa arrendada, producidos por acción de **terceras personas**. Estos, escapan también a la posibilidad de evitarlos por parte del arrendatario, y deben correr a cargo del arrendador. Además, éste se ha obligado proporcionar el uso normal de la cosa al arrendatario, pero si surgen estos inconvenientes, se disminuye o desmejora ese disfrute razonable y resulta responsable el arrendador.

Si esos actos o conducta de terceros constituyen atentados de derecho, el arrendador tendrá que remediarlos, en virtud de la obligación de sanear la evicción.

Si provienen de actos arbitrarios, pueden constituir delitos o cuasidelitos que el arrendador deberá perseguir para que se interrumpan, se sancionen legalmente y den origen a la reparación correspondiente, de modo que el arrendatario quede indemne.

Finalmente, pueden ser actos de terceros que se deban calificar de casos fortuitos o de fuerza mayor, y entonces se aplicará lo ya dicho en el punto anterior. Este sería el caso, de una expropiación parcial de la finca arrendada, que disminuya su extensión o llegue incluso a impedir el uso para el que

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

fue destinada; entonces habrá lugar a un rebaja proporcional de la renta o en el supuesto extremo, a la terminación del contrato.

9.6. La mayor **dificultad teórica** se presenta al momento de distinguir las causas que hemos numerado como 4ª y 5ª: el deterioro por causas intrínsecas o defectos propios de la cosa, y el que se produce por el uso normal, aunque sea esmerado.

En teoría, cuanto derive de defectos ocultos de la cosa, deberá ser de responsabilidad del arrendador que tiene la obligación de asegurar al arrendatario el disfrute de la cosa. Los daños normales, cuando se ha usado la cosa con el cuidado de un prudente padre de familia o propietario de ella, también corresponde al arrendador, ya que el arrendamiento se da precisamente para usar así la cosa, con la natural precisión de su desgaste, y por esto se cobra una pensión. Como en uno y otro caso, la responsabilidad recae sobre el arrendador, no vaciló en llamar a ésta, una dificultad teórica.

9.7. La verdadera **dificultad práctica** consistirá en distinguir cuando se ha deteriorado una cosa por el uso normal, y cuando comienza la negligencia o falta de cuidado que ha producido el daño. Piénsese por ejemplo en los desperfectos de un automóvil arrendado que irán desde el desgaste normal de los neumáticos hasta el daño de cigüeñal y bielas, por no haber lubricado oportunamente y los casos intermedios de desperfectos en frenos, embrague, etc., que pueden provenir del uso normal o de una conducción poco esmerada.

Esta distinción, por otra parte, será la que más interese en la vida ordinaria y solamente se puede prever mediante minuciosas **cláusulas contractuales**, o recurriendo a los **usos y costumbres** y a la apreciación de los daños por parte de peritos.

9.8. La regulación de estas responsabilidades de las dos partes, se contiene fundamentalmente en los artículos 1868 y 1876 del Código Civil y en los artículos 4 y 7 de la Ley de Inquilinato, todos los cuales aplican los principios doctrinarios que acabamos de exponer, con pequeños matices que conviene destacar a continuación.

9.9. El artículo 1868 dice así: "La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado, consiste en hacer durante el arriendo todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario.- Pero estará obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieren de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada.- Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones". Con diferentes palabras, la Ley de Inquilinato viene a decir lo mismo: "El arrendador está obligado a efectuar las reparaciones y obras necesarias a fin de que los locales reúnan las condiciones exigidas en el artículo precedente", y en el artículo 3, se mencionan las condiciones que fijen las ordenanzas municipales y además, el tener servicios higiénicos, agua, aireación, luz suficiente y servicio de electricidad, no ofrecer peligro de ruina y estar desinfectados. En una palabra, podríamos decir: tener las condiciones para un uso adecuado y normal. Estas corresponden al arrendador.

Cuanto impida o disminuya notablemente el disfrute normal y adecuado de la cosa, da origen a la obligación de hacer reparaciones que la ley califica de "necesarias". No hay en cambio un criterio directo para determinar cuáles son las reparaciones "locativas", que corresponden "generalmente" al arrendatario; pero podría pensarse que son todas las demás que no se puedan incluir en el término de "necesarias". Son los usos y costumbres los que permiten calificar las reparaciones como "locativas" y la ley permite transferirlas a cargo de arrendador, mediante cláusula contractual, por lo que se dice que sólo "generalmente" incumben al arrendatario.

9.10. El artículo 1876 dice: "El arrendador está obligado a pagar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que éste no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse a tiempo, o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario el costo razonable, probada la necesidad". Aquí se califican las "reparaciones necesarias", como "reparaciones indispensables", y se oponen a las locativas, como en el artículo anteriormente citado. En ambas normas, se responsabiliza al arrendador quien debe realizarlas, pero en este artículo, se complementa la responsabilidad con la obligación del arrendatario de dar noticia, en cuanto le fuere posible, y también debe realizar las

reparaciones indispensables, si el arrendador, debidamente avisado, no las realiza: en todo hay perfecta lógica y equidad.

La Ley de Inquilinato, dispone que el arrendatario pueda acudir al Juez, en caso de que el arrendador no realice esas reparaciones necesarias, y si, no las ejecuta dentro del plazo señalado por el Juez, se sancionará al arrendador con una multa equivalente a una pensión mensual y en caso de reincidencia, con tres pensiones mensuales. Cuando el arrendatario se hubiere visto obligado a desocupar el local, tendrá derecho a una indemnización equivalente a tres pensiones mensuales, sin perjuicio de la multa señalada. (Art. 6). En cambio, no ha previsto esta ley especial, el derecho del arrendatario a ser reembolsado de los gastos realizados por no haber procedido el arrendador a efectuar esas obras necesarias; pero se aplicaría la disposición y ya transcrita del artículo 1876. (Aquí se aprecia el inconveniente de desarticular el Código, con legislaciones paralelas, que en parte coinciden y en otra parte no).

El artículo 7 de la Ley de Inquilinato se refiere, en cambio, a los daños producidos por culpa del arrendatario, que él debe reparar a su costa, y si no lo hace, "el arrendador estará facultado para efectuar dichas reparaciones y exigir al arrendatario el pago de lo invertido, con un aumento del diez por ciento. Podrá además, exigir la terminación del contrato". Es, pues, el caso inverso del anterior: el arrendatario estaba obligado a realizar estas reparaciones causadas por él y no lo ha hecho dentro del plazo fijado por el Juez, lo que da lugar a que el arrendador intervenga y cobre con recargo.

No menciona ninguno de los artículos transcritos el derecho del arrendatario, generalmente reconocido por la doctrina, de retener de las pensiones que debe, lo correspondiente para hacerse pago de los gastos imputables al arrendador y que él haya tenido que realizar. Volveremos sobre esto al hablar de los derechos y obligaciones del arrendatario.

9.11. La **ejecución de las reparaciones** puede significar también un **perjuicio** para el arrendatario, ya que limitará en mayor o menor medida el uso normal de la cosa, y esto cualquier que sea el origen de los daños producidos. La equidad exige que se disminuya la pensión, y en los casos extremos, que se pueda dar por terminado el contrato.

En nuestra ley no se fija un tiempo preciso para dichas reparaciones, pero se reconoce al arrendatario el derecho a la rebaja de la pensión en proporción al perjuicio sufrido y, cuando la cosa no sirve para el objeto para el cual se arrendó, el locatario puede desistir del contrato. Se entiende que, en caso de oposición del arrendador, deberá decidir el Juez. Así se establece en el artículo 1923: "El arrendador, en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella.- Con todo, si se trata de reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse, estará el arrendatario obligado a sufrirlas, aun cuando le priven del goce de una parte de la cosa arrendada, pero tendrá derecho a que se le rebaje, entre tanto, el precio o renta, a proporción de dicha parte.- Y si esas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no aparezca suficiente para el objeto que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento.- El arrendatario tendrá además, derecho para que se le abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieren de causa que existía ya a tiempo del contrato, y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o ser tal que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla.- Lo mismo será cuando las reparaciones hayan de embarazar el goce de la cosa demasiado tiempo, de manera que no puede subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio del arrendatario".

Los términos de nuestro Código son flexibles y dejan a la apreciación por el buen sentido, por la equidad, sobre la gravedad del inconveniente que originen las reparaciones. Esto no depende tanto de la duración o de la extensión material, sino de un conjunto de circunstancias en las que prevalece la consideración del objeto al que se destina la cosa arrendada; por ejemplo, no cabe que se mantenga una sala de conciertos en uso, mientras se realizan labores de albañilería ruidosas, una clínica no puede funcionar en el ambiente malsano de una casa con cañerías abiertas, una familia no puede albergarse cuando la seguridad de las paredes es ínfima, etc.

En cuanto al conocimiento previo de las causas de la ruina y su necesaria reparación, dependerán en buena parte del oficio o profesión de las partes, con relación a la cosa arrendada; por ejemplo, si da en arriendo un automóvil un mecánico profesional, se debe presumir que conoce el estado en

que se halla y puede prever que pronto requerirá un cambio total de motor. Si asume el riesgo el arrendatario, claro está que no podrá luego pedir rebaja, y esa asunción del riesgo se presume si tuvo conocimiento del estado defectuoso de la cosa, o si debió conocerlo por razón de su oficio o profesión.

9.12. En la misma línea de las reparaciones materiales de la cosa, debe considerarse el **pago de los servicios públicos**, que permiten la normal utilización de la cosa arrendada; tratándose de casas, estos son principalmente los de electricidad, agua potable, y tasas de recolección de basura y aguas servidas, así como también algunas contribuciones especiales, como las de pavimentación de calles o construcción de aceras. Normalmente se señala en el contrato a quien se atribuyen estos gastos, y entonces habrá que respetar lo establecido; pero a falta de cláusula contractual, la equidad señala que el propietario ha de pagar las contribuciones especiales que en definitiva mejoran el inmueble, mientras que los gastos que corresponden a usos o servicios transitorios, como el teléfono, la luz eléctrica o el agua potable, deben ser de cargo de quien los consume.

Análogamente, los **impuestos** que gravan al capital, son de cuenta del propietario, y los que afectan **a la producción** corresponden al arrendatario, como lo ha reconocido la jurisprudencia. El artículo 61 de la Ley de Inquilinato concede una exoneración por cinco años, del impuesto predial urbano, a los edificios o casas que se construyan, a partir del año en que termine la edificación; de esta manera se estimula la producción de habitaciones que puedan destinarse a la vivienda.

10. Obligación de saneamiento por evicción

10.1. Así como el arrendador debe evitar toda turbación o embarazo materiales para el disfrute de la cosa por parte del arrendatario, en cuanto esté a su alcance, igualmente debe garantizarle ese uso razonable de la cosa, frente a posibles acciones de terceros **fundadas en derechos o pretendidos derechos** sobre el objeto del contrato. Este saneamiento por evicción guarda paralelismo o analogía con el debido por el vendedor a favor del comprador.

10.2. Cuando la perturbación procede de medidas **de hecho** provenientes de terceros, el mismo arrendatario debe defenderse: aunque no es más que tenedor de la cosa, puede ejercitar las acciones de despojo violento, que protegen al poseedor, o recurrirá a las autoridades de policía y presentará las denuncias y demandas para instaurar la acción penal que corresponda. También puede el arrendatario perseguir la indemnización de perjuicios ocasionados por un daño material proveniente de cuasidelito; por ejemplo, contra un vecino por descuido ha dejado caer objetos que destruyen un tejado, o ha dejado inundar el piso superior al arrendado, produciendo daños en tumbados e instalaciones, etc. Esto se prevé en el primer inciso del artículo 1871: "Si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario, a su propio nombre, perseguirá la reparación del daño".

Por consiguiente, para que se reclame la garantía de evicción, se requiere una perturbación de orden **jurídico**, no meramente material ni sólo de hecho, que prive al arrendatario, total o parcialmente, del uso y goce de la cosa.

10.3. La garantía contra la evicción protege **especialmente** al arrendatario; así, aún en el caso de cesión de derechos, en que se garantiza limitadamente, si interviene el contrato de arrendamiento, el que recibe el derecho queda mayormente protegido. El artículo 1881 establece que el deudor solamente está obligado a pagar al cesionario el valor de lo que haya dado por el derecho cedido, con los intereses; pero se exceptúa la cesión hecha al que goza de un inmueble en calidad de arrendatario "cuando el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble". Supongamos la cesión a favor de quien es arrendatario de una parte de un inmueble, de una servidumbre de paso de que disfruta el propietario de todo el predio, quien cede su derecho a favor del colono, mediante el pago de una suma de dinero; el cedente no deberá únicamente la cantidad recibida, sino que debe hacer efectivo el derecho de paso, ya que es necesario para el arrendatario y sin él no podría disfrutar el goce tranquilo y seguro del inmueble. En consecuencia, si el cedente no asegura al arrendatario el derecho de paso, tendrá que indemnizarle, no solamente con la cantidad de dinero recibida más los intereses, sino por el monto del perjuicio total consistente en no poder gozar del inmueble arrendado.

10.4. Desde luego, con mayor razón que proteger frente a posibles derechos de terceros, el arrendador no puede hacer valer su condición de propietario o de otros derechos que tenga sobre la cosa, para privar al arrendatario del disfrute que él mismo le ha concedido.

Sin embargo, no se puede impedir al arrendador que ejerza ciertos actos inherentes al propietario, como son los necesarios para conservar la cosa en buen estado: así, podrá inspeccionar el inmueble para poder efectuar las reparaciones oportunas y también puede -conforme es costumbre- hacer conocer la casa a los posibles arrendatarios futuros. Claro está que todo esto debe realizarse con la debida discreción y normalmente, con un aviso previo al arrendatario,

10.5. La perturbación causada por el tercero que tenga o pretenda tener un derecho, anterior al arrendamiento, puede afectar al disfrute del arrendatario de manera **parcial o total**. En el primer supuesto, el arrendatario solamente puede exigir una rebaja proporcional de la pensión, con relación al monto del beneficio de que se ve privado. En el segundo caso, puede pedir "que cese el arrendamiento", según dispone el artículo 1871. Esta terminación de las obligaciones contractuales, se produce también siempre que la evicción es tal que el arrendatario "se hallare privado de tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin esta parte no habría contratado": esto equivale a perder el disfrute de toda la cosa.

10.6. Además de la disminución de la renta o de la terminación del contrato, el arrendatario tiene derecho a "**indemnización de todo perjuicio**", pero esto, solamente cuando existe culpa por parte del arrendador y el arrendatario esté libre de culpa. La culpa depende del conocimiento o desconocimiento del derecho del tercero. Si el arrendador sabía que otra persona podría privar del disfrute de la cosa al arrendatario, y éste lo ignoraba al momento del contrato, el primero estará realmente obligado a indemnizar al segundo de todo perjuicio, ya que ha procedido culpablemente.

10.7. La circunstancia de que el arrendador debía conocer el derecho del tercero, le hace igualmente responsable de indemnizar de todo perjuicio al arrendatario, de igual modo a si hubiera realmente conocido. El que debe conocer, responde lo mismo quien efectivamente conoce.

10.8. En cambio, **si el arrendatario conocía** la existencia del derecho de un tercero, que podría privarle del disfrute de la cosa, y sin embargo contrata el arrendamiento, libera al arrendador de la obligación de indemnizarle, salvo que expresamente haya asumido dicha obligación en el contrato.

10.9. La indemnización "de todo perjuicio", comprende incluso el **lucro cesante**. De manera que, si el arrendatario se ha visto privado de la cosa arrendada o de una parte de ella, y se sigue la consecuencia de que no puede funcionar su negocio o industria en ella establecidos, recibirá la indemnización del arrendador, siempre que éste haya conocido o debido conocer la causa de la evicción. Si el derecho del tercero, no fue conocido ni debió ser conocido por el arrendador, éste queda liberado de indemnizar el lucro cesante; de lo que se deduce que aún en tal caso sí debe pagar al arrendador el daño emergente; por ejemplo, el tercero ha conseguido orden judicial para derrocar construcciones efectuadas por el arrendatario. Así lo dispone el último inciso del largo artículo 1871.

10.10. Las partes pueden, como sucede en la compraventa, **aumentar o disminuir** la gravedad o extensión de la garantía de evicción, y aun liberar de ella al arrendador expresamente. Pero aun en este caso discuten los autores si se debe disminuir la renta al arrendatario perjudicado por la evicción parcial, considerando que el contrato es de tracto sucesivo y que la equidad impone que en adelante no pague lo mismo que cuando disfrutaba de toda la cosa. Se ha de estar a la intención real o presunta de las partes.

10.11. Siempre que se habla de perjuicios causados por el mismo arrendador, se comprende también a las personas de su familia que viven con él, a sus empleados y sirvientes, es decir al **conjunto de individuos** que dependen de él y por cuyas acciones le corresponde responsabilizarse. Igualmente, cuando se trata de terceros, vecinos o no vecinos, se entiende a ese grupo de personas por las cuales responde el tercero.

10.12. Los terceros que pretenden ejercitar un derecho sobre la cosa arrendada, deben **dirigir su acción contra el arrendador**, tal como lo ordena el artículo 1872 y lo ha confirmado la jurisprudencia. Pero si se ha dirigido la acción contra el arrendatario, éste puede defenderse oponiendo las excepciones que sean del caso, entre ellas, precisamente, que la persona legitimada para responder es el arrendador. En todo caso el arrendatario está

obligado a poner el asunto en conocimiento del arrendador cuanto antes; si no lo hace o no avisa oportunamente, abonará los perjuicios que de esto se sigan para el arrendador. Nada impide que el arrendatario continúe actuando como parte en el juicio a pesar de la oportuna intervención del principal obligado a hacerlo que es su locador. El juicio seguido sin intervención del arrendatario, como es lógico, no puede perjudicarle, por el principio de la especialidad de las sentencias.

10.13. La evicción producida por una **acción de otro inquilino**, se produce cierta duda sobre la responsabilidad del arrendador, ya que si proviene de un simple hecho, no está obligado a garantizar al arrendatario perjudicado, quien debe defenderse por sí solo; pero, los otros inquilinos que han causado directamente el inconveniente para el uso y disfrute adecuado de la cosa, han recibido su derecho del mismo arrendador, de suerte que la responsabilidad de éste se desprende de la obligación que tiene de permitir el uso adecuado de la cosa. En la medida en que la controversia se plantee fundándola en un **derecho**, el arrendador tendrá que responder y sanear; pero si es un mero abuso del inquilino, se sitúa en una cuestión de **hecho**, y corresponde al otro arrendatario perjudicado el asumir su propia defensa.

10.14. Cuando se trata de perturbaciones producidas por **vecinos**, igualmente hay que distinguir si se trata de cuestiones de hecho, provenientes de la misma vecindad, tales como ruidos, humo, olores, actividades molestas o inmorales, contra las cuales ha de defenderse el arrendatario; mientras que si el vecino aduce ser propietario, poseedor, usufructuario, o tener derecho de habitación, uso o servidumbre en el local arrendado, estas son cuestiones de derecho, que obligan al saneamiento por parte del arrendador.

Se producen especialmente dificultades con ocasión de reparaciones o utilización de paredes **medianeras**; por ejemplo, cuando un vecino desea sobreedificar o empotrar vigas en el muro divisorio, todo lo cual puede hacerse con las limitaciones establecidas por la misma ley y procurando evitar molestias innecesarias al vecino. Los excesos cometidos en el uso de este derecho de medianería, no deben considerarse cuestiones de mero hecho, sino de derecho e implican la responsabilidad del arrendador.

10.15. El arrendatario puede también sufrir limitaciones o pérdida total del disfrute de la cosa, por acciones de fuerza mayor **de autoridades** competentes, quienes en el ejercicio de sus funciones pueden proceder desde meras inspecciones, hasta requisiciones, imposición de servidumbres de servicios públicos -como el paso de cables de electricidad, tuberías etc.- o expropiación. En todos estos hechos no tiene ninguna parte ni responsabilidad el arrendador, pero como él ha asumido la obligación de conceder al locatario el uso y goce de la cosa, deberá también indemnizarle cuando no pueda cumplir dicha obligación, salvo que el peligro de que se produjera la fuerza mayor hubiera sido conocido o hubiera debido ser conocido por el arrendatario; finalmente, tampoco tendrá responsabilidad alguna, si es que el hecho se ha producido como consecuencia de una culpa del arrendatario.

10.16. Hay que considerar también el **caso inverso** al planteado hasta aquí: que sea el arrendatario el que realiza algún acto nocivo para un vecino o para otro arrendatario del mismo inmueble y como consecuencia de ello, se entable un juicio y se llegue a sentencia en que se disminuyan de alguna manera los derechos del propietario del inmueble, que será generalmente el arrendador. Los daños y perjuicios que sufra el arrendador, deberán ser pagados por el arrendatario que los ocasionó. Si el vecino perjudicado dirigió la acción contra el arrendador y obtuvo que fuera condenado a indemnizar, el vencido en el juicio podrá repetir contra el arrendatario.

11. Saneamiento de vicios de la cosa

11.1. Así como en la compraventa los vicios ocultos dan origen a la acción redhibitoria o la destinada a reducir el precio, también en el arrendamiento, el que entrega la cosa debe garantizar que carece de defectos que impedirían su normal uso y disfrute, o lo disminuirían, o que podrían incluso significar un peligro para la persona que recibe.

Sin embargo, hay un diferencia notable entre los dos contratos, ya que en el primero, el vendedor solamente garantiza el estado de la cosa al momento de la entrega, porque desde ese momento deja de ser suya y pasa al comprador con el consiguiente *"periculum"*, mientras que en el segundo, el arrendador tiene que **garantizar durante todo el tiempo** del contrato,

que la cosa esté libre de vicios, dada la naturaleza de este contrato que es de tracto sucesivo.

La garantía de vicios, se refiere, desde luego, a los que **existían desde antes** de celebrar el contrato, al menos en cuanto a su causa, o se producen más adelante por defectuosa naturaleza de la cosa. No responde el arrendador, por los defectos que surjan por mal uso de la cosa, hecho por el arrendador, sus familiares o sirvientes.

11.2. La obligación del arrendador de sanear los vicios de la cosa, existe siempre en alguna medida, pero **varía la gravedad** de esta obligación y consecuentemente, sus efectos, según la buena o mala fe, el conocimiento o no conocimiento de dichos vicios, tanto por parte del arrendador como del arrendatario.

Cabe también **modificar esta graduación de la gravedad** y los efectos de los vicios, pues el artículo 1875 dispone que el arrendatario puede renunciar expresamente a la acción de saneamiento de un vicio, pero debe hacerlo designando expresamente de qué vicio se trata.

11.3. Si el vicio es de tal magnitud que **impide totalmente el uso** de la cosa, el arrendatario "tiene derecho a la terminación y aún a la rescisión del contrato", dice el artículo 1873. Entendemos que pedirá la terminación, si es que ya ha comenzado a ejecutarse y aparece con posterioridad el vicio, en tal caso, el contrato no podrá obligar para lo futuro, pero el tiempo ya transcurrido y el uso ya hecho no se pueden dejar sin efecto; la rescisión supone, en cambio, que no tenga efecto el contrato desde su misma celebración y esto será posible cuando todavía no ha entrado el arrendatario en uso de la cosa.

En esta circunstancia extrema de ser inservible la cosa para el objeto para el que arrendó, es indiferente que el arrendador haya o no conocido el vicio, o que el defecto se manifieste desde el primer momento o aparezca con posterioridad, siempre que provenga de esa causa **anterior** al contrato. Se atiende al hecho objetivo de que la cosa no permite la utilización para la cual se hizo el contrato, y esto basta para la terminación o rescisión.

11.4. En el supuesto de que el vicio de la cosa produzca un **impedimento parcial** para el uso y goce normal de la cosa, la ley deja al arbitrio del Juez el determinar si ha de darse por terminado el contrato o si solamente deberá concederse una disminución o rebaja de la renta, según las circunstancias. Es decir, si los desperfectos son tan serios que se aproximan a la total inutilidad de la cosa, se deberá sentenciar la terminación del contrato, pero, si los vicios solamente limitan o hacen menos conveniente el uso, solamente se producirá una rebaja del canon de arrendamiento.

11.5. Además de la terminación o rescisión del contrato o de la eventual disminución del precio o renta, hay lugar a **indemnización de perjuicios.** Esta compensación a su vez será mayor o menor, según el conocimiento del vicio por parte del arrendador.

Siempre que el vicio haya tenido una causa anterior al contrato, el arrendatario tiene derecho a la indemnización del **daño emergente**, aunque no haya habido conocimiento ni mala fe del arrendador. Es justo que el perjuicio positivo causado por la cosa defectuosa se repare por parte del dueño de ella, y así lo dispone el artículo 1874 en el primer inciso.

La indemnización por **lucro cesante**, exige una mayor culpabilidad del arrendador: se requiere que el vicio haya sido conocido por él, al tiempo del contrato, o que sea tal que "debiera por los antecedentes preverlo, o por su profesión conocerlo", según dispone el inciso segundo del mismo artículo 1874. Por ejemplo, un propietario de hacienda conoce que los árboles frutales o el ganado sufren periódicamente, en ciertas épocas, enfermedades o plagas, y arrienda esta finca; tal conocimiento le obliga a compensar al arrendatario la disminución de frutos de dichos árboles o ganado, que habrían sido mayores si no hubieran padecido esos daños, previstos o previsibles.

11.6. La responsabilidad del arrendador, **disminuye** si el arrendador tuvo conocimiento del vicio antes de celebrar el contrato o si el arrendatario conoció el vicio: "si el vicio era tal que no pudo sin grave negligencia de su parte ignorarlo", dice el artículo 1875. En estos casos, el arrendador no estará obligado a ninguna indemnización, salvo que expresamente se haya comprometido a darla.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

Finalmente, tampoco debe ninguna indemnización el arrendador, si es que en el contrato, se le liberó expresamente de ella. Pero esta exoneración de responsabilidad debe ser con referencia precisa a determinado vicio: no basta una cláusula liberatoria general, ni la mención de un vicio, impide que el arrendatario exija indemnización por otro vicio diferente. Por ejemplo, en el contrato se ha establecido que el arrendador no responderá por el mal estado de la cubierta de un edificio, que puede ocasionar goteras; esto no le libra de tener que indemnizar si se cae una pared que carecía de buena cimentación y produce los consiguientes perjuicios al arrendatario.

12. Reparaciones a cargo del arrendador

12.1. Estrecha relación con las obligaciones de garantizar el uso normal de la cosa al arrendatario y de indemnizar por los perjuicios que puedan ocasionar los vicios de la cosa, guarda la obligación del arrendador de repararla. Se trata precisamente de **permitir el buen disfrute del objeto y de evitar que se produzcan perjuicios.**

12.2. Hay diversas clases de reparaciones, según responden a necesidad mayor o menor de restablecer o alcanzar el buen estado de algo. Estas reparaciones se llaman **necesarias** cuando sin ellas la cosa se destruiría o permanecería en el estado que la hace inservible para su finalidad natural, o para el objeto para el cual se ha arrendado.

Otras reparaciones se consideran útiles, sin llegar al grado de exigencia de las anteriores, proporcionan una mejor utilización del objeto.

Similares a las reparaciones son las **mejoras** que una u otra partes introducen en la cosa; éstas pueden ser necesarias, si solamente mediante ellas se logra disponer el objeto en condiciones de ser aprovechado para una determinada finalidad; serán útiles, si solamente aumentan el aprovechamiento que se pueda hacer de la cosa; y se califican de **suntuarias, superfluas, voluntarias o voluptuarias**, cuando solamente satisfacen el gusto, capricho o refinamiento artístico o de comodidad, sin aumentar el valor venal de la cosa ni hacerla más aprovechable en un sentido económico.

En el contrato de arrendamiento, se distinguen dos clases de reparaciones: las que corresponden al mantenimiento de la cosa en estado de utilizarse

normalmente y las que solamente arreglan los desperfectos menores, que se producen por el uso corriente, a pesar del cuidado normal de quienes usan la cosa. Las primeras, atañen a la estructura y funcionamiento fundamental del objeto, mientras las segundas se refieren a detalles o accesorios; las primeras corresponden normalmente al arrendador y las segundas al arrendatario. Estas segundas se denominan **locativas**.

La distinción entre las unas y las otras no es tan fácil y se remite a las **costumbres**, aunque las **partes** pueden también precisar con detalle en el contrato, lo que corresponde a cada una de ellas.

También es importante considerar que algunas reparaciones tienen el carácter de **urgentes**, sea porque en caso de no hacerlas de inmediato, se prevé un daño de mayores proporciones.

12.3. El arrendador está obligado a realizar las reparaciones que sean necesarias para el uso adecuado de la cosa arrendada. A veces será preciso realizar estas obras antes de entregar la cosa, como está previsto en la Ley de Inquilinato; otras veces, surgirá este imperativo durante el plazo del contrato. Ya conocerá directamente que la cosa debe ser restaurada, o bien, debe hacérselo conocer el arrendatario: éste tiene la obligación de comunicar el estado del objeto, con el fin de que el arrendador ponga remedio a sus deficiencias, al deterioro o peligro de ruina. Si por su negligencia el locatario no cumpliere esta exigencia y por ello se produjeren daños mayores, sería responsable de tal culpa y en cualquier caso, no podría reclamar indemnización por cuanto haya sufrido en sus bienes o persona, ya que es imputable a él esa consecuencia, salvo que, por otros medios haya conocido el arrendador de las deficiencias que debían corregirse.

12.4. Si el **arrendatario** no puede comunicar al arrendador, o, habiéndole comunicado, éste no pone el remedio debido, podrá el mismo locatario proceder a las reparaciones.

Es obvio que también puede proceder a las reparaciones el arrendatario siempre que haya sido **autorizado** por el arrendador, sea en el contrato, o posteriormente. Con mayor razón, deberá hacerlo, si no sólo fue autorizado, sino que se comprometió a hacerlo.

En el caso de **ser urgente**, el arrendatario puede realizarlas, debiendo avisar cuanto antes al arrendador. No cabe que deje que continúe y se agrave el deterioro de la cosa arrendada.

12.5. Hechas las reparaciones por el arrendatario, cuando tenía el derecho de hacerlas y más aún si estaba obligado a realizarlas, el arrendador debe **pagarle** lo gastado.

12.6. No se aplica la regla anterior, y por tanto, el **arrendador no está obligado** a compensar al arrendatario en los siguientes casos: 1. Si el arrendatario conocía los desperfectos o peligro de ruina de la cosa al momento del contrato y sin embargo no se estableció en el contrato la obligación del arrendador de reparar; 2. Si el vicio era tal que no pudo sin grave negligencia ignorarlo; 3. Si renunció expresamente a reclamar el costo de la reparación. Estas reglas se aplican por analogía de lo dicho respecto de los vicios redhibitorios, a las consecuencias de tales vicios, que originan las reparaciones necesarias. Tampoco debe el arrendador pagar al arrendatario por las reparaciones **locativas**, ya que estas corresponden al arrendatario, salvo que se haya establecido otra cosa en el contrato. Finalmente, si el arrendatario ha hecho reparaciones no necesarias, éstas constituirán más bien **mejoras**, y si son simplemente útiles o voluntarias, tampoco son de cargo del arrendador por regla general.

12.7. El Código se refiere directamente a las **mejoras**, y establece que en principio se estará a lo previsto en el contrato. Allí se puede atribuir la carga a uno u otro contratante; es lícito señalar de antemano determinadas mejoras, o dejarlas a la apreciación de uno u otro; limitar el monto de ellas, etc. Todo esto es lícito y obliga a los contratantes en los términos y según la intención que tuvieron al contratar.

Si no hay especificaciones en el contrato, se presume que el arrendatario puede realizar aquellas mejoras que tenga a bien, siempre que no altere la forma substancial de la cosa, el destino normal de ella o para el que fue arrendada y que no se ponga en peligro su subsistencia y conservación.

Las mejoras necesarias que legítimamente haya realizado el arrendatario, deben ser cubiertas por el arrendador. En cambio, éste no debe: las no autorizadas, si no fueron necesarias. Las simplemente útiles o voluptuarias,

se entiende que benefician al arrendatario y son su costa. Al final del arrendamiento, si el arrendador no desea reconocer un compensación al arrendatario, éste pude llevarse los materiales empleados, siempre que no produzca nuevo daño o desperfecto en la cosa: debe, efectivamente, devolverla en buen estado, como la recibió y no deteriorada. Así se le autoriza en el artículo 1877.

12.8. Indirectamente reconoce el artículo 1878 al arrendatario el derecho de **retención**, ya que el arrendador no puede expeler al locatario o privarle de la cosa arrendada, si previamente no le paga, o asegura el pago, las indemnizaciones que le deba. "No se extiende esta regla al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada". Dice el segundo inciso del artículo 1878. Se justifica esta norma por equidad, ya que no ha dependido del obligado la privación de la cosa: se trata de caso fortuito o de fuerza mayor. La Ley de Inquilinato, en el artículo 52 dispone que "en ningún caso en que el arrendador debe al arrendatario una suma de dinero, ya sea como indemnización o como devolución de lo pagado indebidamente, podrá éste, ser desalojado del local arrendado, sin que previamente se le pague"; éste es el derecho de retención directa de que goza el arrendatario.

De aquí se deduce que si la terminación del arrendamiento se debe a culpa o acto voluntario del arrendador, él tendrá que pagar todas las mejoras, excepto las que haya realizado ilegítimamente el arrendatario.

12.9. Frecuentemente se establece en los contratos de arrendamiento, que si hay lugar a **compensación** de las mejoras a favor del arrendatario, éste podrá descontarlas del valor de las pensiones que ha de pagar. Esta regla, que no figura en el Código Civil, pero sí en la Ley de Inquilinato, cuyo artículo 5, confiere es este derecho de retención o compensación al arrendatario, quien, además, puede cobrar lo gastado más un diez por ciento.

La misma ley sanciona al arrendador que no hubiere realizado las reparaciones, una vez ordenadas por el Juez, a pagar una multa equivalente a una pensión locativa (Art. 6 reformado). Y si el arrendatario se hubiere visto obligado a desocupar el local, el arrendador le indemnizará con una suma equivalente a la pensión de tres meses, sin perjuicio de pagar la multa. De

manera paralela se sanciona, en el artículo 7, al arrendatario que no cumpliere aquello a que está obligado en materia de reparaciones.

12.10. El arrendador tiene también la obligación de pagar los impuestos y cargas de la propiedad, ya que continúa siendo dueño o actuando como tal; mientras que corresponde al arrendatario la solución de los impuestos y tasas que recaigan sobre la actividad que realiza, por ejemplo, las matrículas de comercio, y los consumos de luz, agua o teléfono.

13. Obligaciones del arrendatario

13.1. Enumeración.- Las obligaciones que por la naturaleza del contrato corresponden al arrendatario son: 1. Pagar el precio o pensión; 2. Usar la cosa arrendada; 3. Conservarla en buen estado; 4. Avisar al arrendador sobre cualquier usurpación o atentado contra sus derechos de propiedad; y, 5. Restituir la cosa al final del arrendamiento. Estas obligaciones se desprenden del hecho de que el arrendatario recibe el objeto como tenedor, y debe comportarse como quien tiene una cosa ajena que debe devolver.

Otras obligaciones pueden estipularse por las partes, sea en el momento inicial o con posterioridad, y en algunos casos esas otras obligaciones convierten el arrendamiento en un contrato mixto o llegan incluso a desvirtuarlo, derivando en un contrato de depósito, de sociedad, de renta vitalicia, etc. La amplitud de la autonomía contractual permite introducir esas variantes; a continuación se explicarán únicamente las obligaciones ordinarias o naturales.

13.2. Como el arrendamiento es un contrato sinalagmático, la obligación principal de la una parte es la causa de la obligación principal de la otra: el arrendador se obliga a dar y garantizar el uso y disfrute de una cosa, y la contrapartida, la obligación principal del arrendatario consiste en pagar un precio, pensión, canon, renta o alquiler.

13.3. La periodicidad se pacta libremente, como más convenga a las partes, por horas, días, semanas, meses, años, etc. Si nada se ha establecido al respecto, hay que seguir las costumbres; así, se alquilan por horas las bicicletas, caballos, ciertas maquinarias, etc., por días, las habitaciones de fondas, posadas u hoteles; por años, meses, las casas o departamentos de habita-

ción; por semestres o anualidades, las haciendas. Desde luego, prevalece la voluntad de las partes, si se prueba debidamente, aunque no haya sido expresamente consignada en el contrato. Así, se demostrará la intención de recibir los pagos por mensualidades, si consta en la documentación de la negociación a la celebración del contrato, o se dio instrucciones sobre un depósito bancario con tal periodicidad.

Dice el artículo 1885: "El pago del precio renta se hará en los períodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país, y no habiendo estipulación ni costumbre fija, según las reglas que siguen: La renta de predios urbanos se pagará por meses, la de predios rústicos por años. Si una cosa mueble o semoviente se arrienda por cierto número de años, meses o días, cada una de las pensiones periódicas se deberá inmediatamente después de la expiración del respectivo año, mes o día.- Si se arrienda por una sola cantidad, se deberá ésta luego de que termine el arrendamiento".

13.4. Generalmente se paga por períodos vencidos, pero nada impide que se pacte pagos adelantados, y entonces habrá que estar a lo convenido.

Esto plantea el problema de si, habiéndose adelantado pensiones, termina el arrendamiento antes del lapso por el cual ya se ha pagado. Entre las partes, deberán hacerse los reajustes y eventual devolución que corresponda, ya que no cabe que se enriquezca sin causa el arrendador. Puede, sin embargo, haberse pactado que el pago anticipado quede en beneficio del arrendador, como indemnización, si el contrato termina por culpa del arrendatario o por decisión unilateral de él.

13.5. El artículo 1886 establece que: "Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, estará el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente obligado al pago de la renta por el tiempo que falta hasta el día en que, desahuciado, hubiera podido hacer cesar el arrendamiento, o en que el arriendo hubiera terminado sin desahucio.- Podrá, con todo, eximirse de este pago, proponiendo, bajo su responsabilidad, persona idónea que le sustituya por el tiempo que falte, y prestando al efecto fianza u otra seguridad suficiente".

Respecto de terceros, resulta más difícil el problema, sobre todo en el caso de acreedores del arrendatario, que podrían ver burlados sus privilegios de cobro, por un pago anticipado de pensiones. En una sentencia de la Corte Suprema se resuelve el caso de embargo de pensiones de arrendamiento, lo cual está autorizado por la ley, y se refiere tanto a las rentas devengadas como las que están por devengarse; la acción se permite contra el arrendador o contra el arrendatario, teniendo éste la posibilidad de presentar la excepción de haber ya pagado al arrendador.

13.6. El monto del canon, se pacta entre las partes, pero la libertad absoluta ha sido limitada por la Ley de Inquilinato, en el afán de evitar abusos sobre todo en perjuicios de los inquilinos de habitaciones.

Si antes de la entrega de la cosa, no se logran acordar los contratantes sobre el precio, propiamente no hay contrato. Cuando ya se ha entregado la cosa, si surge desacuerdo sobre la pensión y ninguna de las partes puede probar que se haya convenido una determinada cantidad, el artículo 1884 del Código Civil dispone lo resuelva el Juez a base del justiprecio de peritos.

En la Ley de Inquilinato, se establece que la pensión mensual de arrendamiento de un inmueble no podrá exceder de la doceava parte del diez por ciento del avalúo comercial con que dicho inmueble figure en el Catastro Municipal. Esto se refiere evidentemente sólo a los predios urbanos, que son los que figuran en los Catastros Municipales y están gravados con impuesto predial urbano. Este diez por ciento anual (divisible en doce meses), se aplica al total del edificio, de suerte que si comprende varios apartamentos o cuartos que se alquilan separadamente, a cada uno corresponderá una alícuota proporcional a su importancia.

Para evitar abusos, la reforma introducida en 1960, prohíbe estipular pensiones de arrendamiento de viviendas urbanas en moneda extranjera, o pactar el incremento automático de pensiones locativas de inmuebles destinados a la vivienda, salvo que se trate de locales cuya renta autorizada legalmente exceda de dos salarios mínimos vitales. Es decir que esta regla trata de proteger a las personas de escasos recursos.

La Oficina de Registro de Arrendamientos fijará el precio máximo de cada local, de acuerdo con la norma antes transcrita, y el incumplimiento de estas disposiciones administrativas se sanciona con multas.

La Ley prevé la revisión de las pensiones fijadas, sea para aumentarlas o para rebajarlas, según hayan cambiado las circunstancias, principalmente el valor adquisitivo de la moneda o el deterioro o mejoramiento de la cosa arrendada (Arts. 20 a 23 de la Ley de Inquilinato).

13.7. El pago debe hacer el arrendatario o, en nombre suyo, cualquier persona diputada para el pago. Cabe el pago por intervención de un agente oficioso, bajo la condición de que el deudor apruebe el pago; si no lo ratificara, no tendría consecuencias imputables al deudor. Si intervino en el contrato un garante del arrendatario, es evidente que se puede cobrar a éste.

13.8. La persona **legitimada** para recibir el canon es el arrendador o quien le represente legal o convencionalmente. Como en el actual régimen ordinario de bienes de las personas casadas, marido y mujer tienen la administración de los bienes, uno y otro cónyuges pueden recibir válidamente el pago, salvo que en el contrato se hubiere estipulado otra cosa, pues entonces habría que respetar esa determinación contractual, siempre que se haya realizado con la intervención de ambos cónyuges, ya que de otro modo, uno de ellos estaría afectado a los derechos del otro.

Si fallece el arrendador, el pago deberá realizarse todos los herederos, que pueden estar representados por un albacea, o por un procurador común, o simplemente por uno de ellos, especialmente comisionado para recibir los arrendamientos. Pero no podría el arrendatario, por su solo arbitrio, decidir solventar su obligación entregando el canon a uno de los herederos. Si se produjera esta anomalía, podría remediarse por la ratificación o reconocimiento del pago, por parte de los demás herederos, quienes también podrían oponerse y no reconocer el pago ilegítimo. También se sana el irregular pago, si los condueños adjudican la cosa al que recibió las pensiones. Si el arrendador perdió la propiedad o se desprendió de ella, es el sucesor a título singular quien deberá recibir las rentas, pero solamente desde el momento en que se notifique el cambio al arrendatario. Si no se le ha dado a

conocer la transferencia del dominio, no es culpable el arrendatario que continúa pagando a la persona con quien contrató.

La Corte Suprema ha decidido acertadamente que las relaciones originadas en el contrato de arrendamiento se refieren al arrendador y al arrendatario, sin consideración directa al dominio de la cosa arrendada. Por esto, el derecho de exigir el precio, corresponde al arrendador, aún en el caso de no ser él el dueño. En consecuencia, propuesta la demanda el pago de pensiones, por quien sin ser arrendador, las fundase en ser dueño de la cosa arrendada, la demanda se considera improcedente. Pero si una sentencia judicial declarara resuelto el derecho del arrendador, o diere la razón a un tercero reivindicador de la cosa arrendada, el arrendatario quedará libre de su obligación pagando al ganador del juicio.

En el caso de expropiación, el arrendatario deberá seguir pagando las pensiones al arrendador, hasta el momento en que se verifique la tradición a favor de la entidad expropiadora y tenga noticia de eso.

13.9. El pago de la renta comprende frecuentemente algunos anexos, como suelen ser las contribuciones de administración en los edificios de propiedad horizontal, o ciertos impuestos y tasas que se hay convenido que deban pagarse por el arrendatario, o el sueldo de un guardián, o técnico (en el alquiler de máquinas o sistemas electrónicos).

13.10. El lugar del pago, igualmente será determinado libremente por las partes, o habrá que seguir las normas generales: en el domicilio del deudor, salvo que aparezca claramente la voluntad de las partes de seguir costumbres locales diferentes.

13.11. La duración de la obligación de pagar las pensiones, coincide con la del contrato, pero si éste termina antes del plazo estipulado hay que establecer ciertas distinciones.

Si el contrato termina por culpa o causa del arrendador o por caso fortuito o fuerza mayor, el arrendatario no deberá pagar las pensiones por el resto del tiempo que habría durado el contrato sin esas causas: no tiene culpa el arrendatario y no disfruta de la cosa, luego, nada debe. Si termina el contrato y el arrendatario permanece en el uso y disfrute de la cosa, evidentemen-

te, debe seguir pagando pensiones hasta que devuelva la cosa. Si termina el contrato por culpa del arrendatario aunque haya desocupado la cosa, pero ésta no se encuentre en aptitud para ser nuevamente arrendada o usada por el dueño, el arrendatario tendrá que indemnizarle a éste, y dicha indemnización se presume que es igual a las pensiones de arriendo que estaba pagando, durante el tiempo necesario para poner la cosa en estado de ser nuevamente aprovechada. Ya que el arrendatario la ha inutilizado, por su mal uso, imprudencia u otras causas, es equitativo que deba cubrir el daño que interfiere al propietario.

El artículo 1886 considera este caso de terminación por culpa del arrendatario, y ordena que la indemnización consista en seguir pagando la pensión, en calidad de indemnización, hasta el tiempo en que debía terminar naturalmente el contrato, o terminar por desahucio. Esta disposición no excluye que el arrendador pueda probar que el monto del perjuicio causado por el arrendatario sea superior a estas pensiones.

"Podrá, con todo, eximirse de este pago (el arrendatario), proponiendo bajo su responsabilidad, persona idónea que le sustituya por el tiempo que falte, y prestando al efecto fianza u otra seguridad suficiente", agrega el inciso segundo del mencionado artículo. De suerte que se deduce que el daño considerado en el primer inciso consiste en la no ocupación del local, en que deje de producir renta al dueño, pero siendo posible utilizarlo. Sin embargo, parece evidente que, cuando la culpa del arrendatario ha inutilizado la cosa, el efecto jurídico debe ser por lo menos el mismo: seguir pagando hasta que con las pensiones se pueda reponer la cosa en estado de ser usada.

La indemnización ordenada por el artículo 1886, se refiere a cualquier motivo por el cual se haya terminado el contrato, siempre que sea imputable a culpa del arrendatario, lo cual sucede si no paga las pensiones o si usa indebidamente de la cosa. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema.

13.12. Si el arrendatario no cumple esta obligación principal, el arrendador puede optar por una de estas acciones: 1. Demandar el cumplimiento del contrato; 2. Pedir la terminación del contrato; 3. En ambos casos, pedir indemnización de perjuicios.

13.13. El inciso segundo del artículo 1883 dice: "Podrá el arrendador, para la seguridad del pago de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba en contrario".

Este llamado "derecho de retención", no es propiamente tal, ya que no se concibe que el arrendador se haga justicia por mano propia, tomando de hecho cosas que tiene el arrendatario y de las cuales es dueño. Ha de entenderse que el arrendador puede solicitar al Juez el embargo de esas cosas y para facilitar el embargo, la ley presume que cuanto está en poder del deudor, le pertenece. Así lo entienda comentaristas del derecho argentino, igual al nuestro en este punto.

En una sentencia de la Corte Suprema leemos: "Es absolutamente nula la estipulación que faculta al arrendador para ocupar de hecho la cosa arrendada por mora del arrendatario en el pago de la pensión; tal ocupación, aunque ilegal atento el artículo 719, no da derecho al arrendatario moroso a indemnización de perjuicios provenientes del lucro cesante". Se deduce de esto, que tampoco puede el arrendador apoderarse de objetos de propiedad del arrendatario, ya que una u otra conducta de mero hecho, no se justifican. Ante el abuso del arrendador, el arrendatario no puede, sin embargo, reclamar por lucro cesante, ya que él ha dado origen a la acción de hecho por no pagar las pensiones; sí podría, en cambio exigir indemnización por daño emergente, en caso de probarlo, por ejemplo, si la violencia produce la destrucción de objetos o perjudica a la buen fama, su salud o integridad.

13.14. El derecho correlativo del arrendatario, consiste en no pagar las pensiones, lo cual sí constituye propiamente una retención; pero tampoco esto, es lícito en cualquier caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendador. Por esto, algunos autores se manifiestan negativamente frente a este derecho, por ejemplo Puig Peña, mientras que otros sí lo aceptan. Rezzonico admite esta retención: 1. Cuando el arrendador no ejecuta reparaciones necesarias; 2. Si la ejecución de esas reparaciones resulta muy incómoda; y, 3. Cuando un propietario vecino ejecuta obras en la pared medianera haciendo imposible o muy difícil el uso de la cosa; 4. Por la destrucción total o parcial -en monto considerable- debida a caso fortuito;

5. Cuando la fuerza mayor o caso fortuito hacen imposible el uso; 6. Si una acción judicial de terceros priva al arrendatario del uso de la cosa.

El punto es muy discutido e incluso la abundante jurisprudencia francesa al respecto, está dividida en las dos opiniones **contrarias**. El principal argumento contra la retención consiste en que las obligaciones del arrendador, no suelen ser líquidas, para compensarse automáticamente con las pensiones.

Nuestra Ley de Inquilinato hace una referencia a la retención de pensiones, en los casos en que lo ordenare el Juez y dispone que, dichas rentas deben entonces "depositarse en el Juzgado de Inquilinato", agregando que "la falta de depósito por más de dos meses será causa de la terminación del contrato". Estas disposiciones no se refieren claramente a la circunstancia de que el arrendador no hay cumplido sus obligaciones, y bien se entiende que la orden judicial puede provenir del reclamo de un tercero, por ejemplo por pago de alimentos que deba el arrendador a ese tercero. En todo caso, el arrendatario cumplirá lo ordenado por el Juez y la consignación de las pensiones en el juzgado le libera de su obligación de pagar al arrendador, tanto que, si no hace esos depósitos durante dos meses, incurre en mora y da lugar a la terminación del contrato.

13.15. Si falta el pago debido, por culpa del arrendatario, es decir, salvo que se justifique esa omisión, éste incurre en mora, y como consecuencia, debe indemnizar al arrendador. Dicha indemnización, en principio, consiste en seguir debiendo las sucesivas pensiones hasta la terminación del contrato, como está ordenado por el artículo 1886.

El pleno efecto de la mora, sin embargo, no se produce sino desde el momento en que el arrendador exige judicialmente el pago de las pensiones debidas. En ese momento, si el arrendatario no se allana, paga o garantiza satisfactoriamente el pago, se convierte en "injusto detentador", como lo ha declarado en varias sentencias nuestra Corte.

Las partes pueden convenir en el contrato que baste el hecho de no pagar una o más pensiones, para que el arrendatario se considere constituido en mora, dando derecho al cobro judicial, a la indemnización de perjuicios y aún a la terminación del arrendamiento. Desde luego, que dicha cláusula

supone que el arrendador no esté a su vez en mora, ya que en contratos sinalagmáticos, la obligación de cada parte depende del cumplimiento de la del otro. Por consiguiente, si el arrendatario alega que el arrendador no ha cumplido sus obligaciones, éste tendrá que recurrir al Juez para que defina si realmente la otra parte ha incurrido en mora.

Se ha sentenciado que "aunque el demandado se haya constituido en mora por no haber pagado el precio en la época fijada en el contrato, no procede el pago de intereses no pactados por pensiones devengadas". Sin embargo, parece que sería equitativo condenar al pago del interés legal, cuando no hay fijación convencional de la tasa de interés; de otro modo se estimularía el incumplimiento de la obligación.

13.16. Cuando el arrendatario ha incurrido en mora, el arrendador puede pedir la resolución del contrato. Pero, ya hemos dicho que, por ser un contrato de trato sucesivo, la sentencia no producirá efectos retroactivos a un tiempo anterior a la citación de la demanda, sino únicamente para el tiempo subsiguiente. Así lo han reconocido varias sentencias.

Otra sentencia precisa que: "Aunque en la demanda el actor usó la palabra "rescisión", lo que ha demandado verdaderamente es la resolución del arrendamiento, fundándose en que el arrendatario no ha pagado la pensión conductiva en el tiempo señalado. Pero el demandante confiesa que cobró al arrendatario la renta que debía pagar hasta la conclusión del arrendamiento. Con este hecho el actor renunció manifiestamente la acción resolutoria, visto que no puede pedirse al mismo tiempo ésta y el cumplimiento del contrato". En otras palabras: no puede presentar ambas pretensiones a la vez, por ser contradictorias. En cambio, sí puede el arrendador demandar en ambos casos, la indemnización de perjuicios, y a título de indemnización se condenará al arrendatario a cubrir las pensiones hasta la devolución de la cosa.

13.17. También sucede que el arrendador se niega a recibir las pensiones, y entonces el arrendatario acudirá a consignarlas en el juzgado. Tal consignación impide que se le considere en mora del pago de tales pensiones. Esta consignación no puede realizarse después de que se haya citado al arrendatario con la demanda de terminación del contrato por falta de pago, ya que esa demanda significa el ejercicio de derecho del arrendador de optar por la

resolución del contrato, y no puede impedirse el ejercicio de tal derecho con la consignación. Por esto, el Juez ha de calificar la consignación, y si la acepta como legal, el arrendatario no puede considerarse en mora.

En este sentido una sentencia se expresa así: "La negativa de la actora a recibir las pensiones de arrendamiento que le debía el demandado por la ocupación de un local, no ocasionó la mora de éste en pagar dichas pensiones (mora debitoria), sino la de aquella en recibirlas (mora crediticia), no estando autorizada la demandante a exigir la devolución de la cosa arrendada. Al estipularse en un contrato de arrendamiento que el pago de las pensiones se hará por mensualidades anticipadas, el arrendador puede demandar ese pago en la iniciación de cada período, pero no la desocupación del local, porque para ello exige la letra a) del artículo 30 de la Ley de Inquilinato, la mora de dos meses, o sea, que éstos hayan transcurrido completos sin que el arrendatario hubiese pagado la renta, concepto éste que es diferente de la exigibilidad de la obligación".

13.18. También hay ciertos límites al cobro de las pensiones, que pueden provenir de especiales cláusulas contractuales. En este sentido dice una sentencia: "Concedida al arrendatario una máquina de coser con la opción de compra, pagando la diferencia de las cuotas ya satisfechas y el precio de la máquina, el arrendador no puede exigir pensiones posteriores a la terminación del contrato, cuyo monto sobrepasaría el precio fijado al mueble, ni aún alegándose para ello la mora del deudor en el pago de las pensiones devengadas". En estas circunstancias el arrendatario tenía la opción de seguir pagando las cuotas o bien de pagar la diferencia adeudada del precio de compra, y una vez que escogió esto segundo, no podía el arrendador imponerle la continuación del arrendamiento, privándole de la opción de compra.

14. Obligación de usar la cosa arrendada

14.1. En el arrendamiento se entrega una cosa para que sea usada adecuadamente por el arrendatario; éste es un tenedor del objeto y como tal, es titular de un derecho de disfrute, al mismo tiempo que tiene la obligación de usar de ese derecho razonablemente, conservando la cosa, que deberá restituir al término del contrato.

14.2. Estas atribuciones que se confieren al arrendatario, implican que, por una parte, no puede realizar un uso distinto del convenido; por otra, ese uso no puede ser abusivo, excesivo y destructor; y finalmente, tampoco puede abstenerse de usar, en la medida en que esa omisión causaría perjuicios.

14.3. El uso y disfrute legítimo, es el que se haya precisado en el contrato. Como resulta evidente, esto no puede alterarse sino por una nueva convención -expresa o tácita-, entre las partes. Por ejemplo se ha alquilado un automóvil para uso personal o doméstico, y no puede dedicarse a un negocio de taxista; un solar urbano se destina en el contrato para estacionamiento de vehículos, y no puede el locatario construir en él un hotel, etc.

14.4. Si no se ha especificado nada al respecto en el contrato, los diversos sistemas jurídicos se remiten a varios paradigmas. Así el Código Argentino dice que la utilización de la cosa ha de ser "conforme a derecho", lo cual resulta bastante vago; el Derecho francés se refiere al uso de "un buen padre de familia". Nuestro Código establece que el uso debe ser conforme a "lo que está naturalmente destinada la cosa", señalando un segundo criterio supletorio: "atentas las circunstancias del contrato o la costumbre del país".

De esta manera, el artículo 1879 contiene cuatro puntos de referencia en su respectivo orden de importancia: 1. Lo establecido en el contrato; 2. La destinación natural de la cosa; 3. La intención presumible de las partes; 4. Las costumbres locales.

14.5. Además del uso inadecuado, está el uso desmedido, el exceso, que puede deteriorar o agotar las cosas incluso las que parecen más perdurables. Por ejemplo, un suelo agrícola se deteriora por falta del necesario descanso en la producción; una maquinaria puede destruirse si se recalienta por una utilización desmedida; un caballo se muere por agotamiento, etc.

14.6. El no usar tampoco es bueno y en ciertos casos causa perjuicios positivos al dueño de la cosa. Por ejemplo, la pérdida de la clientela de un almacén, si permanece cerrado; el deterioro de una habitación en la que no vive nadie y se acumula el polvo, los insectos o ratones; en un vehículo que permanece parado mucho tiempo se dañan las llantas, la batería, las

cañerías de frenos, conexiones eléctricas, etc. Por esto, el arrendador tiene derecho de exigir que el arrendatario use la cosa. Planiol anota que la falta de uso puede ocasionar incluso que el propietario pierda la cosa por prescripción adquisitiva de otra persona que se aprovecha.

Si el arrendatario abandona la cosa arrendada o deja de usarla en términos de poner en peligro su existencia o buena conservación, el arrendador tendrá derecho de pedir la terminación del contrato y entrar en tenencia de la cosa, debiendo además la parte incumplida indemnizarle por este abandono. Una sentencia de la Corte Suprema reconoce que si el arrendatario ha pagado anticipadamente las pensiones y desocupa el local arrendado antes de terminado el plazo, el arrendador puede retener las pensiones adelantadas; salvo que hay terminado por fuerza mayor pues en este último supuesto el arrendador carece de derecho de retención. El arrendador podría demandar indemnización si la terminación anticipada del contrato fuere por culpa del arrendatario, pero la fuerza mayor que se produjo, no se ha probado que fuera imputable a culpa del arrendatario.

Naturalmente, el uso y disfrute de la cosa puede realizarse directamente por el arrendatario, o bien por personas de su familia o servicio. La extensión del grupo de personas autorizadas para utilizar lo arrendado, dependerá igualmente de lo convenido expresa o tácitamente, o de las costumbres. Si se arrienda una casa de habitación, se entiende que, es para el arrendatario, su familia y servidores. El artículo 1882 se refiere expresamente a este grupo de personas, de cuya conducta responde el arrendatario: "El arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa, sino de la de su familia, huéspedes y dependientes".

El artículo 2228 responsabiliza al inquilino por los cuasidelitos que se produzcan por la imprudencia respecto de cosas que caen y causan daños a otros. La responsabilidad se atribuye a "los que habitan" en una parte de un edificio, y esta habitación puede ser a título de propietario, o de simple detentador, como lo es el arrendatario.

También el artículo 56 de la Ley de Inquilinato extiende la responsabilidad del arrendatario a los actos de "su familia, huéspedes, dependientes o encargados".

14.7. El arrendatario responde de los perjuicios causados por el mal uso, el uso excesivo o la falta de uso de la cosa, sea que estos daños se produzcan en el mismo objeto arrendado, o que afecten a terceros, por ejemplo, a los vecinos. También se causan perjuicios, a veces graves, a terceros, por actividades inmorales, indecentes o simplemente mal vistas por la sociedad, desde los extremos de dedicar un departamento a juegos prohibidos, prostitución o consumo de estupefacientes, hasta el empleo en oficios inadecuados para un determinado sector urbano, como el desposte de ganado en un barrio residencial.

14.8. Producidos los daños, cabe preguntarse, cuándo podrá el arrendador exigir la indemnización: de inmediato o solamente al terminar el arriendo.

Esta cuestión no está directamente prevista por el Código, y parece que habría que hacer algunas distinciones. Si se trata de daños graves e irreparables, el arrendador tendrá derecho a pedir de inmediato la indemnización y, eventualmente, la terminación del contrato. Igualmente, si es previsible que se agraven progresivamente y el arrendatario no pone remedio o impide la reparación que podría hacer el dueño; por ejemplo, una ruptura de cañerías por mal uso y que produce humedad y destrucción de pisos, paredes y techos. Planiol indica que el arrendador recurrirá al Juez y que éste, oído el parecer de peritos decidirá lo que sea justo.

14.9. Para el uso de la cosa arrendada, son a veces necesarias ciertas adecuaciones o cambios, que puede realizar el arrendatario, pero estos cambios han de ser igualmente moderados: que no cambien substancialmente la cosa, o la debiliten o la pongan en peligro de destrucción.

Normalmente, al terminar el contrato, el arrendatario deberá volver las cosas a su primitivo estado, salvo que los cambios realizados sean aprobados por el arrendador o los considere como mejoras.

Naturalmente, las partes pueden libremente pactar cambios de mayor importancia, por ejemplo, toda una edificación, o derrocar lo que está edificando; adaptar una casa de habitación para el funcionamiento de una clínica o de una escuela, etc.

15. Obligación de reparar la cosa arrendada

15.1. Hemos indicado anteriormente que el arrendador debe reparar la cosa arrendada, como consecuencia de su obligación de ponerla a disposición del arrendatario en condiciones de uso adecuado; pero, por otra parte, el Código y la Ley de Inquilinato imponen también al arrendatario la obligación de efectuar reparaciones. Indudablemente se trata de distintas obras, ya que no admitimos que la ley se contradiga imponiendo la misma obligación a las dos partes contrarias.

Las reparaciones que incumben al arrendador son, como ya se dijo, las que exige el uso normal de la cosa, que generalmente afectan a la solidez o buen funcionamiento de la cosa: se califican normalmente de reparaciones mayores. Si no las hace el arrendador, el arrendatario puede dirigirse al Juez para que señale un plazo para realizarlas, y si no se efectúan en ese plazo, el arrendatario puede hacerlas y cobrar después al arrendador, con un recargo del 10% de su costo (Art. 5 de la Ley de Inquilinato).

A su vez, al arrendatario corresponden las reparaciones menores, que restablecen los pequeños daños que se producen por el uso y tal vez por alguna negligencia de los usuarios. El arrendador, como tenedor que es de la cosa, debe conservarla en su estado normal y, si por culpa suya se deteriora, está llamado a reparar el daño. El arrendador puede obligarle a tales reparaciones, sobre todo si, de no hacerlas, se sigan mayores desperfectos o peligro para la cosa.

No se consideran reparaciones locativas, las que provienen de la mala calidad o defectos ocultos de la cosa arrendada. Éstas, corresponden al dueño de la cosa y no al mero tenedor. Tampoco es responsable el arrendatario de los casos fortuitos o de fuerza mayor, salvo que por su culpa se hayan producido (Art. 1868). Los más dramáticos suelen ser los daños ocasionados por el **incendio**: se presume que se trata de un caso fortuito, pero si se prueba que provino de un descuido o culpa del arrendador, no se verá libre de responsabilidad. La jurisprudencia de otros países, como Francia, Argentina, España o Chile, es abundante en esta materia, y se cita generosamente por los autores.

Si la cosa se extingue o perece por causa natural, evidentemente no puede responsabilizarse de ello al arrendatario. Se suele dar el ejemplo de la mina que se agota, o del animal que muere por vejez.

Si el arrendatario se ha obligado a las reparaciones del predio, sin determinarlas, sólo estará obligado a las reparaciones locativas.

15.2. Los daños de que responde el arrendatario, implican pues, alguna culpa de su parte, o de quienes forman su familia, sirvientes, empleados, huéspedes y visitantes. Respecto de estos últimos, no solamente se responsabiliza a los que viven o trabajan con mayor o menor estabilidad en el lugar arrendado, sino también a los meros visitantes.

El arrendador tiene acción para cobrar los perjuicios, contra el arrendatario y éste podrá, eventualmente repetir contra el directo causante del daño. Pero también puede demandar el arrendador directamente al que produjo el perjuicio, siguiendo las reglas generales de la responsabilidad y de los cuasidelitos.

Si son varios los arrendatarios y el daño no resulta imputable a uno de ellos en concreto, se tiene que distribuir entre todos la reparación, según enseña Pothier, aunque otros autores consideran que en tal circunstancia sería de cargo del arrendador, ya que no se puede probar culpa de ninguno de los tenedores.

15.3. Con acierto ha resuelto la Corte Suprema que el derecho de retención del arrendatario se extiende al caso de la indemnización por daños y perjuicios, pero no al pago de mejoras. Habrá, por consiguiente que distinguir si las obras realizadas por el arrendatario y que debía hacer y pagar el arrendador, corresponden a verdaderas reparaciones, o a mejoras.

15.4. Una sentencia afirma: "No da derecho a pedir el secuestro del predio dado en arrendamiento, el mero hecho de que el arrendador hubiese demandado la resolución del contrato. Para ello, sería menester que se justifique el deterioro del predio, o, por lo menos, el justo motivo para temerlo".

15.5. "Aun cuando el arrendamiento es un contrato bilateral, no es aplicable a él la regla que sobre resolución de contratos bilaterales trae el artículo

1518, sino en los casos comprendidos en las acciones especiales que, como los de terminación o cesación del arrendamiento, establecen los parágrafos 3° y 5° del Título XXV del Libro IV. El hecho de que la cosa arrendada se encontraba en estado de completa destrucción, procede alegrarse como causa de terminación del arriendo (acción especial en este caso) y no procede invocarlo para pedir la resolución (acción general). No da derecho para fundar la resolución el hecho de no haber suscrito el demandado el inventario de recepción de la cosa arrendada, porque esta obligación es común a los dos contratantes y no consta que el actor haya cumplido por su parte".

15.6. Acabamos de comprobar cómo hay una afinidad grande entre las reparaciones y las mejoras; la distinción teórica consiste en que la reparación restablece la cosa a su estado anterior, mientras que la mejora supone un perfeccionamiento nuevo. Pero prácticamente las reglas para ambas -reparaciones o mejoras- son iguales. Las partes pueden precisar en el contrato lo que a bien tengan, y si no lo han hecho, se seguirán las presunciones a base de las costumbres y de las exigencias naturales de la cosa para el objeto del arrendamiento.

15.7. Las mejoras urgentes, pueden ser hechas por el arrendatario a cargo del arrendador; y las habrá, si en caso de no realizarlas, precisamente se producirá el efecto contrario: un deterioro de la cosa, que incluso puede ser ya irreparable.

15.8. Las mejoras útiles, pero no necesarias, no habiendo dispuesto otra cosa los contratantes, serán de cargo del arrendatario. Sin embargo, si el arrendador no quiere reconocer una compensación por ellas, el arrendatario está en el derecho de deshacerlas y llevarse los materiales empleados, siempre que esto no cause daño a la cosa. El arrendador puede impedir esta acción, pagando el valor que tendrían los materiales separados, con lo cual nada perderá el arrendatario.

Igualmente, las mejoras puramente voluntarias o voluptuarias, que no significan aumento del valor venal de la cosa, no dan derecho al arrendatario a recibir indemnización -salvo que se hubiere convenido así con el arrendador-, y solamente podría retirar los materiales sin causar desperfectos.

estado excelente, inusualmente bueno; uno y otro extremo se tendrían que probar por el respectivo interesado.

17.3. El tercer inciso del mismo artículo dice: "En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante el goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable". Se sigue aquí las reglas generales de la carga de la prueba: el tenedor de la cosa se presume responsable, mientras no pruebe lo contrario; y ya se ha indicado que el arrendatario, como tenedor, se responsabiliza también de los hechos de un conjunto de personas que de él dependen y utilizan de algún modo el objeto arrendado; en este artículo no se menciona entre dichas personas a la familia, pero se ha de entender, desde luego, que, al igual que los huéspedes, hacen recaer sobre el arrendatario los resultados de su descuido o mal uso de la cosa.

17.4. Normalmente se **hace constar** en el contrato cual es el estado en que se entrega la cosa y se trata de bienes complejos, se suele hacer inventario en el que se pormenoriza el estado de cada objeto. Si no se hubiere procedido así, ni haya un acta de entrega con tales especificaciones, ambas partes tienen derecho de pedir que se realice una inspección judicial, o que peritos determinen el estado de la cosa; naturalmente estas acciones se referirán a la situación actual y no a la existente en el momento de la entrega y mientras más tiempo transcurra entre ambos acontecimientos, menor valor probatorio se adscribirá a las constataciones de tiempo posterior.

17.5. La devolución se verifica al término del contrato, pero el arrendatario tiene el derecho de retener la cosa, si el arrendador no le paga lo que le debe por indemnización de mejoras, por consiguiente, no siempre coincidirá legalmente el derecho a la devolución de la cosa con la terminación del plazo del arrendamiento.

El artículo 52 de la Ley de Inquilinato dice: "En ningún caso en que el arrendador deba al arrendatario una suma de dinero, ya sea como indemnización o como devolución de lo pagado indebidamente, podrá éste ser desalojado del local arrendado, sin que previamente se le pague.- Para el ejercicio del derecho concedido en el inciso anterior, el arrendatario deberá acompañar providencia ejecutoriada recaída en el procedimiento previsto

en el artículo 19, o prueba que establezca los valores determinados en dicho artículo como debidos por el arrendador". Aunque esta norma se refiere directamente sólo a inmuebles, no se ve inconveniente de aplicarla, por analogía al caso de arrendamiento de muebles: si existe sentencia que reconozca los derechos del arrendatario, o éste pueda presentar una prueba plena de esos derechos. Nótese los términos absolutos que emplea el legislador: "en ningún caso", y se refiere a cualquier deuda del arrendador hacia el arrendatario (se entiende que, con motivo del contrato).

17.6. Se preguntan algunos autores, ¿qué sucederá si, al final del contrato, el arrendatario no devuelve voluntariamente la finca? Puig Peña responde: "Si la no devolución se produce como exteriorización de una conducta dolosa del arrendatario, la sanción puede tener en algunos casos el rigor de una figura delictiva. Si se produce por mera culpa, el Código Alemán autoriza al arrendador para exigir en concepto de indemnización, el alquiler que hubiere devengado por el tiempo de retardo. El Código Español nada dice, siendo por tanto de aplicar los principios en orden a la indemnización por incumplimiento".

Nuestro sistema es un poco complicado, porque, para que el arrendador pueda ejercer la acción de desalojo, se requiere que el arrendatario esté constituido en mora mediante el procedimiento judicial de desahucio. No basta, pues, que el contrato haya llegado a su término por el transcurso del plazo previsto o por incumplimiento de alguna obligación esencial. Además, el desahucio da únicamente derecho al desalojo y a cobrar las pensiones hasta el momento de la entrega efectiva de la cosa al arrendador; pero el cobro de todas las indemnizaciones a que tuviere derecho éste, solamente se produce si el arrendatario está en la situación de injusto detentador, lo cual requiere nuevo requerimiento judicial.

El artículo 1890 contiene estas dos exigencias de intervención judicial: "Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; y si requerido no restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él competa, como injusto detentador".

17.7. El arrendador tiene dos acciones para exigir la devolución de la cosa arrendada: la *ex contractu* y la reivindicatoria. Pero no puede hacerse justicia por mano propia y emplear medios violentos.

17.8. La jurisprudencia nacional reconoce que el arrendador puede valerse del trámite ejecutivo, tanto si existe escritura pública (título ejecutivo), como si hay mandato judicial como consecuencia del desahucio o requerimiento de entrega de la cosa.

17.9. Cabe legalmente que a una acción personal se oponga la excepción de dominio por parte del arrendatario, como se ha admitido en una sentencia de la Corte Suprema; efectivamente, ninguna ley prohíbe tal defensa y más bien es muy conforme a la razón y al derecho.

17.10. Además de la devolución de la cosa, el arrendador puede conjuntamente exigir el pago de las indemnizaciones que deba pagar el arrendatario; pero éstas tendrán que probarse y liquidarse debidamente. Una sentencia dice: "Para que haya lugar a la acción ejecutiva, por el valor que arroje el cotejo de inventarios, se requiere: fallo judicial que lo aprobase o aprobación expresa de parte de los interesados en cuanto al propio cotejo".

17.11. La primera condición para exigir la devolución de la cosa arrendada consiste en que se **haya constituido en mora** el arrendatario: si no se ha alegado y demostrado esto, el Juez no ordenará dicha entrega.

En cuanto a las indemnizaciones, para exigirlas ejecutivamente, se requiere que sean líquidas, puras y debidamente probadas. Al respecto, léase este fragmento de sentencia: "En los contratos de arrendamientos urbanos, hallándose las partes conformes en cuanto a la existencia del arrendamiento, el juicio versa sobre las obligaciones de las partes. Habiendo el arrendatario desocupado el local y entregado las llaves al arrendador, que las recibe y se hace cargo del local arrendado, el arrendamiento termina un mes después, por transcurrir el tiempo del desahucio y no haberse fijado otro plazo distinto. La falta de cumplimiento de las obligaciones que impone el artículo 1911 al arrendatario, comporta la de indemnizar perjuicios por faltas o deterioros que hubiere en la cosa arrendada, mas no la de abonar pensiones por un tiempo posterior a la cesación del arrendamiento que, en este caso, terminó un mes después de la entrega de las llaves; sin que pueda aceptarse,

en consecuencia, la demanda -en concepto de renta y no de perjuicios-, del valor de las pensiones de arrendamiento hasta el día en que fueron reparados los deterioros o faltas con las que restituyó el predio arrendado, sino únicamente por el tiempo del desahucio, como queda expresado".

17.12. Las partes pueden acordar libremente el tiempo, las modalidades y condiciones de la entrega, y si esto consta claramente, la sentencia no puede alejarse de lo convenido entre los contratantes, salvo que hayan dispuesto algo contrario al derecho, como sería cargar las costas judiciales a una de las partes, aunque no haya litigado de mala fe o temerariamente. Así se resuelve en una sentencia de la Corte.

17.13. Eventualmente, las partes **pactan intereses** sobre las pensiones en mora y por la falta de entrega oportuna de la cosa, lo cual es lícito; en cambio, no cabe reclamar intereses, si no se han convenido de mutuo acuerdo.

17.14. Si ha intervenido un **fiador**, sus obligaciones accesorias terminarán cuando termine el contrato principal. Se discute por la doctrina y la jurisprudencia, si en caso de prórroga del plazo, se prolongan también las obligaciones del garante. Borda señala que, si terminan de todas maneras las obligaciones del fiador al terminar el contrato, no se exige al garante más de aquello a lo que se obligó inicialmente, y parece esto lo más justo; en tanto que si se pretende que siga obligado hasta la desocupación de la cosa, es verdad que las dos partes quedan en una situación de mayor igualdad y por esto se suele pactar expresamente en tal sentido, y entonces deberá respetarse esa voluntad contractual.

Una sentencia ha resuelto que: "No habiendo pagado las pensiones conductivas el arrendatario, convinieron él y el arrendador en dar por terminado el arrendamiento, debiendo pagar el deudor lo que debía. Esto no implica novación, ni rescisión, sino cumplimiento de la condición resolutoria que lleva consigo todo contrato bilateral. Por tanto, subsisten las garantías a favor del arrendador. El arriendo como contrato sucesivo, se puede resolver por incumplimiento de una de las partes, para lo relativo a lo futuro, quedando firme la obligación de cumplir lo estipulado hasta ese momento. Los garantes no sufren perjuicio, por más que queda limitada su responsabilidad a las obligaciones anteriores y quedan libres de las que podrían surgir en lo futuro.

17.15. Otro punto debatido es el relativo a si el arrendatario debe seguir pagando pensiones cuando retiene la cosa para lograr que el arrendador le indemnice por lo que tenga derecho. Teniendo, como tiene el arrendatario, el derecho de retener la cosa arrendada hasta que se le satisfagan sus haberes, es lógico que se compense, en la medida posible, lo que le debe el arrendador, con lo que él tiene por equidad que seguir pagando mientras ocupa la cosa, hasta que se cubran totalmente sus derechos. Esto supondrá normalmente el realizar una liquidación en la que se precisen los derechos de una y otra parte, y se reconozca la compensación que corresponda.

17.16. Así como el arrendador puede ejercitar acciones judiciales para obligar al arrendatario a entregarle la cosa, es obvio que igualmente podrá demandar a **otras personas** que por razones accesorias al arrendamiento tienen toda o parte de la cosa; por ejemplo, un guardián o portero que ocupa una pieza de habitación, o quien por amistad o caridad sea huésped de la casa. La resistencia de salir, por parte de estas personas, constituiría delito de usurpación o un cuasidelito.

17.17. Si el arrendador se negara a recibir la cosa al término del contrato, el arrendatario podría **consignarla** judicialmente y quedar libre de responsabilidad.

17.18. Al devolver el objeto arrendado puede suceder que se encuentren, no solamente desmejoras o mejoras debidos a la actividad del locatario, sino también modificaciones que se hayan producido naturalmente en la cosa, sin intervención alguna del arrendatario. Por ejemplo, los árboles de un bosque crecen y adquieren mayor valor; los animales de una finca envejecen y se mueren por vejez; aún el terreno puede crecer por aluvión o avulsión. Estos cambios, según las reglas generales, benefician o perjudican al dueño del objeto y no dan lugar a indemnizaciones a favor de una u otra parte, salvo que se probare que ha existido culpa que origine responsabilidad en la producción de estos fenómenos naturales, o que se haya estipulado otra cosa entre las partes.

Sobre el asunto concreto del **ganado** nuestro Código contiene una disposición original, que estudiaremos a propósito de las reglas especiales del arrendamiento de predios rurales, y también hay que anticipar que, es fre-

cuente el que las partes prevean cláusulas especiales sobre tan importante asunto.

18. Subarriendo, cesión y subrogación

18.1. Por la subrogación una persona reemplaza al arrendador o al arrendatario; la ley permite, efectivamente que los acreedores de uno y otro entren a ocupar la misma situación jurídica y gozar de los correspondientes derechos.

Los artículos 1906, 1909 y 2368 se refieren a esta subrogación de los acreedores en los derechos del arrendador o de los arrendatarios insolventes o deudores simplemente. El arriendo no termina, sino que continúa con los acreedores quienes se subrogan en los respectivos derechos. El artículo 2368 dice que "podrán subrogarse", lo que implica una facultad, que también podrían rechazar; el artículo 1906 se refiere a la ejecución o embargo de la cosa arrendada, en cuyo caso subsiste el arrendamiento sustituyendo el acreedor al arrendador; en cambio si es el arrendatario quien cae en insolvencia, solamente hay la posibilidad de que los acreedores le subroguen, siempre que "rindan fianza a satisfacción del arrendador", y no siendo así, tendrá el arrendador derecho de dar por concluido el arrendamiento. Por tanto, en el caso de que el deudor ejecutado sea el arrendador, de modo imperativo se dispone la sustitución de derechos, mientras que los acreedores del arrendatario tienen la facultad de sustituirse y bien pueden no hacer uso de esa facultad.

En el lenguaje vulgar a veces se dice "subrogación" de arrendatario, queriendo expresar una cesión de sus derechos o un contrato nuevo de subarriendo, que son esencialmente distintos de la verdadera subrogación; como queda dicho, ésta se obra por el ministerio de la ley, aunque intervenga la voluntad de terceros; en el subarriendo y en la cesión es imprescindible un acto voluntario del arrendatario y muchas veces el concurso de la voluntad positiva del arrendador.

18.2. Baste recordar que el cedente traspasa sus derechos y obligaciones a otra persona y ésta contrae esas obligaciones y adquiere esos derechos con relación a la otra parte y con relación a terceros, en ciertos términos y desde determinado momento. El cesionario, viene a ocupar el lugar jurídico del

cedente, como sucede en la subrogación, pero el primer fenómeno jurídico depende de la voluntad de quien hace la cesión y, en cierta medida, de la aceptación de la otra parte de la relación jurídica cedida.

En el caso concreto del arriendo, el arrendatario al ceder su derecho, coloca a otra persona en calidad de arrendatario de la misma cosa. La cesión supone traspaso de todos los derechos y obligaciones que le corresponden como arrendatario. El cesionario continúa en la relación jurídica con el arrendador, como si fuera la misma persona de quien le cedió el arriendo: éste no cambia en nada.

A veces se emplea el término **"traspaso"** del contrato de arrendamiento, para significar la cesión. Esto sucede principalmente al referirse a locales de negocios.

18.3. Más frecuente que la cesión del arrendamiento, suele ser el **subarriendo**. Este es un nuevo contrato, en el que el arrendatario se convierte en arrendador de la cosa recibida, que pasa a manos de un tercero: el subarrendatario.

A diferencia de la cesión, en el subarriendo hay un nuevo contrato, una nueva relación jurídica, y además continúa en plena vigencia la anterior, la del primitivo contrato.

Con el subarriendo se crean complejas relaciones jurídicas, porque subsisten tres partes: el primitivo arrendador (que no puede perder ninguno de sus derechos), y el primitivo arrendatario y el subarrendador.

18.4. Tanto en la práctica como en la legislación se tiende a unificar o equiparar la cesión con el subarriendo, aunque señalaremos más adelante algunas diferencias que subsisten en nuestro derecho.

18.5. El Derecho Romano permitía la cesión y el subarriendo y esta disciplina han seguido los derechos de muchos países modernos, como Francia, Italia, España, Brasil, Argentina, Venezuela, Perú y Paraguay. En todos ellos, solamente se impiden el subarriendo y la cesión, si las partes han prohibido expresamente; en Uruguay se permite por la ley la sublocación, pero no la cesión.

Don Andrés Bello se anticipó a la actual tendencia de la doctrina jurídica que va precisamente por el sentido contrario: **prohibir como regla general** la cesión o el subarriendo y permitirlos únicamente cuando las partes han convenido así expresamente. Los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador siguen esta doctrina.

18.6. Nuestro Código Civil, en el artículo 1887 dice: "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo, ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso, no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo".

La segunda frase resulta gravemente ambigua, ya que por sí misma no expresa cuáles son los derechos del cesionario o subarrendatario, porque "lo estipulado con el arrendatario directo", puede entenderse de dos maneras: 1. Lo estipulado por el subarrendatario o cesionario con el arrendatario directo; 2. Lo estipulado por el arrendatario directo con el primer arrendador. Ambas cosas permite entender la defectuosa redacción. Si el legislador quiso decir lo primero, debió expresarse así: No podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados por él con el arrendatario directo. Posiblemente ésta es la intención del legislador, pero no se puede aceptar que el segundo contrato conceda al nuevo arrendatario más derechos que los conferidos por el primer contrato: nadie da lo que no tiene, y el arrendatario no puede conceder más de lo que él obtuvo del primer arrendador, por ejemplo, conceder un plazo más largo.

18.7. La Ley de Inquilinato es más explícita y exigente en esta materia. En el artículo 36 establece que **"Sin autorización escrita**, el arrendatario no tiene facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar el local. El subarrendatario o cesionario no podrá usar y gozar de la cosa en otros términos que los estipulados entre el arrendador y arrendatario, ni por plazo mayor que el legal o el convencional entre éstos".

La Ley sigue, pues, la segunda interpretación posible del artículo 1887, la más lógica, la que resguarda los derechos adquiridos y no permite que un contrato con un tercero, modifique la situación jurídica existente entre el primer arrendador y el primer arrendatario.

La misma ley, en el siguiente inciso del artículo 36, prohíbe de modo absoluto sucesivos subarriendos. El subarrendatario no puede a su vez entregar a otro la cosa y crear nuevas relaciones de arrendamiento. Tampoco se pueden ceder ulteriormente los derechos del subarrendatario o del cesionario.

18.8. Más severa es la Ley de Inquilinato cuando se trata de "locales de vivienda", ya que el artículo 38, prohíbe de modo absoluto subarrendarlos, "salvo cuando se trata de contratos de naturaleza ocasional o temporal de plazo no mayor de tres meses". El caso más típico de excepción consiste en el edificio arrendado para pensión u hotel, cuyas habitaciones se subarriendan a los inquilinos normalmente por pocos días.

18.9. La norma por la cual el subarrendatario no puede tener mayores derechos que el arrendatario, se confirma en el artículo 39 de la Ley, en cuanto al desalojo: "El desalojo del arrendatario incluirá el de los subarrendatarios o cesionarios, a quienes se hubiere arrendado o cedido el arrendamiento sin autorización". Pero, por un sentido de humanidad, agrega que "No obstante, el subarrendatario o cesionario tendrá derecho a permanecer en el local arrendado por treinta días, a partir de la fecha en que fuere notificado por el Juzgado de Inquilinato con la terminación del contrato de arrendamiento, mediante el pago al arrendador de la respectiva pensión de arrendamiento". Así se permite prolongar el contrato por un mes más de lo previsto, pero al mismo tiempo se reconoce el derecho del arrendador de percibir la pensión correspondiente a ese tiempo.

Además, el subarrendatario que ha sufrido este desalojo, tiene derecho de exigir a su arrendador "el pago de una suma equivalente a la pensión de tres meses"; esto se ha de entender, en calidad de indemnización. Tal disposición figura en el segundo inciso del artículo 39.

18.10. La Ley de Inquilinato establece expresamente que "las obligaciones y derechos de los arrendadores establecidas en los artículos 5, 6, 7, 24, 25, 28, 33 y 40, se hacen extensivas a los subarrendadores", (Art. 41) o sea que se establecen relaciones entre el primer arrendador y los subarrendatarios en todo lo fundamental del contrato, de manera igual como en el arrendamiento primitivo.

18.11. Se corrobora lo dicho, en el artículo 58, que confiere acción directa a favor del arrendador contra el subarrendatario para exigirle la reparación de los deterioros que éste hubiere causado en el local arrendado, sin perjuicio de la acción que le asiste contra el arrendatario. Se permite ejercer simultáneamente ambas acciones: contra el arrendatario y contra el subarrendatario y "El inquilino que resultare condenado podrá repetir contra el causante de los daños". Por tanto, el arrendador simplemente reclama por los daños, sin tener la carga de probar si el causante fue uno u otro, y solamente entre ellos (arrendatario y subarrendatario) discutirán sobre quien tuvo la culpa.

18.12. Pero el rigor lógico de lo dicho anteriormente se mitiga, a favor del sentido práctico, cuando el subarriendo ha sido autorizado, cuando es legal, y el arrendatario deja de cumplir sus obligaciones, principalmente la de pagar las pensiones al arrendador, o bien abandona la cosa arrendada; en estos casos, los inquilinos (subarrendatarios) "podrán continuar como arrendatarios directos, abonando una pensión igual a la fijada como máxima, en la forma establecida en el artículo 34, si se tratare de todo el inmueble, o una proporcional a la misma, si el arrendamiento fuere de una parte". (Art. 37).

Por consiguiente, supuesto que el subarriendo fue autorizado por el arrendador, éste puede prescindir del arrendatario incumplido y seguirse entendiendo con los subarrendatarios. El derecho del arrendador es doble: puede exigir el cumplimiento del contrato a su primer arrendatario, pero también puede trasladar las obligaciones a los subarrendatarios que él admitió.

A su vez, el subarrendatario que pagó su pensión al arrendatario principal, podrá presentar la excepción de pago frente al arrendador que pretendiere cobrarle nuevamente. Pero la jurisprudencia suele rechazar la excepción si se refiere a **pensiones anticipadas**, para evitar confabulaciones en perjuicio de arrendador principal, salvo que esos pagos anticipados se hayan hecho conforme a la costumbre o se pruebe que realmente fueron recibidos legalmente por el arrendatario-subarrendador.

18.13. También se reconoce acción directa al arrendador contra el subarrendatario para exigirle la reparación de los deterioros que éste hubiere causado en el local arrendado, sin perjuicio de la que le asiste contra el

arrendatario, pudiendo ejercerlas simultáneamente. El inquilino que resultare condenado podrá repetir contra el causante de los daños. (Art. 58).

18.14. Si se ha **pactado expresamente** la prohibición de subarrendar, y el arrendatario no cumple esta disposición, dará lugar a la resolución del contrato por incumplimiento de una importante obligación. Si se produce el subarriendo, sin mediar especial prohibición contractual, sino solamente contrariando la norma legal, el arrendador podrá exigir que no ocupe el local el subarrendatario o que sea expulsado si ya lo ha ocupado ilegalmente, pero no habría lugar a la acción de resolución del contrato principal. También le queda el expediente de reclamar daños y perjuicios, si los hay.

18.15. El arrendador puede renunciar a la prohibición, sea legal o contractual, de subarriendo; y esta renuncia puede ser expresa o tácita, por ejemplo si aprueba la persona a quien se admite como nuevo inquilino o le recibe las pensiones.

18.16. La cláusula que prohíbe subarrendar también impide **prestar**, salvo momentáneamente. Bajo la ficción de un comodato podría ocultarse un verdadero subarriendo. Borda indica que, si hay varias familias que viven en un inmueble, se ha de presumir que hay subarriendo, lo mismo si se trata de otras personas que no tienen vínculo familiar.

18.17. Las relaciones que se establecen por el subarriendo, conforme al artículo 40 de nuestra Ley, son análogas a las del arrendamiento, pero hay que hacer algunas observaciones al respecto. Indudablemente, las obligaciones y derechos que nacieron por el primer contrato, se conservan entre las partes y no se alteran por el nuevo contrato de subarriendo. En principio, no hay relación entre el arrendador y el subarrendatario, sino en los casos que anteriormente hemos indicado, como una suplencia equitativa, cuando el arrendatario no cumple o cuando el arrendador falta a sus obligaciones. El subarrendador goza del mismo privilegio que el arrendador, respecto de las cosas introducidas en el lugar arrendado; no puede establecer condiciones que contraríen el contrato principal y queda obligado frente al arrendador principal por los desperfectos que pueda producir el subarrendatario; tanto arrendatario como subarrendatario están obligados a la devolución de la cosa al término de los contratos respectivos.

18.18. Como observa Diez Picazo, en la **extinción** del subarriendo se aprecia la conexión entre este contrato y el que le sirve de base, pues, la extinción del arriendo provoca siempre la del subarriendo.

18.19. Hay una diferencia sustancial entre el subarriendo y la cesión del arriendo, aunque en el lenguaje ordinario se suelen confundir ambas figuras. Para la interpretación de los contratos habrá que considerar este hecho y atenerse a lo que realmente **haya querido obligarse** las partes.

Ahora bien, si consta que los contratantes lo que pretendieron fue realizar una cesión del arrendamiento, se producen algunos efectos muy distintos de lo antes señalados, respecto del subarriendo. El cedente carece del privilegio sobre las cosas introducidas por el subarrendatario (o más exactamente, cesionario); el cesionario está obligado a recibir la cosa en el estado en que se encuentre, y no en el estado original, salvo pacto expreso; el arrendatario sigue obligado ante el arrendador, salvo que éste le libere; se crea una relación directa entre el arrendador y el cesionario, sin perjuicio de que el arrendador conserve la acción contra su arrendatario.

En la cesión, con mayor razón que en el subarriendo, pesa la voluntad del arrendador, puesto que si no consiente, el contrato no surte ningún efecto para él. La cesión implica una sucesión en la titularidad del derecho y una vez que la acepta el arrendador, el arrendatario queda desligado de su posición de parte del contrato y entra en su lugar el cesionario.

A pesar de las diferencias entre subarriendo y cesión, se ha de entender que, si se prohíbe lo uno, igualmente se pretende impedir lo otro. La ley se refiere a ambas figuras conjuntamente, y también en los contratos se ha de interpretar así, salvo que claramente se haya querido excluir solamente una de las dos figuras.

19. Terminación del arrendamiento

19.1. Las causas de terminación de este contrato se hallan dispersas en numerosos artículos del Código Civil y de la Ley de Inquilinato. En algunos casos se señala directamente que el arrendamiento termina, en otros, se reconoce el derecho de una o ambas partes para dar por terminado, o para pedir la terminación; también hay normas legales que declaran que en cier-

tas circunstancias no termina el arrendamiento, de lo cual se deduce que en situaciones contrarias, sí se produce el efecto de acabar. Finalmente, además de lo establecido en el Título correspondiente del Código y en la Ley, ambos se remiten a las formas de terminación de los contratos en general.

19.2. Por esta simple revisión de las dos leyes, se puede apreciar la complejidad de la materia, en la que dominan dos principios fundamentales: por una parte la equidad que ordena respaldar la ejecución de los contratos de buena fe; por otra, el sentido social, de proteger a las personas y las familias, facilitándoles el mantener su habitación. El segundo principio, lleva a mitigar ciertas consecuencias demasiado rígidas sobre la estricta ejecución de los contratos.

También conviene anotar que nunca resulta adecuado dividir una materia que debe ser legislada, en dos cuerpos diferentes, como sucede en este caso: el Código Civil y la Ley de Inquilinato. Se producen necesariamente dificultades de interpretación y hasta contradicciones. Habría sido preferible el reformar tal o cual artículo de Código o incluir algunas nuevas normas, en lugar de dictar una ley distinta.

19.3. Una primera clasificación de las causas de terminación del arriendo depende de la fuente positiva inmediata y de la forma del precepto. Siguiendo este criterio tenemos:

1. Causas generales de terminación de los contratos, dispuestas principalmente en el Código Civil, en el Título XIV del Libro IV, y que no se mencionan expresamente en el Título XXV.
2. Causas de terminación, que se señalan en el Código Civil, en el Título sobre el arrendamiento, de manera negativa, esto es, indicando que ciertos hechos o actos no producen la terminación, de donde se deduce que otros sí producen la terminación.
3. Causas de terminación enumeradas expresamente en el Código Civil o en la Ley de Inquilinato.
4. Causas de terminación contenidas también de modo expreso y positivo en el Código o en la Ley, pero no al tratar ex profeso de la terminación, sino de obligaciones o responsabilidades de las partes del contrato.

19.4. Las **causas genéricas** de terminación de los contratos, se encuentran en el Título de los "modos de extinguirse las obligaciones" principalmente. No exclusivamente, porque habría que añadir, las diversas causas que producen la anulación de un contrato.

19.5. Algunas de esas causas genéricas de extinción de las obligaciones, sí figuran expresamente en el Título XXV del Código Civil y en la Ley de Inquilinato.

Por ejemplo, la convención entre las partes (Art. 1583 Num. 1), se aplica a la terminación del arrendamiento en varios artículos, como el 1862 que permite "arrepentirse" antes de la entrega de la cosa arrendada, cuando se ha pactado que el contrato debía elevarse a escritura pública; en el inciso 2º del artículo 1886 se permite al arrendatario eximirse del pago que debe al arrendador, proponiéndole una persona idónea que le sustituya por el tiempo que falte, y prestando al efecto fianza u otra seguridad suficiente", lo cual al ser aceptado por el arrendador equivale a una convención por la que termina la primera relación contractual.

El mecanismo de **desahucio** de tres meses, previsto en el artículo 31 de la Ley de Inquilinato, equivale a permitir una nueva convención que, transcurrido un año, da derecho a cualquiera de las partes a dar por terminado el contrato.

Ahora bien, es evidente que, además de los casos mencionados, en cualquier momento durante la vigencia del arrendamiento, las partes pueden resolver de común acuerdo el darlo por terminado: es la forma más natural y que se encuadra en la ya citada disposición del artículo 1583.

La jurisprudencia ha precisado que los contratos celebrados por escritura pública, requieren igualmente de otra escritura pública para terminarse por convenio entre las partes. Planiol dice que todo contrato escrito debe terminar igualmente por escrito.

La **transacción y la remisión** son formas derivadas de la convención, y mediante ellas, arrendador y arrendatario pueden hacer terminar el contrato.

19.6. No resulta aplicable al arrendamiento la forma de terminación "por solución o **pago efectivo**", dado el carácter de contrato de **tracto sucesivo** o cumplimiento continuado en el tiempo. Pagada la pensión, incluso por todo el tiempo del arrendamiento, el contrato no termina, sino que precisamente produce sus efectos normales.

19.7. La **novación** evidentemente terminará un arrendamiento. A través del subarriendo se presentarán casos de novación, cuando el arrendador acepte liberar al arrendatario de las obligaciones contraídas y se conforme con entenderse directamente con los subarrendatarios, como está previsto en los artículos 40 y 54 de la Ley de Inquilinato.

19.8. La **compensación** tiene amplia aplicación en materia de arrendamiento, sobre todo en cuanto a las recíprocas obligaciones de pagar la pensión o indemnizaciones y gastos de reparaciones: todo ello es materia de compensación, pero propiamente no actúa ésta como **causa** de terminación del contrato. En el artículo 1868 se menciona la facultad de las partes de modificar voluntariamente, por estipulaciones contractuales, o posteriores al contrato, lo relativo a indemnizaciones. El artículo siguiente, permite rebajar la renta para compensar gastos de reparaciones, o disminución de la utilización de la cosa por parte del arrendatario.

Haciendo uso de la libertad contractual y de las mencionadas disposiciones legales, es frecuente que arrendador y arrendatario, de mutuo acuerdo, resuelvan amortizar paulatinamente gastos hechos por el locatario para reparar o mejorar la cosa; tenemos entonces una compensación entre lo debido por el uno y por el otro.

19.9. Resulta evidente que el arrendamiento se extingue por **confusión**, cuando por cualquier modo y por cualquier título, el arrendatario llegue a ser propietario de la cosa arrendada: no cabe ser arrendador y arrendatario a la vez. Solamente, téngase en cuenta que, si el inquilino llega a heredar al arrendador, no toda la cosa, sino una parte de ella, continuará siendo arrendatario, ya que al arrendador reemplazan todos sus herederos y él solamente tiene una cuota. No se menciona la confusión ni en el Título XXV del Código, ni en la Ley de Inquilinato.

19.10. La "**pérdida de la cosa que se debe**" se aplica como causa de terminación del arrendamiento, siempre que se refiera a la cosa arrendada, objeto de la principal obligación contractual. No se extingue el arrendamiento por la pérdida del dinero con el que el arrendatario ha pagado o va a pagar su pensión, ni por la pérdida de otras cosas secundarias, que no impiden el cumplimiento de la obligación fundamental de permitir el uso y disfrute de la cosa por parte del arrendatario. El Código hace expresa referencia a esta causa de extinción, que abarca varias modalidades, puesto que la "pérdida", puede ser material, por destrucción o total transformación, como también de índole jurídico: el arrendador no puede disponer de la cosa.

La pérdida puede ser por **causa o culpa** de una de las partes o por **fuerza mayor** o caso fortuito, lo cual modifica la responsabilidad y el derecho a las indemnizaciones, pero en cualquier caso, si la cosa arrendada deja de existir, es obvio que cesa el arriendo.

Se equipara a la destrucción o pérdida de la cosa, el **deterioro o peligro** de ruina que hagan imposible el uso y goce normales.

El artículo 1866 contempla el caso del arrendador que "por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en **imposibilidad de entregar la cosa**", lo que da derecho al arrendatario a desistir del contrato, con indemnización de perjuicios. El caso fortuito liberará de la indemnización, pero no impide la terminación del contrato que se ha vuelto imposible de cumplir en lo esencial.

También la turbación por parte de terceros que prueban derechos que excluyen el del arrendador para arrendar, origina la terminación del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 1871. Ya hemos explicado lo relativo a las indemnizaciones a que da lugar esta evicción, pero, en todo caso, el arrendatario puede pedir que cese el arrendamiento, si la turbación implica "tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin ella no habría contratado".

Más directa y absolutamente dice el artículo 1891 que "el arrendamiento de cosas expira: 1. Por **destrucción total** de la cosa arrendada".

La Ley de Inquilinato va más allá: en el artículo 30 señala como causa de terminación "el peligro de destrucción **o ruina** del edificio en la parte que comprende el local arrendado y que haga **necesaria la reparación**", y también: "La resolución del arrendador de **demoler** el local para nueva edificación". En este segundo caso, debe justificarse la seria voluntad de hacerlo, se concede un tiempo de desahucio de tres meses y se deben cumplir ciertas exigencias administrativas, pero, de todas formas, el contrato termina.

19.11. La "declaración de **nulidad o por rescisión**", así como "el evento de **condición resolutoria**" son tres formas de terminar los contratos, que se aplican ampliamente al arrendamiento.

Estas formas de terminación muchas veces exigirán la intervención judicial, aunque no siempre, porque pueden ser alegadas por una parte y aceptadas voluntariamente por la otra, con lo que termina el contrato. Sin embargo, el artículo 1891, probablemente se refiere a estas causas cuando enumera cuatro que terminan el arrendamiento, y entre ellas, la 4ª: "Por decisión judicial, en los casos que la ley ha previsto". No parece muy acertada la fórmula, ya que el verdadero motivo será o la nulidad o la rescisión, o la resolución, y éstas, como queda dicho, pueden ser libremente admitidas o pronunciadas en juicio. No es el Juez quien hace terminar el contrato, sino la respectiva causa de nulidad, anulación o resolución, que el Juez acepta y declara, cuando se prueban debidamente.

De estas diversas acciones judiciales, la primera es la que persigue la declaración de la **nulidad del contrato**, por cualquiera de las causas generales, como la incapacidad, la falta de consentimiento, defecto formal, objeto o causa ilícita, y en todo esto, el contrato de arrendamiento no presenta ninguna peculiaridad.

En segundo lugar, está la acción resolutoria, por incumplimiento de una condición resolutoria pactada entre las partes; por ejemplo, en los arrendamientos de casas a miembros del servicio diplomático se suele incluir la cláusula de terminación del contrato en el evento de que el diplomático sea trasladado a otro país.

Como el arrendamiento es un contrato bilateral, lleva **implícita la condición resolutoria del cumplimiento** de una y otra parte, de suerte que, al incumplir la una, la otra puede pedir la resolución. Pero, dado que el arriendo es de tiempo sucesivo o tracto sucesivo, el efecto de la sentencia no se retrotrae, sino que se produce para lo futuro exclusivamente, por lo cual a esta acción y sentencia se suele llamar de terminación o de "resciliación".

19.12. La **prescripción** extinguirá, como a cualquier obligación, las del arrendador o del arrendatario, que no se hayan cumplido y siempre que transcurra el tiempo exigido por la ley, sin interrupción natural ni jurídica. Las pensiones y las indemnizaciones que se deben por una u otra parte, están sujetas a tal prescripción extintiva. En cambio, el arrendamiento como tal, propiamente no termina por esta causa.

Podría pensarse en el raro caso contrario: que arrendada la cosa, no sea entregada por el arrendador y que transcurra el tiempo (diez años) dentro del cual el arrendatario podía ejercer la acción para exigir la entrega y no lo haya hecho. Extinguida dicha acción, el arrendamiento habría terminado, antes de comenzar a surtir ningún efecto. Más que un caso de terminación del contrato, sería uno de ineficacia, puesto que, extinguida la acción para pedir la entrega de la cosa, tampoco cabría exigir alguna indemnización de una a otra parte.

19.13. Examinemos ahora las causas de terminación que se expresan de manera **indirecta**: la ley señala algunos casos que, dadas ciertas circunstancias no producen la terminación; luego, en las circunstancias contrarias o en otros casos, sí se extingue el contrato (Ver 19. 3, N° 2).

19.14. La **enajenación de la cosa arrendada**, por sí sola no hace terminar el arrendamiento, cuando éste se ha celebrado por escritura pública y se ha inscrito.

Por consiguiente, si el arrendamiento no consta por escritura pública, sí termina cuando el arrendador enajena la cosa a "título oneroso", según dice el artículo 1903.

Un primer problema plantea esta manera negativa de referirse a la terminación del arriendo: ¿Se extingue cuando el arrendador enajena la cosa a título lucrativo? Parece que, siguiendo la rigurosa lógica, habría que concluir que no termina el arrendamiento si la cosa es donada (o transferida por otro título gratuito). De hecho, el Código se refiere al caso de los herederos del arrendatario, quienes reciben la cosa a título gratuito y continúan con las obligaciones de su causante. También la jurisprudencia reconoce que por la apertura de la sucesión del arrendador no termina el arrendamiento.

No encontramos, en cambio, una referencia directa al caso de la enajenación por donación entre vivos, pero no se ve motivo especial para diferenciar este caso del de la sucesión mortis causae. Sin embargo, esto plantea la cuestión de equidad: ¿Por qué ha de terminar el arrendamiento si el dueño vende o permuta la cosa, y en cambio, no termina si la dona? Parece más equitativo que el que adquiere la cosa mediante un pago o contraprestación, tenga mayor derecho que el que la recibe a título gratuito: el primero no está obligado a respetar el arrendamiento, pero el segundo sí.

El artículo 1903 establece otra diferencia: el arrendamiento celebrado por escritura pública que se ha inscrito, y el que también se ha celebrado por escritura pública, pero no se ha inscrito. Y como la inscripción puede realizarse inmediatamente al otorgamiento de la escritura o después de un tiempo, se aclara que el arrendatario "de bienes raíces podrá requerir por sí sólo la inscripción de dicha escritura".

El asunto tiene importancia con relación a la hipoteca: Los acreedores hipotecarios no están obligados a respetar el arrendamiento, si su derecho de hipoteca fue inscrito antes que el arrendamiento. Prevalece el derecho que primero se inscribe. Si es anterior el arrendamiento a la inscripción de la hipoteca, no terminará el arrendamiento por la ejecución que haga perder la propiedad al arrendador y pasar a los acreedores: éstos tendrán que respetar el arrendamiento; en el caso contrario, -si el arriendo no se ha inscrito, o bien se ha inscrito después de la hipoteca-, efectivamente terminará al rematarse el bien hipotecado y arrendado.

El caso más frecuente consiste en la **venta de un inmueble** que está arrendado. Si el arrendamiento se hizo por escritura pública, el comprador tendrá que respetar el contrato anterior; pero si se trata de un acreedor

hipotecario que ejecuta y adquiere así el inmueble, solamente debe respetar el arrendamiento que haya sido, además de celebrado por escritura pública, inscrito antes de su contrato hipotecario.

Por sentido contrario, los arrendamientos **no efectuados por escritura pública, terminan por la enajenación de la cosa**. Los arrendamientos de bienes muebles, que generalmente se hacen de manera verbal o por instrumento privado, terminan tanto si el arrendador los vende, permuta, aporta a sociedad o los dona o deja en testamento a sus herederos o legatarios, en cualquier caso, y por cualquier título la enajenación produce en estas circunstancias, la terminación del arrendamiento.

La difusión del sistema del registro de la propiedad ha permitido matizar mejor esta situación y lo generalmente aceptado ahora es lo previsto en nuestro Código: cuando el contrato de arrendamiento consta por escritura pública inscrita adquiere la mayor firmeza; también la tiene (salvo frente a los acreedores hipotecarios) cuando se otorgó escritura pero no se inscribió (o sólo se inscribió después del contrato hipotecario); mientras que no se reconoce esta firmeza al arrendamiento por documento privado o simplemente verbal, los cuales terminan al enajenarse la cosa.

En el sistema de nuestro Código, vendida la cosa arrendada, el arrendatario continúa en el ejercicio de su derecho y cumple su obligación pagando la pensión al nuevo propietario, quien está en posesión del crédito y a quien corresponde recibir el canon, conforme al artículo 1592. Si hubiera resistencia para recibirle el pago, podrá consignarlo en el juzgado.

La Ley de Inquilinato no se aparta de lo indicado antes, pero establece alguna modalidad especial para el caso del arrendamiento de predios **urbanos**. Concretamente, si el arrendamiento se ha realizado por escritura pública y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, se respeta el arrendamiento, conforme al inciso tercero del artículo 29. Pero, si falta uno de esos requisitos, "la transferencia del dominio del local arrendado termina el contrato de arrendamiento". Apreciamos que aquí no se distingue, como en el Código, el título oneroso o el gratuito. Además, el nuevo dueño "dará al arrendatario un plazo de tres meses para la desocupación", y si durante un mes contado desde la fecha de la transferencia del dominio el arrendatario no fuere desahuciado, subsistirá el contrato. Es decir, que aún el contra-

to de arrendamiento por documento privado o verbal, subsiste, no termina, si falta el **desahucio** que debe hacerse en el plazo de un mes a partir la inscripción de la enajenación.

Se ha resuelto por la Corte que no termina el arrendamiento por la **enajenación parcial** de la cosa arrendada, si el arrendatario puede seguir usando razonablemente de la parte no alienada; en el caso concreto, de un fundo rural de 202 hectáreas, habiendo vendido el arrendador cien hectáreas, quedaron ciento dos al arrendatario, quien tenía derecho a una rebaja de la pensión pero no a dar por terminado el contrato.

Hemos considerado que los acreedores cuyo derecho se inscribió antes del arrendamiento, pueden hacerlo terminar, al recibir la adjudicación de la cosa en la ejecución contra el arrendador. Un caso, en cierto modo inverso, pero en el que se aplica el mismo principio de la primacía del derecho antes inscrito, fue resuelto en sentencia de la Corte Suprema, declarando que no terminó el arrendamiento por haber concedido el arrendador un plazo al arrendatario para purgar una hipoteca anterior que pesaba sobre los inmuebles hipotecados para responder por los resultados del arrendamiento; ni tiene el arrendador derecho para pedir la resolución del arrendamiento antes de vencido dicho plazo. El hecho de que el arrendador dé en arrendamiento anticrético uno de los fundos hipotecados para responder por sus obligaciones, no afecta a la caución hipotecaria si la anticresis es posterior a la constitución de la hipoteca a favor del arrendador.

En el contrato de arrendamiento se puede estipular el **compromiso de no enajenar** la cosa arrendada, pero esta cláusula no produce nulidad de la enajenación, sino el derecho del arrendatario de permanecer en el arriendo hasta su terminación natural, como lo dispone el artículo 1904 del Código Civil.

19.15. La **expropiación** no es más que una enajenación forzada y no varían los efectos en cuanto al arrendamiento de la cosa expropiada. La entidad pública que adquiere el bien, deberá respetar los derechos que consten por escritura inscrita con anterioridad a la declaración de utilidad pública. Si el bien debe ser destinado a la finalidad pública antes de que termine naturalmente el arrendamiento, por cumplimiento del plazo u otra causa, dicha entidad tendrá que indemnizar al arrendatario de todo perjuicio que le

cause el ser privado de su legítimo uso y disfrute de la cosa. Obviamente, una vez declarada la utilidad pública, no podrá arrendarse la cosa ni podrá inscribirse el arriendo ya celebrado, porque estos actos carecerían de objeto lícito.

El artículo 1901 dispone: "En caso de expropiación por causa de utilidad pública se observarán las reglas siguientes: 1. Se dará al arrendatario el tiempo preciso para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes; 2. Si la causa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no dé lugar a ello, o si el arrendamiento se hubiere estipulado por cierto número de años, todavía pendientes a la fecha de la expropiación, y así constare por escritura pública, se deberá al arrendatario indemnización de perjuicios por el Estado o la corporación expropiadora; y, 3. Si sólo una parte de la cosa arrendada ha sido expropiada, habrá lugar a la regla del artículo 1871, inciso tercero", esto es, a la rebaja de la pensión.

19.16. El embargo, tampoco produce por sí sólo la terminación del arrendamiento. Al contrario, el artículo 34 de la Ley de Inquilinato declara que "si el inmueble fuere embargado, el depositante sustituirá en sus derechos y obligaciones al arrendador, sin que pueda privar al arrendatario de la ocupación del inmueble hasta que se verifique el remate".

Se presenta la duda de si el embargo de cosas muebles hará terminar el arriendo, ya que la ley se refiere solamente a inmuebles. Parece que, efectivamente, tratándose de muebles, no tiene mayor sentido la continuación del arrendamiento una vez trabado el embargo, porque difícilmente podría continuar disfrutando de la cosa el arrendatario.

El Código Civil se refiere al mismo caso en términos más absolutos, sin referencia sólo a inmuebles: "Artículo 1906: Si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo en la cosa arrendada, subsistirá el arriendo, y se sustituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador.- Si se adjudica la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1903", es decir, que deberán respetar el arrendamiento que haya sido otorgado por escritura pública inscrita, pero no están obligados a seguir con otro arrendamiento.

De ambas disposiciones se deriva la conclusión de que el remate y la adjudicación, con la que culmina el remate, sí producen la terminación del arrendamiento, y así lo reconoce también la jurisprudencia.

Aunque el depositario judicial cobrará los arriendos, esto no significa que las relaciones entre el arrendador y el arrendatario se alteren en lo demás, por el embargo. Una sentencia ha aclarado que no pueden confundirse las relaciones provenientes del contrato y las que surgen con el depositario, quien obra por mandato legal.

El artículo 445 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Para proceder al embargo de bienes raíces, el Juez se cerciorará, por medio del respectivo certificado del Registro de la Propiedad, de que los bienes pertenecen al ejecutado y no están embargados, ni en poder de tercer poseedor o tenedor inscrito, como arrendatario, acreedor anticrético, etc". Por tanto, prevalecen estos derechos inscritos con anterioridad al embargo. Y agrega ese artículo: "Si los bienes estuvieren en poder del arrendatario, tenedor anticrético, etc., el embargo se verificará respetando los derechos de éstos; y, rematados los bienes se respetará al arriendo o anticresis, según el Código Civil.- Exceptúase el caso de que la constitución de esos derechos fuere posterior a la inscripción de la correspondiente escritura de hipoteca, o al decreto de embargo, secuestro o prohibición de enajenar, pues entonces el embargo pedido por el acreedor ejecutante, se verificará no obstante tales contratos, en la forma común (...). El depositario, si hubiere arrendamiento, percibirá la renta, salvo el caso del inciso anterior, caso en el que se entregará la cosa embargada de acuerdo con lo prescrito en los artículos 450 y 450" del Código de Procedimiento Civil.

Otra situación que tiene que ver con lo que estamos exponiendo es la del embargo de pensiones, que con mayor razón, no da origen a la terminación del arrendamiento.

19.17. La muerte, sea del arrendador o del arrendatario, no produce de suyo la terminación del contrato, a diferencia de lo que sucede con el arrendamiento de obra material o de servicios inmateriales. Tampoco termina el contrato de transporte.

Es frecuente, sin embargo, **que se estipule lo contrario** en el contrato, y esta cláusula es válida. Equivale a una condición resolutoria y produce la terminación para lo futuro, dada la naturaleza del arrendamiento, es decir, que al morir una de las partes cesa de producir efectos el contrato, pero lo relativo al tiempo anterior se regulará por el contrato que conserva su validez hasta el momento de la muerte y debe ser acatado por los sucesores.

La jurisprudencia francesa admite que, si bien no termina el contrato por la muerte del arrendador, sí debe terminar por la del arrendatario, sobre todo, cuando es evidente que se ha contratado "*intuitu personae*", como cuando se arrienda un local a un laboratorista u otro profesional especializado, sin herederos que puedan continuar ese trabajo.

El Código Civil no menciona este caso, pero sí, la Ley de Inquilinato: "Artículo 32.- En caso de fallecimiento del inquilino el contrato subsistirá respecto de los miembros de su familia y de las personas legalmente a su cargo que hubieren vivido con él, siempre que éstos así lo desearen, y constituyeren mandatario dentro del plazo de treinta días". Se deduce que, solamente se da un derecho potestativo a los miembros de la familia y otros dependientes del arrendatario: pueden, si quieren, continuar con el arrendamiento, pero entonces deben constituir un mandatario, dentro del plazo de un mes; al no hacerlo, termina el contrato.

Menor importancia que la muerte del arrendatario, tiene el fallecimiento del **arrendador**, en cuanto al contrato de arrendamiento: éste continúa sin ningún cambio con los sucesores. Si ellos enajenan todos sus derechos y acciones o la cosa misma, entonces terminará el arriendo, pero no por la muerte, sino por la venta.

El heredero del arrendatario difunto tiene derecho a que se le entregue lo que tenía el causante en calidad de arrendatario, conforme a lo previsto en el artículo 1287: "El que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias (...) aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como (...) arrendatario". Este artículo confirma que el arrendamiento continúa después de la muerte del arrendatario, aunque dé origen a discusión, eventualmente, entre los herederos, sobre quien sea el de mejor derecho.

Similar a la muerte de la persona natural es la **terminación de la sociedad** y si una de ellas ha sido arrendadora, no se extingue el arrendamiento por la disolución, en cambio, sí termina por la enajenación a un tercero o por la adjudicación a uno de los que fueron socios. Así se desprende del artículo 2008 que se refiere expresamente a sociedades para dar en arrendamiento un inmueble, las que continúan después de la muerte de uno de los socios, del mismo modo que continúan las sociedades para el laboreo de minas o las anónimas.

19.18. La **insolvencia declarada** del arrendatario no pone necesariamente fin al arrendamiento, dice el artículo 1909.

El efecto que produce la insolvencia consiste en una opción que se confiere al acreedor o acreedores del arrendatario, de sustituirse en el contrato y a su vez al arrendador se le da la atribución de aceptar o no la fianza de dichos acreedores.

Si los acreedores no desean sustituirse al arrendatario, o si ellos lo desean pero no alcanzan a dar la fianza que exige el arrendador, éste "tiene derecho de dar por concluido el arrendamiento, y le competerá acción de perjuicios contra el arrendatario, según las reglas generales" (Art. 1909). Entendemos que de todas maneras, no compete al arrendador por sí mismo el declarar la terminación del arriendo, sino que tendrá que acudir al Juez para que califique si las circunstancias son las que exige la ley. Esta causa de terminación del arrendamiento no figura en la Ley de Inquilinato, pero esto no significa que no haya de aplicarse lo dispuesto en el Código Civil.

19.19. Pasemos ahora a las causas **directamente enunciadas** y enumeradas en el Código Civil y en la Ley de Inquilinato. El artículo 1891, señala cuatro causas de expiración del arrendamiento de cosas, y en los artículos siguientes se precisan algunos extremos de esas cuatro causas, pero también se añaden otras que difícilmente se pueden reducir a aquellas. Por su parte, el artículo 30 de la Ley de Inquilinato enumera nueve causas de terminación, pero, lo mismo que el Código, señala también otras causas en diversos artículos, anteriores y subsiguientes a la enumeración. Como se apreciará, hay en esta materia menos orden y sistematización que en otras, y sería deseable fundir las disposiciones de la Ley e incluirlas ordenadamente en el Código, evitando repeticiones y lagunas.

Las cuatro causas del artículo 1891 del Código Civil son: 1. Destrucción total de la cosa arrendada; 2. Expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo; 3. Extinción del derecho del arrendador; 4. Decisión judicial, en los casos que la ley ha previsto.

19.20. De la terminación por **destrucción de la cosa arrendada** se dijo algo en el N° 19.10., dentro de las causas genéricas de extinción de las obligaciones. Me remito a lo enunciado allí, y solamente añado que la pérdida que ocasiona la terminación del arrendamiento es como expresamente dice la ley, la de "la cosa arrendada", por tanto, no produce efecto extintivo la pérdida de los frutos producidos y mucho menos de los ya recolectados y separados de la cosa. Al hablar de las reglas especiales del arrendamiento de predios rústicos, veremos en qué casos se puede rebajar la pensión (Art. 1925).

19.21. La expiración por **transcurso del tiempo estipulado** es la causa más natural, puesto que el arrendamiento implica esencialmente un uso temporal, limitado, de la cosa.

El plazo normalmente se conviene en el contrato, pero caben algunas hipótesis: un plazo determinado, fijo, de cierto número de días, meses, años, etc.; un plazo determinado por el cumplimiento de un servicio; un plazo indefinido, dejado a la voluntad de una de las partes; un plazo que supone una implícita remisión a la costumbre local; un plazo señalado por la ley; y, finalmente, cualquiera de los anteriores, puede prorrogarse y da lugar a un plazo prorrogado.

Un asunto es la terminación del contrato y otro, la devolución de la cosa o desocupación del local. El contrato termina simplemente por el transcurso del tiempo previsto, pero para **exigir la devolución hay que proceder a requerir**, según el artículo 1890, y solamente después de dicho requerimiento, si no entrega el arrendatario, se constituye en injusto detentador.

En principio, no es necesario desahucio: basta que exista plazo y que éste haya transcurrido: *ipso iure*, termina el arrendamiento. Pero es muy frecuente, prever prórrogas o renovación del contrato y por este motivo, se suele estipular que el arrendador ha de notificar con cierta anticipación al vencimiento del contrato, que no tiene intención de renovarlo, entonces, se

procede al desahucio para que justamente coincida el vencimiento del plazo y la terminación del contrato. Pero, repito, de suyo no se necesita desahucio, salvo que se haya pactado hacerlo. El artículo 1895 dispone que no es necesario desahucio en tres circunstancias: 1. Si el contrato tiene plazo determinado; 2. Si se ha arrendado para el tiempo que dure un servicio especial; 3. Cuando exista una costumbre que no haga necesario el desahucio. Este sería el caso de los arrendamientos de casas a diplomáticos extranjeros, que se da por entendido que termina al finalizar su misión.

"Terminado el arrendamiento por desahucio o de cualquier otro modo, no se entenderá, en caso alguno, que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera". Así dicen los dos primeros incisos del artículo 1897, y en el tercero, se hace la salvedad de la reconducción de los predios urbanos y rústicos, en ciertos casos.

La regla general es, pues, la de la terminación inmediata al finalizar el plazo, quedando al arbitrio del arrendador el tolerar una demora en la devolución de la cosa, y durante esa especie de plazo de gracia, por equidad, el arrendatario debe seguir pagando las pensiones convenidas por todo el tiempo que ocupe la cosa. Como razona una sentencia, si no hubiera este pago, se convertiría el arrendamiento en un contrato gratuito y unilateral, contra su propia esencia. El artículo 1896 ordena expresamente este pago de la pensión hasta el último día que retenga la cosa el arrendatario, y si termina el arriendo antes del plazo, hasta el último día del plazo.

Por el transcurso del plazo se termina el contrato y el arrendador, puede pedir en cualquier momento la devolución de la cosa y hasta ese momento el arrendatario debe pagar pensiones; esto no exige ningún desahucio; en cambio, si el arrendador desea constituir al arrendatario en injusto detentador y exigir el pago de daños y perjuicios, entonces sí tendrá que requerirle judicialmente, como prevé el artículo 1890. Así lo ha confirmado la jurisprudencia.

En el contrato se puede variar lo dispuesto en la ley sobre este punto, sea estableciendo la necesidad de desahucio, sea fijando un tiempo de anticipación para el mismo o bien, que se produzca la reconducción si no hay pre-

via advertencia de la voluntad de terminar. Las tres modalidades son frecuentes en las cláusulas contractuales, y los jueces no tienen sino que hacerlas cumplir, según la intención de las partes.

Terminado el contrato, no por esto dejan de tener derecho las partes para exigir lo que les corresponda por razón de indemnizaciones, entre las que se comprende, la pensión del tiempo transcurrido entre la finalización del arriendo y la entrega efectiva de la cosa.

19.22. Terminado el plazo, las partes pueden **renovar el contrato** expresamente, en los términos que tengan a bien. Esto rige siempre, no solamente cuando en el contrato primitivo se ha dicho, como es usual, que "las partes podrán renovar el contrato"; esta cláusula es absolutamente innecesaria, pues resulta obvio que siempre es posible tal cosa.

19.23. En cambio, no hay renovación **tácita**, reconducción o relocación automática, sino **en los casos señalados por la ley**.

No se prorroga el contrato tácitamente, por el simple hecho de que el arrendatario retenga la cosa en su poder, en lugar de entregarla al término del plazo al arrendador.

Sí hay relocación tácita, si la cosa fuere raíz y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere **pagado la renta** de cualquier tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado, por cualquier otro hecho igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo", según dispone el inciso tercero del artículo 1897.

Esta renovación tácita, tiene **vigencia limitada**: por tres meses en los predios rústicos, más el tiempo necesario para la recolección de los frutos pendientes; "sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera".

Para los predios urbanos se aplica la Ley de Inquilinato, que en el artículo 33, establece que "el arrendador comunicará al arrendatario su resolución de terminar el contrato con **noventa días de anticipación**, por lo menos, a la expiración del mismo. Si no lo hiciere, el contrato se entenderá renovado por un período de **un año** y por una sola vez. Transcurrido este plazo,

cualquiera de las partes podrá darlo por terminado mediante el desahucio respectivo".

Se puede apreciar que no existe una armonía perfecta entre las disposiciones del Código Civil y las de la Ley de Inquilinato. El primero se aplica sólo a los predios rústicos y constituye una excepción al principio de que no hay reconducción tácita y permite renovaciones sucesivas respecto de dichos inmuebles; la ley se aplica a los inmuebles urbanos y establece precisamente la norma contraria: se presume la relocación, siempre que no ha habido previa comunicación de la resolución de terminar el contrato, con noventa días de anticipación.

La reconducción tácita, prevista en el artículo 33 de la Ley de inquilinato, se refiere a cualquier motivo por el cual termine el contrato, puesto que no se establece ninguna distinción; podría ser, por enajenación de la cosa, por vencimiento del plazo o por otra causa legal. El artículo 1897 del Código se aplica a la "terminación del arriendo por desahucio o de cualquier otro modo"; y aunque el desahucio no es una causa de terminación, sino un requisito o trámite, debemos entender que el artículo se refiere a cualquier causa de terminación, al igual que lo hace la Ley de Inquilinato.

La Ley exige en el artículo 33, que terminado el plazo de la reconducción "cualquiera de las partes dé por terminado (el contrato) mediante el desahucio respectivo". Esto no parece lógico: puesto que no se admite en la Ley la relocación más que "una sola vez", terminado el plazo de esta reconducción, no tiene sentido que una de las partes tenga que recurrir a desahucio; terminado este segundo plazo, debe terminar automáticamente el arrendamiento y más bien, para hacerlo continuar, se requiere de convención expresa de las partes, ya que la Ley no permite nuevas renovaciones tácitas.

En una sentencia leemos: "Para mandar pagar pensiones de arrendamiento se debe averiguar si subsiste o no el contrato. Este termina por plazo, pero puede continuar por acuerdo expreso o tácito de las partes. Si no hay este acuerdo el arrendador puede constituir en mora al arrendatario mediante el respectivo requerimiento judicial y entonces el arrendatario pierde el derecho de retener la cosa, se convierte en injusto detentador y debe, no sólo las pensiones, sino indemnización. Si el arrendador no hace requerimiento

judicial, continúa el arriendo a voluntad del arrendador y el arrendatario debe pensiones ya que el arriendo es un contrato bilateral oneroso y no puede retener la cosa gratuitamente". Esto parece lo más equitativo.

19.24. "**Si no se ha fijado tiempo** para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destinará la cosa arrendada, o por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino por desahucio, esto es, notificándoselo anticipadamente a la otra parte". Así dice el inciso primero del artículo 1892 y en los siguientes incisos se refiere a la anticipación con la que debe darse el desahucio; pero esos plazos se modifican para los inmuebles rurales y los urbanos en los parágrafos 5º y 6º del mismo Título XXV, y en la Ley de Inquilinato. De esto se tratará al hablar del desahucio.

19.25. La **extinción del derecho** del arrendador, es la tercera de las causas señaladas en el artículo 1891 para la terminación del arrendamiento. Pero allí mismo se precisa que este efecto se produce "según las reglas que más adelante se expresan; efectivamente, no siempre la extinción del derecho del arrendador hace terminar el arriendo.

Incluso, considerando que no es preciso ser propietario para poder arrendar, la conclusión podría ser la de que por regla general, si el arrendador deja de ser propietario, no por esto termina *ipso iure* la locación.

La ley ha previsto la extinción del arriendo cuando el arrendador pierde su derecho sobre la cosa, porque se considera que no podrá en tal situación cumplir la esencial obligación de asegurar al arrendatario el uso y goce de la cosa. La solución legal resulta lógica y práctica.

Pero la justicia impone distinguir varias circunstancias por las cuales el arrendador pierde su derecho. Es muy distinto el caso de que el arrendador por un hecho o acto suyo voluntariamente ponga fin a su derecho, como cuando vende; y es lo contrario, cuando, sin su voluntad o sin culpa, pierde su derecho, lo cual puede suceder de múltiples maneras, naturales, legales e ilegales.

Lo que sucede con mayor frecuencia es que después de haber arrendado una casa o una hacienda, el propietario **la vende**. La regla general consiste

responsabilidad del arrendador, quien debe **indemnizar al arrendatario** en los casos en que éste pierde su derecho por culpa del primero. Hay perfecta lógica en la disposición legal: el arrendador está obligado a garantizar a su arrendatario el uso y disfrute de la cosa, y si, por un acto propio del arrendador el arrendatario pierde su derecho, es evidente la obligación de indemnizarle. Esta consecuencia se sigue, tanto en la venta de la cosa, como en la cesión del usufructo, y en los casos de incumplimiento de las obligaciones del propietario o usufructuario por las cuales pierden su derecho. Si el arrendador pierde la propiedad por no pagar el precio en que compró la cosa, y como consecuencia, el arrendatario tiene que devolver la cosa, debe ser indemnizado; lo propio, si el usufructuario no cumple la condición de la que pende la continuación de su derecho, igualmente, debe indemnizar al arrendatario. Pero, si la persona que sucede en el derecho al propietario o al usufructuario está obligada a respetar el arriendo, naturalmente no hay lugar a indemnización.

En cambio, no termina el arrendamiento si el propietario ha arrendado una cosa y después constituye un usufructo sobre la misma. Esto está previsto en el artículo 806 que dice: "El usufructuario está obligado a respetar los arriendos de la cosa, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento". Ciertamente la constitución de usufructo implica una cierta desmembración de la propiedad, pero no es incompatible con la subsistencia del arrendamiento: el usufructuario cobrará las pensiones y así disfrutará de la cosa. No se aplica, por tanto, en estas circunstancias, la regla general de que termina el arrendamiento por la extinción del derecho del arrendador.

19.30. El artículo 1900 trata del segundo de los supuestos antes mencionados: el arrendador actúa como propietario absoluto, a pesar de tener alguna limitación en su derecho; si se sigue la terminación del arrendamiento, tendrá que indemnizar al arrendatario. Dice así el referido artículo: "Cuando el arrendador ha contratado en una calidad particular que hace incierta la duración de su derecho, como la del usufructuario, o la del propietario fiduciario, y en todos los casos en que su derecho esté sujeto a una condición resolutoria, no habrá lugar a indemnización de perjuicios por la cesación del arriendo en virtud de la resolución del derecho. Pero si teniendo una calidad de esa especie, **hubiere arrendado como propietario absolu-**

to, estará obligado a indemnizar al arrendatario, salvo que éste haya contratado a sabiendas de que el arrendador no era propietario absoluto".

El arrendamiento termina en cualquiera de las hipótesis consideradas en el artículo transcrito, la diferencia consiste en que hay lugar a indemnización cuando el arrendador actuó como propietario absoluto, sin serlo, mientras que no tendrá que indemnizar, si actuó solamente como usufructuario, propietario fiduciario, etc., o cuando el arrendatario conocía esa limitación del derecho del arrendador.

19.31. El tercer caso, implica un hecho o culpa del arrendador que da origen a que el arrendatario pierda también su derecho y deba, por tanto, ser indemnizado. Dice así el artículo 1902: "Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de la venta, estará obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho no esté obligada a respetar el arriendo". Ya hemos indicado que, conforme al artículo 1903, esos terceros solamente están obligados a respetar el arriendo si éste ha sido celebrado por escritura pública; y, si tales adquirentes de la cosa fueron acreedores hipotecarios, no estarán obligados a respetar el arrendamiento si no se cumple, además de la escritura pública, con el requisito de que esté inscrita en el Registro de la Propiedad.

19.32. La Ley de Inquilinato prevé, para casos especiales de venta de un inmueble dedicado a **vivienda o taller y vivienda**, el derecho de opción preferente de compra: "El inquilino que ocupa ininterrumpidamente por quince años o más un inmueble destinado exclusivamente a vivienda, vivienda taller o negocio-vivienda, tendrá la primera opción de compra del mismo en igualdad de condiciones de otros oferentes.- Este derecho sólo podrá ejercerse cuando el propietario del inmueble decida venderlo por su propia voluntad". No es aplicable al caso de expropiación o de "reversión" conforme a la antigua Ley de Reforma Agraria, sino, como dice expresamente el artículo 37 de la Ley de Inquilinato, cuando la venta es voluntaria.

19.33. Terminación del arriendo por **falta de pago**. Siendo el arrendamiento un contrato bilateral, lleva envuelta la condición resolutoria de no cum-

plirse por parte de uno de los contratantes con lo pactado, como asevera el artículo 1505; y, como es una obligación importante del arrendatario la de pagar el canon, si no lo hace da origen a la terminación del contrato.

El arrendador tiene dos posibles acciones a su alcance, si el arrendatario no paga el precio debido: la acción para exigirle dicho pago, o la acción para dar por terminado el contrato.

Hay que señalar que frecuentemente se establece en el mismo contrato de arrendamiento, la condición expresa de la terminación por incumplimiento del pago de la pensión, sea de manera genérica -cualquier incumplimiento- sea determinada demora: tantos días, o tantas pensiones no pagadas oportunamente. En estas circunstancias se facilita la acción resolutoria, puesto que la condición contractual es expresa y más determinada.

Si en el contrato nada se ha dicho, rigen las normas del Código Civil y de la Ley de Inquilinato. Éstas presentan alguna oscuridad y aparente contradicción, por lo cual la jurisprudencia ha sido un tanto fluctuante, además de que las leyes de inquilinato han variado a lo largo del tiempo.

Se debe tener en cuenta que, para ejercitar la acción resolutoria, la parte que reclama debe haber cumplido su obligación y tiene que demostrar que la parte demandada no ha cumplido. En cualquier caso, el primer presupuesto que debe demostrarse es la existencia del contrato de arrendamiento. A su vez, el demandado suele excepcionarse, sea negando la existencia del contrato, o de la precisa obligación que se le demanda. Cada parte debe probar lo que afirma y no ha sido aceptado por la otra.

Las sentencias más antiguas solían distinguir la resolución del contrato por incumplimiento, de la terminación del arrendamiento. En estricto sentido, no se produce una resolución sino una terminación, porque la resolución propiamente dicha tiene efecto retroactivo, y este no es posible en su integridad en el arrendamiento, ya que el arrendatario no puede volver las cosas a su primitivo estado ni devolver el uso y goce que ya hizo de la cosa; solamente se producen efectos para lo futuro: termina la relación contractual.

Esta diversa situación -si se ha pactado expresamente la terminación, o no se lo ha hecho-, ha dado lugar a sentencias que negaron la resolución, por incumplimiento en el pago, aduciendo que esto solamente sería aceptable al existir una cláusula resolutoria en el contrato. Otras sentencias, han aceptado la terminación por falta de pago, aunque no exista cláusula contractual, basándose simplemente en las disposiciones de los actuales artículos 1505 y 1894. La vigencia de las sucesivas leyes de inquilinato, ha complicado la situación, respecto de los inmuebles urbanos, ya que en éstas se prescribe que el arrendador ha de **desahuciar al inquilino incumplido** y solamente después de este trámite, si persiste el incumplimiento, se termina el contrato. Algunos han interpretado en el sentido de que el arrendamiento termina por el desahucio, pero no se trata de una nueva causa de terminación, sino de **un trámite** para hacer efectiva la causa consistente en el incumplimiento del contrato.

La oscuridad introducida por la legislación especial, originó que algunas sentencias consideraron que el artículo que hoy lleva el número 1918 había sido tácitamente derogado, sin embargo no lo ha aceptado así el Legislador, y en las codificaciones de 1903, 1923, 1934 y 1944, se conserva el referido artículo.

En realidad, la ley de inquilinato reformó lo relativo a la terminación del arriendo de **locales urbanos**, y quedó vigente el artículo 1918 para los demás arrendamientos. Este dice así: "La mora de un período entero en el pago de pensiones de arrendamiento de locales no comprendidos en el perímetro urbano, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medie a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad suficiente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días".

La Ley de Inquilinato dice actualmente en el artículo 30: "El arrendador podrá dar por terminado el contrato de arrendamiento y, por consiguiente, exigir la desocupación y la entrega del local arrendado antes de vencido el plazo legal o convencional, por: a) Falta de pago de la pensión locativa de dos meses".

Queda pues, muy claro que para los locales urbanos, que están sujetos a la ley especial, (Art. 30 de la Ley de Inquilinato) se requiere la falta de pago de **dos meses**, mientras que para los demás bienes, a los que se refiere la ley general, el Código Civil en el artículo 1918, basta "**la mora de un período entero en el pago de pensiones**". Este período puede ser un año, como suele pactarse en los arriendos de haciendas, o de un mes o una semana, como puede suceder en los arriendos de locales de habitación fuera del perímetro urbano. Hay también la diferencia de que en la regla general se exige dos notificaciones ("reconvenciones"), mientras que la Ley de Inquilinato no contiene esa exigencia.

La Corte Suprema de Justicia dictó una interpretación de carácter obligatorio por la cual la causa de terminación del arriendo por falta de dos pensiones locativas, se ha de entender siempre que el no pago se mantenga **hasta el momento de la citación de la demanda**; en otras palabras: el arrendatario puede paralizar la acción de terminación pagando, siempre que lo haga antes de que se le cite con la demanda.

La jurisprudencia ha aclarado que dentro de los predios incluidos en el perímetro urbano, algunos no están sujetos a la Ley de Inquilinato, esto es, los no destinados a la vivienda, vivienda-taller o vivienda-comercio, a los que se aplican, las normas generales, las del Código Civil.

Para los efectos de la competencia de los jueces de inquilinato, basta demostrar que el inmueble sobre el que se litiga, está en el perímetro urbano, conforme a las respectivas ordenanzas municipales que lo circunscriben. Sin embargo, si el inmueble se destina a un objeto totalmente distinto, deja de tener competencia el Juez de Inquilinato, como lo ha resuelto la Corte, por ejemplo, respecto de un terreno para lavadora de vehículos.

Otros detalles importantes que ha precisado la jurisprudencia son: que se debe probar la existencia del arrendamiento, pero no es necesaria escritura pública, bastando un documento privado que, si no es redargüido de falso tiene igual fuerza probatoria que uno público, o mediante confesión o declaraciones testimoniales e inspección judicial. Corresponde al arrendatario la demostración de que ha pagado las pensiones, y si no lo hace, se le considera deudor.

El comprador de un inmueble sólo tiene derecho de percibir las pensiones de arrendamiento devengadas desde el día en que adquirió el dominio. La mora del arrendatario en el pago de la pensión al anterior propietario, no da derecho al comprador para pedir la terminación del contrato de arrendamiento.

19.34. Las otras causas de terminación del arrendamiento que contiene el artículo 30 de la **Ley de Inquilinato** de alguna manera se incluyen en las consideradas anteriormente, pero conviene volverlas a enunciar brevemente.

"a) Falta de pago de la pensión de dos meses".

"b) Peligro de destrucción o ruina del edificio en la parte que comprende el local arrendado y que haga necesaria la reparación".

Juntamente con la acción de terminación el arrendador puede proponer la acción de daños y perjuicios. También es posible que solamente demande la ejecución de las reparaciones y pida igualmente la indemnización de perjuicios.

"c) Algazaras o reyertas ocasionadas por el inquilino". Esta causa aunque es típica de locales urbanos para la vivienda, se inscribe en la obligación de usar la cosa debidamente, sin perjuicios físicos ni morales para el propietario, ni para los vecinos. La apreciación de la gravedad de estos hechos corresponde al Juez, para conceder la terminación únicamente si esas molestias, ocasionadas sea por el inquilino, o por sus familiares o dependientes, tiene una importancia decisiva.

"d) Destino del local arrendado a un objeto ilícito o distinto del convenido".

"e) Daños causados por el inquilino en el edificio, sus instalaciones o dependencias, conforme a lo previsto en el artículo 7". Deriva de la obligación de conservar en buen estado.

"f) Subarriendo o traspaso de sus derechos, realizados por el inquilino, sin tener autorización escrita para ello".

"g) Ejecución por el inquilino en el local arrendado de obras no autorizadas por el arrendador". Seguimos con un desarrollo de la obligación de usar adecuadamente.

"h) Resolución del arrendador de demoler el local para nueva edificación. En este caso, deberá citarse legalmente al inquilino con las solicitud de desahucio, con tres meses de anticipación por lo menos, a la fecha fijada para la demolición, la que sólo podrá ser tramitada cuando se acompañen los planes aprobados y el permiso de la Municipalidad respectiva para iniciar la obra.- El arrendador deberá comenzar la demolición en la fecha fijada. Si no lo hiciere, pagará la indemnización contemplada en el inciso segundo del artículo 6". Esta indemnización tiene el monto de la pensión locativa de tres meses.

"i) Decisión del propietario de ocupar el inmueble arrendado, siempre y cuando justifique legalmente la necesidad de hacerlo, porque es arrendatario y no tiene otro inmueble que ocupar". Es equitativo que en igualdad de circunstancias, se prefiera al propietario para ocupar un determinado local; pero de todos modos, no puede privar al arrendatario de la cosa arrendada, de manera intempestiva, por lo que deberá desahuciar con la anticipación adecuada, aunque la reforma a la ley no hace mención de tan importante requisito.

La disposición que se acaba de transcribir, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 1908 del Código Civil: "El arrendador no podrá en caso alguno, a menos de estipulación contraria, hacer cesar el arrendamiento a pretexto de necesitar la cosa arrendada para sí". La norma señalada en el literal i) del artículo 30 de la Ley de Inquilinato, es **especial**, y excepcional, frente a la del Código Civil, y se aplica exclusivamente para los arrendamientos de viviendas urbanas.

19.35. Igualmente, **otras causas contenidas en el Código Civil**, provenientes de incumplimiento de obligaciones, han sido ya expuestas, y solamente se mencionan a continuación, para dar la idea global de todas las causas de terminación del arrendamiento.

La falta de entrega del objeto arrendado, según los artículos 1866 y 1867 da derecho al arrendatario para desistir o terminar el contrato.

Las reparaciones necesarias, si se hubieren pactado y no se realizan, da derecho a la terminación, con fundamento en los artículos 1868 y 1913.

Si el arrendador no permite que el arrendatario use debidamente de la cosa, por reparaciones u obras que realiza, da derecho al arrendatario para pedir la terminación, conforme al artículo 1869.

Si el arrendador no consigue evitar la evicción de la cosa en su totalidad o en parte muy importante, permite que el arrendatario de por terminado el arrendamiento, según el artículo 1871.

Cuando existen vicios redhibitorios que no sanea el arrendador, el arrendatario puede terminar el contrato, como se prevé en el artículo 1873.

La falta de cumplimiento de las obligaciones del arrendatario, que originan la terminación del contrato, acaban de explicarse y se detallan tanto en el Código Civil (Arts. 1879 a 1983, 1887) como en la Ley de Inquilinato (Art. 30).

20. El desahucio

20.1. En qué consiste. Varios artículos del Código Civil y de la Ley de Inquilinato mencionan el desahucio, como un procedimiento relacionado con la terminación del contrato de arrendamiento.

La doctrina y la jurisprudencia han precisado que no es una causa de terminación del arriendo, sino un trámite, una notificación a una de las partes, que se precisa para que actúen determinadas causas de terminación.

20.2. El desahucio, en el caso de arriendo de bienes **inmuebles** debe realizarse mediante **notificación judicial**, mientras que para los bienes muebles basta la notificación privada, aunque para su constancia y prueba, se requiere de la presencia de dos testigos, como ordena el artículo 997 del Código de Procedimiento Civil.

En el mencionado artículo del Código adjetivo se trata del desahucio y del "requerimiento de que trata el Código Civil en el título del contrato de arrendamiento"; este requerimiento es el requisito exigido para obtener la

desocupación de un local arrendado. En ambos casos -desahucio o requerimiento-, se trata de una notificación de una a la otra parte, con intervención judicial si se refiere a inmueble y de cualquier otra manera en los demás casos.

20.3. En nuestro sistema jurídico, el desahucio se distingue del "requerimiento de desalojo", pero es muy similar y se sujeta a las mismas normas procesales. En el Ecuador, además, el desahucio corresponde tanto al arrendador como al arrendatario.

20.4. Varias sentencias de nuestra Corte Suprema han reafirmado que el desahucio no es una causa de terminación y que tampoco es propiamente un juicio; calificándolo más bien de "**diligencia**".

20.5. El Decreto Supremo 22386, promulgado en el Registro Oficial de 12 de abril de 1978 extendió considerablemente las atribuciones de los Notarios, quienes reemplazan a los jueces para muchos trámites de jurisdicción voluntaria, incluso de gran importancia, como la disolución voluntaria de la sociedad conyugal o la insinuación para donaciones cuantiosas; sin embargo, no les confirió el derecho de realizar desahucios de arrendamiento de inmuebles. Respecto de muebles, bien podría el Notario, según el numeral 15 del artículo 18 de la ley, receptar la información de testigos sobre el desahucio verificado privadamente.

20.6. A pesar de lo que se acaba de exponer, es frecuente que se plantee el desahucio como una verdadera acción judicial, confundiendo la demanda de terminación del arrendamiento, con el simple requisito del desahucio. El eventual error de denominación en que incurra un abogado, no perjudica la cuestión de fondo. Así ha resuelto con equidad una sentencia.

20.7. Para la eficacia del desahucio no basta que se haya solicitado al Juez, sino que es preciso que efectivamente se haya **notificado** a la parte contraria, y esto dentro del tiempo legal.

20.8. La diversa apreciación de la naturaleza jurídica del desahucio, ha originado resoluciones contrarias de las Salas de la Corte Suprema en los últimos años. La primera Sala de lo Civil y Mercantil ha aceptado el recurso

de casación sobre un desahucio, mientras que la segunda Sala no lo admite, por considerar que no es un juicio.

20.9. Cuando hay lugar al desahucio. El Código Civil y la Ley de Inquilinato se refieren al desahucio en ocho casos diferentes a los que, después de enumerados, me referiré brevemente: 1. Cuando el contrato no contenía plazo fijo; 2. Si hubo plazo fijo u otras circunstancias análogas; 3. Cuando se enajenó el inmueble; 4. En caso de expropiación; 5. Cuando se va a derrocar; 6. Para ocupar la vivienda el propietario de ella; 7. Si el arrendatario decide terminar el contrato; y, 8. En el supuesto de que existan subarrendatarios.

20.10. En los contratos en los que no se ha determinado el tiempo preciso de su terminación es natural que cualquiera de las partes pueda darles fin, pero la mutua consideración que se deben, les obliga a anticipar esa resolución y por esto la ley impone el desahucio.

El artículo 1892 se refiere a esta situación de indeterminación del tiempo, lo cual sucede cuando no existe ninguna de estas tres circunstancias: plazo fijo, arriendo para un servicio especial, o existencia de una costumbre que determine el plazo. No basta, pues, que no exista plazo, sino que no pueda determinarse por ninguna de las tres maneras indicadas; así, en el caso de las casas que se arriendan a embajadores, cónsules, etc., existe la costumbre que coincide con la terminación por la finalización del servicio especial que cumplen, y por esto, cuando son trasladados a otro país, termina el arriendo, sin necesidad de desahucio. El artículo 1892 no se aplica a los inmuebles, en cuanto existan otras normas especiales, pero en lo relativo a que termina el contrato por la finalización del servicio, hay coincidencia entre las diversas normas.

La anticipación con la cual se debe dar el desahucio, es decir, el tiempo que debe anteceder la notificación a la terminación del contrato, es igual al período o medida del tiempo que regula los pagos: "Si se arrienda a tanto por día, semana, mes, el desahucio será respectivamente de un día, de una semana, de un mes", dice el inciso segundo del mismo artículo. Es usual que los vehículos de transporte se arrienden por días, y se debe desahuciar con un día de anticipación; otros objetos se arriendan con pago de pensiones semanales y su desahucio debe ser de una semana, etc.

Se suscitó una discusión sobre si ese período completo debe correr desde el momento de la notificación o desde que comienza un nuevo período. Así por ejemplo, en un arriendo de una embarcación, cuyas pensiones se deben pagar en los primeros cinco días de cada mes, se procede a desahuciar el día 15 del mes de febrero; cabe interpretar de dos maneras el mes entero de desahucio: desde el 15 de febrero hasta el 15 de marzo, o bien desde el primer día del mes siguiente, marzo, hasta el final de ese mes, el 31 de marzo. Pero una aclaración en el actual inciso tercero del artículo 1892 resuelve este asunto: "El desahucio comenzará a correr al mismo tiempo que el próximo período".

Cuando el arrendamiento consta por escrito, sea en escritura o instrumento público, o bien con la certificación de dos testigos, o con las firmas reconocidas ante el Juez, o finalmente, si presentado el escrito en juicio no es impugnado, hace plena prueba también en cuanto a la fecha y al plazo; pero en los arrendamientos de muebles, sobre todo, es frecuente que no exista ningún escrito y entonces, no puede presumirse que haya un plazo fijo, lo cual tendrá que probarse; mientras no se produzca esa prueba, cabe proceder al desahucio.

El plazo fijo puede obligar una sola de las partes: se ha estipulado en el contrato que una de ellas podrá terminar la relación por su voluntad, en cualquier momento, mientras que la otra se obliga a mantener el arriendo cierto tiempo. En tales circunstancias, el que usando de su arbitrio da fin al contrato, está obligado a desahuciar. Así ordena el artículo 1894: "Si se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes y voluntario para la otra, se observará lo estipulado; y la parte que puede hacer cesar el arriendo a su voluntad, estará, sin embargo, sujeta a dar la noticia anticipada".

20.11. Si el contrato de arriendo **tiene plazo fijo**, obligatorio para ambas partes, no cabe terminarlo por desahucio arbitrario. Esto se desprende de la misma naturaleza de la obligación contraída, cuanto, por sentido contrario a lo establecido para cuando no hay plazo fijo.

El artículo 33 de la Ley de Inquilinato, aplicable solamente al arrendamiento de locales urbanos, ordena que el arrendador "comunique al arrendatario su resolución de terminar el contrato con noventa días de anticipación, por lo menos, a la fecha de expiración del mismo". Evidentemente, ambas

partes están obligadas a respetar el plazo fijo existente, y lo que se prevé en este artículo, es únicamente, un desahucio, que podríamos llamar "preventivo", para evitar que se produzca la reconducción o renovación del arrendamiento: no se termina el contrato por el desahucio, sino en la fecha en que concluyen las obligaciones contractuales, y no se prolongan o prorrogan para un tiempo posterior, si el arrendador ha procedido a desahuciar con noventa días de anticipación.

20.12. La tercera circunstancia en que se debe desahuciar, se produce cuando se ha enajenado la cosa arrendada y el adquirente no está obligado a respetar el arrendamiento. Recordemos que, si el arriendo se hizo por escritura pública, no termina por la enajenación de la cosa, salvo el caso de los acreedores hipotecarios y ni siquiera éstos pueden hacer terminar el arriendo si además de constar en escritura pública, estuvo inscrito en el Registro de la Propiedad. En los demás casos, o sea, si no hubo escritura pública, al venderse, permutarse, etc., la cosa arrendada, el que la adquiere a título oneroso, debe respetar el arrendamiento y lo mismo sucede si se enajenó a título lucrativo.

La Ley de Inquilinato, que se aplica como ley especial a los locales urbanos, en el artículo 31 dice categóricamente: "La transferencia de dominio del local arrendado termina el contrato de arrendamiento. En este caso, el dueño dará al arrendatario un plazo de tres meses para la desocupación.- Si el arrendatario no fuere desahuciado en el plazo de un mes contado desde la fecha de transferencia de dominio, subsistirá el contrato.- Se respetarán los contratos celebrados por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad del respectivo cantón". Aunque no coincide exactamente con lo dispuesto en el Código Civil (se prevé, en todo caso la inscripción en el Registro de la Propiedad), el fondo de la cuestión es resuelto de igual manera: para que cese el arrendamiento, cuando ha de cesar, se exige el desahucio, y la Ley de Inquilinato fija el plazo para el caso de los locales urbanos, en un mes.

El desahucio, en la situación a la que nos referimos, debe ser **dado por el arrendador**, no por el nuevo propietario; así lo ha precisado la jurisprudencia.

En una sentencia se consideró que la escritura inscrita del arrendamiento no servía al arrendatario para evitar el desahucio con motivo de la venta del inmueble, por cuanto el arrendador no era propietario sino poseedor precario. Considero que no responde esta decisión al verdadero espíritu de la ley que resguarda el derecho del arrendatario cuando consta fehacientemente y el compromiso que asume el arrendador de garantizar a la otra parte el uso y goce de la cosa durante un cierto tiempo; el hecho de que el arrendador sea o no sea propietario, no muda, en mi opinión, sustancialmente la relación jurídica establecida por el contrato de arrendamiento, y no veo razón suficiente para que el arrendatario quede en una situación peor cuando el arrendador no es dueño de la cosa, salvo que esta circunstancia haya sido conocida y que el inquilino haya asumido voluntariamente el riesgo de verse privado intempestivamente de la cosa.

Más acertada encuentro una sentencia posterior que dice: "El artículo 29 (actual 31) de la Ley de Inquilinato establece como un modo especial de terminarse el contrato de arrendamiento la transferencia del dominio de la cosa arrendada. Este es un derecho que la ley otorga al adquirente, o sea, al nuevo dueño para que pueda entrar en la tenencia material y pleno goce del inmueble que ha adquirido, y de esta manera integrar en su patrimonio los atributos del dominio que se resumen en el artículo 618 (actual 599) del Código Civil. El ejercicio de este derecho debe encuadrarse en las limitaciones del artículo 29 (actual 31) de la Ley de Inquilinato: a) Dar al arrendador el plazo de tres meses para la desocupación; b) Que se cite la solicitud de desahucio al inquilino en el plazo de un mes contado desde la fecha de inscripción del instrumento en el Registro de la Propiedad, conforme a la resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 458 del 14 de junio de 1990; y, c) Que el contrato de arrendamiento no se hubiere celebrado por escritura pública debidamente inscrita. De lo dicho se concluye: que la ley no exige que el arrendatario tenga el local exclusivamente por contrato con el propietario; el actual ocupante puede haber celebrado el arriendo con un usufructuario o un poseedor, pues, inclusive, el arriendo de cosa ajena es válido según el artículo 1844 (actual 1857) del Código Civil. En segundo lugar, el inquilino no ha fundado su oposición en ninguno de los extremos puntualizados en el artículo 46 (actual 48) inciso 2º, lo que equivale a no haber oposición o guardar silencio".

El inquilino desahuciado por haberse enajenado el inmueble, puede oponerse a la terminación del contrato alegando: que el arrendamiento consta por escritura pública inscrita; o que no se le ha desahuciado como manda la ley; o que dicho desahucio no se le ha notificado **dentro de un mes** desde el momento de la enajenación, o sea desde la inscripción de la escritura de venta, permuta, etc. La oposición del arrendatario, debe presentarse dentro de tres días desde la notificación del desahucio, como manda el artículo 48 de la Ley de Inquilinato. Sentencia rechazando la oposición del inquilino, por haberse probado las fechas de la venta y de la petición del desahucio, el que se produjo dentro de los términos legales.

20.13. En el caso de **expropiación**, contemplado en el artículo 1901, no se habla directamente de desahucio, pero sí se concede al arrendatario "el tiempo preciso para la utilización de las labores principiadas y coger los frutos pendientes", lo cual equivale a la notificación anticipada, por consideración al arrendatario. Si la causa de la expropiación es de tanta urgencia que no permita la referida espera, el Estado o la corporación expropiadora debe indemnizar de perjuicios al arrendatario. Cuando la expropiación afectó sólo parcialmente a la cosa arrendada, el arrendatario puede pedir la finalización del contrato, aplicando el inciso 3º del artículo 1871, siempre que la parte expropiada sea tal que "sin esta parte no habría contratado".

20.14. El Código Civil no trata del **derrocamiento** como causa de terminación del arriendo, pero sí se refiere a las reparaciones de la cosa que "en todo o en parte impidan su goce", señalando esta circunstancia como causa para que el arrendatario pueda pedir la terminación del contrato. En cambio la Ley de Inquilinato dice expresamente en el literal h) del artículo 30, que enumera las causas de terminación: "La resolución del arrendador de demoler el local para nueva edificación. En este caso deberá citarse legalmente al inquilino con la solicitud de desahucio, con tres meses de anticipación al menos, a la fecha fijada para la demolición, la que sólo podrá ser tramitada cuando se acompañen los planos aprobados y el permiso de la Municipalidad respectiva para iniciar la obra.- El arrendador deberá comenzar la demolición en la fecha fijada. Si no lo hiciere, pagará la indemnización contemplada en el inciso segundo del artículo 6".

Por consiguiente, la causa de terminación del contrato de arrendamiento consistente en la voluntad del arrendador de derrocar la edificación, requie-

re tramitar el desahucio, y este ha de ser **por lo menos de tres meses**. Parece evidente que el arrendatario podría oponerse, si el arrendador no ha obtenido la aprobación y el permiso municipal, requisitos expuestos en el texto ya transcrito de la ley.

20.15. En cuanto al caso del **propietario que desea ocupar para** sí la cosa arrendada, ya he señalado la oposición entre la regla general, contenida en el artículo 1908 del Código Civil, que no permite terminar el contrato por este motivo, y la del literal i) del artículo 30 de la Ley de Inquilinato. Esta ley especial, que prevalece respecto de los locales urbanos, permite la terminación del arrendamiento por "decisión del propietario de ocupar el inmueble arrendado, siempre y cuando justifique legalmente la necesidad de hacerlo, porque es arrendatario y no tiene otro inmueble que ocupar".

No se menciona el desahucio en estas circunstancias, pero la equidad parece exigirlo; además, si el propietario tiene que justificar la necesidad personal del local para su propia vivienda, ese trámite llevará algún tiempo y será humano que deba notificarse al arrendatario, tanto para una posible oposición, como para que consiga lugar a dónde trasladarse.

20.16. El artículo 35 de la Ley confiere al arrendatario la facultad de "dar por terminado el contrato de arrendamiento, en cualquier tiempo, previo aviso al arrendador con **anticipación de un mes**", pero esto solamente cuando se trate de contratos "**sin fijación de plazo y en los verbales**".

Si hay plazo, debe ser respetado y no es eficaz el desahucio para "terminar en cualquier tiempo"; pero esta opción, se confiere al arrendatario, con la notificación previa de un mes: es un caso de desahucio del arrendatario al arrendador.

Aunque haya contrato escrito, no se requiere ese previo aviso en los tres casos exceptuados de la duración legal mínima de dos años, como se ordena en el artículo 28, para los siguientes arrendamientos: a) De habitaciones de hoteles, casas de pensión o posadas; b) Locales arrendados a quienes están transitoriamente en el lugar y tienen su residencia habitual en otra parte; c) Locales para exhibiciones, espectáculos y otros fines que por su naturaleza son de corta duración. En todos estos, no se exige desahucio.

20.17. Finalmente, se prevé el desahucio en los artículos 33 y 39 de la Ley, para el caso de los **subarrendatarios.**

Cuando el arrendatario ha sido desahuciado, conforme al artículo 33, él a su vez "deberá desahuciar a los subarrendatarios o cesionarios en el término de **quince días**". Si no lo hiciere y el subarrendatario fuere desalojado, le indemnizará con una cantidad igual a la pensión de tres meses".

En este caso el desahucio es más breve, sólo quince días, porque es de suponer que los subarrendatarios conocen desde tres meses antes que su arrendador ha sido ya desahuciado. Sin embargo, todavía puede suceder que los subarrendatarios no desocupen el local y no se les puede desalojar sino un mes después de que el juzgado les haya notificado la terminación del contrato de arrendamiento. Durante este tiempo deben seguir pagando la respectiva pensión, como ordena el artículo 39 de la Ley.

Una sentencia aclara que: "Si en el contrato se prohíbe el subarriendo, salvo a los familiares, y el arrendatario ha subarrendado a varias personas extrañas, es evidente que el arrendador tiene derecho a dar por terminado el contrato y pedir el desalojo del arrendatario y los subarrendatarios".

20.18. En los números anteriores se puede apreciar que la notificación previa o desahucio, debe realizarse en determinado tiempo y que éste varía según los casos. Resumiendo, tenemos los siguientes:

Para desahuciar cuando termina del contrato por vencimiento del plazo, hay que distinguir el caso de los muebles y el de los inmuebles: Para los muebles según el artículo 1892, la anticipación ha de ser de un día, una semana o un mes, según sea el respectivo período de pago de la pensión. Respecto de los inmuebles, el artículo 1917 establece el desahucio con la anticipación de "un período entero de los designados por la convención o la ley para el pago de la renta" (puede ser incluso de un año). Pero la Ley de Inquilinato, que prevalece como ley especial para los locales **urbanos**, señala este tiempo en 90 días (Art. 33).

Los subarrendatarios de locales urbanos deben ser notificados con quince días de anticipación, y tienen otros treinta, contados a partir de la terminación del contrato, antes de ser desalojados.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

Para los arriendos de inmuebles rurales, se dispone en el artículo 1927, el desahucio con un año de anticipación, siempre que el contrato no señale tiempo fijo de duración.

Noventa días establece también la Ley de Inquilinato para el caso del desahucio por transferencia del dominio que ponga fin al arriendo (Art. 31).

20.19. Efectos del desahucio

Como el desahucio es la notificación a la otra parte sobre la voluntad de hacer valer una causa de terminación del contrato, una vez producido legalmente, no puede revocarse. La parte notificada cuenta con cierto tiempo para devolver la cosa y solamente contando con la voluntad de ella podría prolongarse el contrato, después del desahucio. Prácticamente sería un nuevo contrato que se forma por el doble consentimiento: el que desahució y se arrepiente, y la otra parte que acepta continuar. El artículo 1893 del Código Civil dice: "El que ha dado noticia para la cesación del arriendo, no podrá después revocarla, sin el consentimiento de la otra parte".

El desahucio puede ser impugnado. El artículo 48 de la Ley de Inquilinato señala que dicha impugnación debe presentarse dentro de tres días. El mismo artículo restringe los casos de oposición cuando el desahucio se debe a voluntad de demoler el edificio o a enajenación del mismo; el inquilino puede demostrar que la parte que ocupa no está sujeta a la demolición o que no se han cumplido los plazos previstos por la ley y, en el caso de enajenación, que su arrendamiento debe ser respetado conforme a lo ordenado en el artículo 1903. Pero, además de estas causas de impugnación, existen, sin duda, otras, de índole procesal que permiten oponerse a un desahucio ilegalmente tramitado: comenzando por la falta de legitimidad de la personería de quien desahució (no es ni arrendador, ni poseedor del inmueble, etc.) o la inexistencia de la causa que se alega, como en el caso de subarriendo prohibido.

Verificado el desahucio, "si el inquilino se allanare o guardare silencio, se declarará que el desahucio da por terminado el contrato y una vez transcurridos los plazos previstos en las disposiciones citadas, se procederá al **lanzamiento**, sin perjuicio de cumplir lo dispuesto en el artículo 52" (facultad de retención), dice el penúltimo inciso del artículo 48.

El desalojo obligado del arrendatario implica dos condiciones, además del desahucio: que se le haya pagado todo lo que le deba el arrendador (por indemnizaciones o pensiones anticipadas) y que se le requiera la entrega de la cosa. Lo primero está expresamente dispuesto en el artículo 52 de la ley; lo segundo se desprende de varios artículos del Código Civil, como el 1897 que permite una tolerancia por parte del arrendador, sin que implique reconducción, y pudiendo en cualquier momento exigir al arrendatario la desocupación. El arrendatario está obligado a pagar la pensión correspondiente a todo ese período de tolerancia, hasta que entregue totalmente la cosa.

Es, sobre todo el artículo 1890 el que impone, además del desahucio, el **requerimiento de entrega**, y sin éste, no se constituye en mora el arrendatario en cuanto a dicha entrega. Una vez requerido, queda obligado al resarcimiento de todo perjuicio, pues se le considera "injusto detentador", tenedor de mala fe.

La entrega y recepción de la cosa arrendada puede entrañar alguna complejidad, sobre todo cuando se trata de haciendas, casas con muebles, maquinarias industriales o artesanales, que deban inspeccionarse para constatar su estado: si están completas y en el estado en que deben ser entregadas; esto supone frecuentemente la intervención de peritos y la decisión por parte del Juez, si no hay acuerdo entre las partes.

"Cuando el arrendamiento debe cesar -dice el artículo 1896-, en virtud del desahucio de cualquiera de las dos partes, o por haberse fijado su duración en el contrato, el arrendatario estará obligado a pagar la renta de todos los días que falten para que cese, aunque voluntariamente restituya la cosa antes del último día". Efectivamente, el arrendador tiene un derecho adquirido por el contrato, de recibir la pensión hasta la finalización del mismo, salvo que por culpa suya terminare antes; si es sin culpa, o por culpa del arrendatario, éste debe pagar la pensión completa.

Si ha terminado el contrato y se ha procedido al desahucio, el garante o garantes, cesan en su obligación para el futuro: solamente responderán de los actos que garantizaron, es decir, de los que se producen durante la vigencia del contrato. Esto aparece claramente del texto del artículo 1898: "Renovado el arriendo, las fianzas y las prendas o hipotecas constituidas

por terceros no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación".

Durante el tiempo que transcurre entre el desahucio y la desocupación de la cosa, el arrendatario "permitirá que los interesados examinen el local arrendado", como ordena el artículo 35 de la Ley de Inquilinato.

21. Reglas particulares para el arrendamiento de casas, almacenes y otros edificios

21.1. El parágrafo 5º del Título XXV del Libro IV del Código Civil se refiere a "casas, almacenes y otros edificios", y las normas allí contenidas tienen carácter especial, frente a las más generales del mismo Código en otras partes de este Título sobre el arrendamiento.

Ahora bien, toda la Ley de Inquilinato, constituye una ley especial sobre el arriendo de "locales urbanos" y en el artículo 2, se señala como leyes supletorias las del Código Civil y de Procedimiento Civil. Por tanto, la intención del legislador es la de considerar prevalecientes a las normas de la Ley de Inquilinato, como más especiales. También el artículo 1919 del Código Civil remite a la Ley de Inquilinato en cuanto a los "locales comprendidos en el perímetro urbano".

Las casas, almacenes y otros edificios a los que se refiere el Código Civil, pueden estar ubicados en la ciudad o en zonas rurales; los "locales" sobre los que legisla la Ley de Inquilinato, son únicamente los "comprendidos en los **perímetros urbanos**, los que se delimitan por ordenanzas municipales.

Queda todavía el problema de determinar lo que se ha de entender por "locales". Todo el contexto de la ley, se refiere a habitaciones, en las que pueda vivir un arrendatario, y, generalmente con su familia. Así aparece claramente por las condiciones exigidas para que los "locales" sean arrendados, y que se especifican en el artículo 3 de la Ley. Sin embargo, hay referencia en la misma ley a locales destinados "exhibiciones, espectáculos y otros fines que por su misma naturaleza tengan corta duración (Art. 28), precisamente a éstos no se aplican ciertas normas de la Ley. El artículo 36 prohíbe el subarriendo para fines que no sean los aceptados por el arrendador principal (Cfr. Art. 1914 del Código Civil.), pero el artículo 38 permi-

te un subarriendo por breve tiempo (no mayor de tres meses) para esas finalidades ocasionales o temporales, como una exposición, etc. El congelamiento de pensiones, dispuesto en Decreto del 13 de febrero de 1976 y renovado por un año, a partir de la vigencia de la Ley de Inquilinato, no comprende los locales "comerciales o industriales", salvo los talleres artesanales y los almacenes de venta de objetos de artesanía; de suerte que, se establecen estas diferencias en los locales, según su destinación. Propiamente la Ley de Inquilinato tiene por objeto proteger la vivienda, sin perjuicio que en la vivienda se pueda tener también un taller o pequeño negocio.

La jurisprudencia ha precisado algunos puntos sobre la competencia de los jueces, y las aplicaciones de las leyes, generales y especiales, ya que en el caso de los inmuebles se presenta también la necesidad de distinguir los urbanos de los rurales, pudiendo aplicarse a estos últimos las leyes especiales agrarias.

La Ley especial está destinada a regular el "arrendamiento de locales", y no se considera como tal, un simple terreno no edificado, o en el que existen únicamente elementales construcciones aptas para algún servicio como el de guardar vehículos, lavarlos, o encerrar animales domésticos o herramientas de trabajo.

Varias sentencias han adoptado el concepto de "local" contenido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "sitio cerrado y cubierto" (6ª Acepción). En algunos casos se exige "que tenga las condiciones señaladas en el artículo 3 de la Ley, tales como agua potable, servicios higiénicos, buen estado de techos y paredes, etc.". Pero, pienso que con mayor acierto, también se ha resuelto que las condiciones impuestas en el artículo 3, deben exigirse, pero no cambian la naturaleza del contrato de arrendamiento relativo a un local que fuere deficiente respecto de ellas: "La circunstancia de que no reúna tales condiciones no varía la naturaleza del local urbano sometido a las regulaciones de la propia ley. Lo único que acontece es que, sometido al arrendamiento debe ponerle en esas condiciones *motu proprio* o a requerimiento y dentro del plazo que el Juez de inquilinato señale".

21.2. Aunque la finalidad de la ley consiste en proteger especialmente a la vivienda, sus términos alcanzan a todo "local urbano", aunque no se destine exclusivamente a vivienda; sin embargo, la misma ley, hace algunas excepciones respecto de los locales destinados a fines industriales o comerciales de modo exclusivo. Pero esto no significa, como algunas veces se ha entendido, que dichos locales comerciales o industriales estén totalmente fuera de la aplicación de la ley; hay sentencias un tanto imprecisas en esta materia, pero ha prevalecido el concepto correcto, de que las excepciones se refieren a puntos precisos que la misma ley señala.

No están obligados a inscribir los que dan en arrendamiento predios urbanos destinados exclusivamente al comercio, la industria y no a la vivienda.

21.3. Las reglas del Código Civil sobre arriendo de casas y otros locales urbanos, en realidad, más que excepciones, constituyen **determinaciones o precisiones un tanto reglamentarias**. Muchas de ellas han sido ya estudiadas al tratar de los diversos aspectos del contrato de arrendamiento y ahora simplemente conviene tener la visión de conjunto. Se refieren a las siguientes materias:

Arts. 1911; 1912: Conservación del inmueble; relacionados con el Art. 7 de la Ley.
Art. 1913: Aseo.
Art. 1918: Ambiente moral; relacionado con el Art. 57 de la Ley de Inquilinato.
Art. 1915: Casas con muebles; y en la Ley: Arts. 24 a 26.
Art. 1916: Responsabilidad por pérdida de objetos.
Art. 1917: Desahucio.
Art. 1918: Mora en el pago de la pensión.
Art. 1919: Aplicación de la Ley de Inquilinato.

21.4. Ya hemos estudiado lo relativo a la obligación del arrendatario de conservar la cosa arrendada y realizar las reparaciones llamadas locativas. En los artículos 1911 y 1912 se detalla cuáles son esas reparaciones, por regla general. El contrato puede modificar el contenido de esta obligación haciéndola más severa o, al contrario, menos exigente. La Ley de Inquilinato no contradice, sino que confirma estas normas, pero las pone al día, atendiendo principalmente a los servicios de luz eléctrica, agua potable e

higiénicos, que, cuando se redactó el Código no se conocían o no tenían la difusión que ahora tienen. Dice el artículo 7 de dicha Ley: "Si el inquilino fuere responsable de los daños ocasionados en el local arrendado, o en las instalaciones de luz eléctrica y servicios higiénicos, estará obligado a la inmediata reparación, a su costa. Caso de no hacerlo en el plazo fijado por el Juez, el arrendador estará facultado para efectuar dichas reparaciones y exigir al arrendatario el pago de lo invertido, con un aumento del diez por ciento. Podrá además, exigir la terminación del contrato".

21.5. Muy relacionado con las reparaciones locativas, está **el aseo**: la limpieza es parte de la conservación adecuada de una cosa. El artículo 1913 dispone: "El inquilino está, además, obligado a mantener las paredes, pavimentos y demás partes interiores del edificio medianamente aseadas; a mantener limpios los pozos, acequias y cañerías y a deshollinar las chimeneas.- La negligencia grave en el cumplimiento de cualquiera de estas obligaciones dará derecho al arrendador para indemnización de perjuicios y aun para hacer cesar inmediatamente el arriendo, en casos graves".

Esta limpieza mediana, se ha de entender, la apropiada para cada clase de locales: es diversa la que exige un quirófano de clínica, la cocina, el comedor, la sala o el corral de una casa o un taller de artesanía o industria, etc. Hay que estar en esto a los usos y costumbres razonables.

21.6. El Código resguarda también el **ambiente moral** de la casa arrendada, prohibiendo que se la destine a usos ilícitos o se reciba como subarrendatarios a personas de mala conducta. El artículo 1914 dice: "El arrendador tendrá derecho para expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito, o que teniendo facultad de subarrendar, subarriende a personas de notoria mala conducta, las que podrán ser igualmente expelidas".

La Ley de Inquilinato, en la misma línea establece en el artículo 57 que "por razones de higiene o moralidad, podrán las autoridades administrativas limitar, en cada caso, el número de personas extrañas al inquilino, que ocupen la vivienda". Nótese que aquí no se habla de subarriendo necesariamente, sino de cualquier clase de "personas extrañas", que pueden ser simplemente huéspedes eventuales o transitorios. Se menciona directamente el número de estas personas y no su calidad moral, pero, en cambio se

hace una referencia a la motivación higiénica o moral, para impedir la presencia de tantas personas.

21.7. En cuanto al arrendamiento de **casa con muebles**, el Código contiene únicamente el artículo 1915: "Si se arrienda una casa o aposento amoblado, se entenderá que el arriendo de los muebles es por el mismo tiempo que el del edificio, a menos de estipulación contraria".

En cambio, la Ley de Inquilinato dedica todo el Título V (Arts. 24 a 26) con detalles sobre estos arrendamientos: Forma y contenido de los contratos (Art. 24); monto de la renta correspondiente a los muebles (Art. 25); entrega de los muebles (Art. 26).

"El contrato debe constar **por escrito e incluir el inventario y avalúo** de los muebles y la determinación de su valor de uso. De no constar, se estimará que el valor de uso de los muebles corresponde al 25% de la pensión de arrendamiento estipulada" (Art. 24).

"Tratándose de locales destinados a vivienda, la parte de renta relativa al mobiliario no podrá exceder del importe máximo de la pensión de arrendamiento que legalmente corresponda a la vivienda. Si excediere de este límite, el inquilino, mientras continúe vigente el arriendo, podrá pedir revisión de la pensión pactada y el reintegro de las cantidades que indebidamente hubiere abonado al arrendador por el uso de mobiliario" (Art. 25).

"Si el arrendador no entregare los muebles arrendados, o una parte de ellos, según inventario, el arrendatario podrá exigir, mientras subsista el contrato, la entrega de los muebles o la rebaja proporcional de la pensión de arrendamiento, y el reintegro de las cantidades indebidamente pagadas.- Si la parte del mobiliario no entregada fuere de tal importancia que, dadas las condiciones del local, se presuma que, conociéndolas el arrendatario, no la hubiere tomado en arrendamiento, tendrá derecho a dar por terminado el contrato" (Art. 26).

21.8. El artículo 1916 del Código prevé el caso de pérdida de objetos introducidos en el lugar arrendado; pueden ser el mismo arrendatario, su familia o dependientes, o bien de otras personas, en cualquier caso, "el arrendador no es responsable de la pérdida de las mercaderías que allí se introduzcan,

sino en cuanto la pérdida fuere por su culpa.- Será especialmente responsable del mal estado del edificio, salvo que haya sido manifiesto, o conocido del arrendatario". Caso típico de responsabilidad del arrendador es el de las pérdidas o daños sufridos en las cosas del arrendatario por mal estado de las instalaciones eléctricas o de agua, que originen incendios o inundaciones.

21.9. Sobre el **desahucio** hemos tratado en el número anterior, y a propósito de los arrendamientos de **casas, almacenes** u otros edificios, el Código dispone en el artículo 1917: "El desahucio en los casos en que tenga lugar, deberá darse con la anticipación de un período entero de los designados por la convención o la ley para el pago de la renta". Es decir que si se paga la renta por meses, el desahucio ha de ser de un mes; si por semestres, de un semestre, etc. La Ley de Inquilinato establece en el artículo 33, la notificación con noventa días de anticipación a la terminación del contrato, para que no se entienda renovado; norma que por ser especial prevalece. En los casos de transferencia del dominio, conforme al artículo 31, debe darse el desahucio con un mes de anticipación.

21.10. La **mora en el pago** de la pensión, está regulada de modo especial para los inmuebles rurales, en el artículo 1918 del Código: "La mora de un período entero en el pago de pensiones de arrendamiento de locales no comprendidos en el perímetro urbano, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no presta **seguridad suficiente** de que se verificará el pago en un plazo razonable, que no bajará de treinta días". Esta disposición no está fuera de lugar, porque el parágrafo 5º en que se encuentra, trata de los arrendamientos de "casas, almacenes u otros edificios", los que pueden estar en el perímetro urbano (y se rigen entonces por la Ley de Inquilinato) o fuera de los límites urbanos, y es para éstos que el Código exige la **doble reconvención** requisitos y sin que se obtenga el pago, el arrendador puede hacer cesar el arrendamiento.

Respecto de los edificios urbanos, la Ley en el artículo 30, considera como causa para la terminación del arrendamiento, la "falta de pago de la pensión locativa de dos meses". No contiene disposición sobre las pensiones de las habitaciones rurales, porque no es ese el objeto de la le ley.

21.11. El último artículo del parágrafo 5° del Código es una simple remisión a la Ley de Inquilinato: "Artículo 1919.- Las disposiciones de este parágrafo se entenderán sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Inquilinato, en lo referente al arrendamiento de locales comprendidos dentro del perímetro urbano a que se contrae la misma".

22. Arrendamiento de inmuebles rurales

22.1. El parágrafo 6° Del Título XXV contiene "Reglas relativas al arrendamiento de predios rústicos", y plantea problemas análogos a los que se acaban de exponer respecto de los predios urbanos, porque además de estas normas especiales, hemos tenido y tenemos una legislación específica sobre inmuebles agrarios.

Concretamente, en el Ecuador, el contrato de arrendamiento de predios agrícolas o ganaderos, fue restringido al máximo por las leyes de Reforma Agraria, a partir de la primera que es de 1964[1]. La orientación o espíritu de la ley consistió en suprimir el llamado "trabajo precario" o las correspondientes **formas precarias de tenencia de la tierra**; concretamente, el huasipungo, el partido o aparcería, los trabajos de sembradores, arrimados o finqueros. Todos estos contratos se han regido en el Ecuador por costumbres de larga tradición, y en una u otra forma, suponen prestación de servicios que son recompensados con la tenencia de la tierra o participación en los frutos del trabajo agrícola. La Ley de Reforma Agraria y todas las reformas de la misma, hasta su reemplazo por la actual Ley de Desarrollo Agrario, tienden a la supresión de esas formas de trabajo, de esos contratos de discutible naturaleza, puesto que son como intermedios entre el arrendamiento y la sociedad. Las leyes han patrocinado el cultivo directo de la tierra y por esto, han limitado el arrendamiento de los predios rurales.

La **prohibición de arrendar** se estableció para impedir que las tierras agrícolas queden en propiedad de entidades o de personas que no se dedi-

[1] Decreto Supremo 1350 promulgado en el Registro Oficial 297 de 23 de julio de 1964. La Ley de Reforma Agraria sufrió muy numerosas reformas, fue varias veces codificada y constituyen especiales hitos en la evolución de esta legislación, las codificaciones de 1972 y 1978. Finalmente se derogó por la Ley de Desarrollo Agrario, promulgada en el Registro Oficial 55 del 30 de abril de 1997.

can a la agricultura; se desea que la tierra pertenezca a quien la cultive y que no conserve el dominio quien no cultiva directamente la tierra.

Con severidad prohibió la ley de Reforma Agraria esas diversas formas de "trabajo precario" o arrendamientos irregulares pero muy arraigados en las costumbres. Se fijó una primera fecha para la total liquidación de los huasipungos y demás ocupaciones precarias de las tierras rurales, que debía vencer el 7 de septiembre de 1967. Dada la amplia difusión de estos contratos, se produjeron varias prórrogas para que se llegue a la total eliminación de esos contratos. Finalmente, derogada la Ley de Reforma Agraria por la Ley de Desarrollo Agrario, en ésta se conserva la prohibición de los contratos precarios, pero se mantiene la vigencia de las normas civiles en cuanto a arrendamientos.

Dice así la actual Ley de Desarrollo Agrario: **"Artículo 24.- Garantía de la propiedad.-** El Estado garantiza la propiedad de la tierra conforme a lo establecido en los artículos 267 y 269 de la Constitución Política de la República.- El aprovechamiento y trabajo de la tierra puede hacerse en forma individual, familiar, cooperativa, asociativa, comunal, autogestionaria o societaria, mientras cumpla su función social".

Se aprecia un giro notable de orientación: se ha pasado de una desconfianza hacia las formas asociativas y de un estrecho sentido del trabajo directo de la tierra, a un amplio concepto de este trabajo directo, que comprende el que se hace con trabajadores contratados conforme al Código del Trabajo, o en las formas previstas en una variedad de leyes de índole social que tenemos en el Ecuador. Además, se pone a salvo expresamente, los contratos amparados por el Código Civil, entre los cuales está el de arrendamiento de tierras rústicas.

La actual ley reitera la prohibición de las formas tradicionales de trabajo precario, pero definiéndolo y dejando a salvo el arrendamiento normal. El artículo 27 dice: "Prohíbese toda forma de trabajo precario en el cultivo de la tierra, tales como arrimazgos, finquerías o formas que impliquen el pago por el uso de la tierra por quienes la trabajan por mano propia, a través de productos o servicios no remunerados". No se menciona el huasipungo clásico, porque se considera que ya ha desaparecido totalmente por acción y aplicación de la Ley de Reforma Agraria, pero los "arrimazgos" y "fin-

querías" constituyen formas muy similares al antiguo huasipungo y que han sobrevivido en ciertas zonas de la Sierra o de la Costa respectivamente.

La prohibición de esas formas contractuales, es tan severa que, su violación origina **expropiación**: dice el artículo 43: "Las tierras rústicas podrán ser expropiadas: a) Cuando sean explotadas mediante sistema precario de trabajo o formas no contempladas en esta Ley como lícitas". Pero, repito, la misma ley sí admite los contratos previstos en el Código Civil, y entre ellos está el de arrendamiento de tierras rústicas, que no es un contrato de trabajo precario ni se puede considerar ahora como ilícito, aunque la Ley de Reforma Agraria no lo admitía sino excepcionalmente.

La **ley especial**, pues, admite los arrendamientos si se encuadran en las disposiciones de otras leyes del Ecuador, como los Códigos Civil y de Trabajo, la Ley de Comunas, etc. A su vez, el Código Civil contiene el parágrafo 6° del Título XXV del Libro IV, sobre el arrendamiento de predios rústicos, y en él, el artículo 1929 declara: "Las disposiciones de este parágrafo se aplicarán a los contratos de arrendamiento de predios rústicos, en las relaciones jurídicas y en los casos expresamente autorizados por las leyes agrarias".

La calificación de si existe o no un contrato de arrendamiento llegó a tener enorme trascendencia, durante la vigencia de la Ley de Reforma Agraria, porque en los casos en que se demostraba la existencia de un contrato de arrendamiento realizado sin el permiso administrativo, fácilmente se daba origen a la expropiación; mientras que, si el ocupante del terreno demostraba que no había reconocido el dominio ajeno, podía adquirir por prescripción extraordinaria, incluso contra título inscrito de propiedad. Numerosos litigios se suscitaron en los que una parte pretendía adquirir por prescripción, y la otra se defendía demostrando que el ocupante era un arrendatario que no había pagado pensiones y debía satisfacerlas. Se exceptuaba el caso de los terrenos de menos de ocho hectáreas, que podían arrendarse sin permiso del IERAC. Varias sentencias dejaron muy claro que el arrendatario no podía adquirir por prescripción, ya que el contrato es un reconocimiento del dominio ajeno y la condición de mero tenedor no se puede, por voluntad propia, convertir en posesión, además de que se presume la mala fe del arrendatario que pretende apropiarse de la cosa arrendada.

En la situación actual del derecho, lo que importa es demostrar la naturaleza de los contratos de arrendamiento rural: si son verdaderos arrendamientos no hay problema, se sujetan a las reglas del Código Civil, que los reconoce ampliamente; pero si, bajo la apariencia de arrendamiento se esconde un contrato de trabajo precario, se corre el mismo riesgo que bajo la vigencia de la Ley de Reforma Agraria: la expropiación o la pérdida de la propiedad por reversión al Estado o por prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio.

22.2. La primera **obligación del arrendador es la de entregar** la cosa arrendada y hacerlo en las condiciones convenidas. Así lo dispone el artículo 1920: "El arrendador está obligado a entregar el predio rústico en los términos estipulados. Si la cabida fuere diferente de la estipulada, habrá lugar al aumento o disminución del precio o renta, o a la rescisión del contrato, según lo dispuesto en el Título de la Compraventa".

Si la diferencia en la cabida fuere distinta de la pactada, hay lugar al aumento o disminución proporcional, siempre que la diferencia "del precio", con relación a la cabida real no fuere de más de la décima parte del de la cabida real, dice el artículo 1772 refiriéndose a la compraventa. En el arrendamiento, se ha de aplicar la misma regla: si la cosa que se entrega tiene una cabida superior o inferior a la contratada, hay lugar al reajuste; pero si la diferencia supera en más o en menos, a la décima parte del precio de la cabida real, puede pedir la resolución la parte que resulta perjudicada y no se conforme con dicho aumento o disminución. No se puede, en efecto, dar eficacia a un contrato que parte de una base errónea, salvo que las partes reajusten oportunamente el precio.

"Celebrado el contrato de arrendamiento, no con relación a la cabida de la hacienda, sino considerándola como **cuerpo cierto**, con linderos determinados en los títulos de propiedad, cualquiera sea la cabida del terreno, carece el arrendatario de derecho de reclamar por las diferencias existentes en la superficie de la hacienda. Tal se desprende del artículo 1772 del Código Civil, que si bien es cierto se refiere a la compraventa, no sólo por analogía, sino por lo que dispone el artículo 2020 se aplica al arrendamiento".

22.3. El artículo 1921 da el criterio básico para juzgar sobre las **obligaciones del arrendatario** en cuanto a la conservación de la cosa y las repara-

ciones que requiera: debe utilizarla "como un buen padre de familia", como una persona plenamente responsable. Esta regla es aplicable a cualquier cosa que se arriende, pero el Código ha querido destacarla como de principal importancia en los arrendamientos de bienes inmuebles rurales, tanto por su considerable valor, como porque pueden sufrir mayores deterioros si no hay la debida diligencia en su cuidado. Todo lo dicho respecto de las obligaciones del arrendatario en cuanto a reparaciones y a uso de la cosa en el objeto para el cual fue arrendada, son, pues, aplicables a los inmuebles rústicos, si se quiere, con mayor rigor.

Dice el artículo 1921: "El colono o arrendatario rústico está obligado a gozar del fundo como buen padre de familia; y si así no lo hiciere, tendrá derecho el arrendador para atajar el mal uso o deterioro del fundo, exigiendo al efecto fianza u otra seguridad competente, y aun para hacer cesar inmediatamente el arriendo, en casos graves". Me remito a lo dicho en el punto sobre la terminación del arrendamiento de cosas. Cabe destacar en la redacción del artículo transcrito, la expresión "hacer cesar inmediatamente", que denota la urgencia de poner remedio a estas situaciones y el auxilio que da el derecho al propietario para salvar sus bienes. Esa cesación inmediata, no significa, sin embargo, atropellar al arrendatario, quien tendrá el tiempo razonable para recoger sus frutos y para entregar la cosa, debiendo pagar pensiones hasta el momento de la restitución.

El buen mantenimiento de la cosa a que se obliga el arrendatario, hace que se presuma la culpa de su parte, si hay deterioros, en cuyo caso, será él quien deberá probar el caso fortuito o fuerza mayor, o que se deben a defectos intrínsecos de la cosa o a su vetustez, como ya se indicó al hablar de las obligaciones del arrendatario y lo ha confirmado la jurisprudencia nacional y extranjera.

22.4. Dentro de la protección debida del predio arrendado, el Código ha querido destacar el cuidado que ha de tener el arrendatario para mantener el **género normal del cultivo** de la finca, sin variarlo sustancialmente, y de modo especial, no derribar árboles o talar bosques. Los artículos 1922 y 1923 disponen:

"El colono está particularmente obligado a la conservación de los árboles y los bosques, limitando el goce de ellos a los términos estipulados.- No

habiendo estipulación, se limitará el colono a usar del bosque en los objetos que conciernan al cultivo y beneficio del mismo fundo; pero no podrá cortarlo para la venta de madera, leña o carbón" (Art. 1922).

"La facultad que tenga el colono para sembrar o plantar no incluye la de derribar los árboles para aprovecharse del lugar ocupado por ellos; salvo que así se haya expresado en el contrato" (Art. 1924).

Los árboles y los bosques se consideran objetos de especial valor, tanto para el predio como para el equilibrio ecológico de una zona, de allí que no se permita fácilmente su explotación. La Ley de Forestación y de conservación de áreas naturales y vida silvestre, impone la obligación de inscribirse en un registro especial para efectuar labores de aprovechamiento, comercialización y transformación de bosques (Art. 102). Los bosques naturales, que la ley declara propiedad del Estado, no pueden ser enajenados y no se adquieren por prescripción (Arts. 1; 2). También pueden ser de propiedad privada algunos de estos bosques naturales y, desde luego, los artificiales (artículo 9) y gozan de especiales garantías y protección estatal (Arts. 10; 12; 13; 53 a 59). El artículo 13 de la ley prohíbe utilizar en otro objeto, las tierras de "aptitud forestal", las mismas que deben ser sembradas con árboles. El Ministerio de Agricultura puede hacer concesiones de áreas de bosques para ser explotadas, pero con la condición de reforestarlas (Art. 11).

Una antigua sentencia aclara que: "Por el contrato de arrendamiento no se transmite al colono el dominio de los árboles del inmueble arrendado. El mayor valor que ellos adquieren por el crecimiento debido al tiempo, tampoco puede pertenecerle; tanto más cuanto que, según el artículo 1979 (actual 1921) debe gozar del fundo como buen padre de familia, y por el artículo 1971 (actual 1922) está particularmente obligado a la conservación de los árboles y bosques, limitando el goce de ellos a los términos estipulados".

22.5. Como es **obligación del arrendatario** devolver la cosa en su integridad, al final del contrato, es obvio que debe evitar en cuanto de él dependa, la usurpación de cualquier parte de la finca. Así ordena el artículo 1924: "El colono cuidará que no se **usurpe** ninguna parte del terreno arrendado, y será responsable de su omisión en avisar al arrendador, siempre que hayan sido conocidos la extensión y linderos de la heredad".

Si el arrendatario dejara de cultivar la finca, la pondría en riesgo de estas usurpaciones y estaría faltando al deber de utilizarla razonablemente. Igualmente, ha de cuidar las zanjas u otros elementos de demarcación que normalmente separan los terrenos de distinto dueño.

Producida una usurpación, el colono tiene la obligación de **avisar inmediatamente** al propietario, sin perjuicio de tomar también él, las medidas de policía o la acción de despojo, si es del caso. Se entenderá que hay omisión y negligencia culpable, que responsabiliza al arrendatario, si no da esta noticia en tiempo hábil para que el propietario pueda defender su derecho. La mayor o menor rapidez dependerá de las facilidades de comunicación, pero el arrendatario debe actuar con la mayor diligencia, ya que se pone en peligro la propiedad de la cual él es mero tenedor.

La referencia del artículo 1924 al conocimiento de los linderos y la extensión de la heredad, se refiere tanto al arrendador como al arrendatario: se supone que ambos conocerán ordinariamente esos extremos, y también, que ambos pueden accidentalmente desconocerlos; tal desconocimiento relevaría de responsabilidad ante eventuales dudosas usurpaciones. Esta situación confusa se ha dado en nuestro país en zonas selváticas o todavía no incorporadas a la producción, aisladas, sin caminos, como muchos lugares de las cordilleras o de la Costa y el Oriente; pero cada vez se conocen mejor todos los rincones de la patria y las propiedades suelen estar mejor delimitadas.

22.6. La pérdida de los frutos sea total o parcial, da origen en algunos derechos extranjeros a rebaja o exoneración de la pensión que debe pagar el arrendatario. En Francia se concede esa rebaja, salvo que la pérdida de los frutos sea posterior a la cosecha, o que se deba a causa conocida de antemano (se considera que ya hubo rebaja al fijar la pensión), o cuando el arrendatario asume expresamente los riesgos. Ahora bien, esta tercera condición es tan frecuente, que algunos consideran que debe constituirse en la regla general y no en mera excepción.

Nuestro derecho, sigue una orientación más rígida, de no conceder rebaja por pérdida de cosechas. El artículo 1925 dice en el primer inciso: "El colono no tendrá derecho para pedir la rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios que han deteriorado o destruido la cose-

cha". Nótese que se habla de casos fortuitos "extraordinarios", categoría jurídica que no aparece en otros lugares del Código, ya que todo caso fortuito tiene algo de extraordinario; pero se entiende que el legislador quiere excluir absolutamente esta clase de rebajas, salvo, naturalmente, que se hayan convenido entre las partes.

El segundo inciso del artículo 1925, señala algo evidente: que si el pago se ha de hacer con parte proporcional de la cosecha, se rebaja automáticamente el precio en caso de disminuir notablemente los frutos, así como también se reajusta sin más la pensión, si la cosecha resulta extraordinariamente buena: "Exceptúase el colono aparcero; pues, en virtud de la especie de sociedad que media entre el arrendador y él, toca al primero la parte proporcional de la pérdida que por caso fortuito sobrevenga al segundo, antes o después de percibirse los frutos; salvo que el accidente acaezca durante la mora del colono aparcero en contribuir con su cuota de frutos".

22.7. El arrendamiento de **fincas con ganado** está previsto en el artículo 1926, de manera ingeniosa y equitativa: "Siempre que se arriende un predio con ganados y no hubiere acerca de ellos estipulación especial contraria, pertenecerán al arrendatario todas las utilidades de dichos ganados, y los ganados mismos, con la obligación de dejar en el predio, al fin del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades.- Si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de las clases y calidades dichas para efectuar la restitución, pagará la diferencia en dinero, según el valor que entonces tuvieren.- El arrendador no estará obligado a recibir animales que no estén aquerenciados al predio".

Por consiguiente, el arrendatario dispondrá no solamente de la leche, lana, carne, etc. de los animales, sino de ellos mismos, como propios, y puede venderlos. Pero al terminar el contrato debe devolver la finca con un ganado igual al recibido: "igual número y las mismas edades y calidades". Si no los tuviere, deberá pagar su precio; no se considera buena solución la de comprar a último momento los animales faltantes, por que pueden no adaptarse a la finca, y por esto el arrendador no está obligado a recibirlos, pudiendo exigir el precio.

No se ha previsto el caso contrario: si al final del arriendo **el número de animales es mayor, o su calidad ha mejorado** o la edad es más conve-

niente. Por equidad, habrá que reconocer al arrendatario el derecho a ser indemnizado por estas mejoras, si no se ha dispuesto otra cosa en el contrato, y cuando el arrendador no indemnice, el arrendatario podría llevarse los animales sobrantes como un fruto del rebaño que le corresponde. Así se reconoce en una sentencia.

La reclamación del arrendador sobre el número de cabezas o la calidad del ganado, solamente puede hacerse al finalizar el contrato; antes sería prematura, salvo que se hayan establecido en el contrato especiales obligaciones del arrendatario al respecto.

22.8. Dadas las peculiares circunstancias de los arrendamientos rurales, se han previsto normas especiales sobre el **desahucio**. La duración o la anticipación con que debe **darse es de un año**, y no tiene por qué coincidir con el período de las pensiones (que pueden ser mensuales, semestrales, etc.). También se precisa el día en que comienza a correr este tiempo.

Dice el artículo 1927: "No habiendo tiempo fijo para la duración del arriendo, deberá darse el desahucio con anticipación de un año, para hacerlo cesar.- El año se entenderá del modo siguiente: El día en que principió la entrega del fundo al colono, se mirará como el día inicial de todos los años sucesivos; y el año de anticipación se contará desde este día inicial, aunque el desahucio se haya dado algún tiempo antes.- Las partes podrán acordar otra regla, si lo juzgaren conveniente".

Por ejemplo, si se comenzó la entrega del predio al arrendatario el día 3 de mayo de 2000 y se desahucia un día 1 de enero de 2003, el plazo para que se produzca la terminación del contrato correrá desde el 3 de mayo de 2003 hasta el 3 de mayo de 2004, con lo cual, el arrendatario contará con algo más de un año y cuatro meses.

Desde luego, este desahucio se aplica únicamente para el caso de "**no haber tiempo fijo** para la duración del arriendo", como dice el artículo 1927. Pero, pienso que se podría aplicar por analogía a los casos en que se desahucia para evitar la reconducción, al término del plazo estipulado, si bien el artículo 1897, concede al arrendatario rústico "el tiempo necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes". Este tiempo a veces será un año, o puede ser un período menor; por lo que

resulta aconsejable establecer en el contrato la precisa duración del desahucio, por ejemplo, de un año.

22.9. Los contratos de arrendamiento de predios rurales suelen incluir algunas **cláusulas especiales** que corresponden a costumbres arraigadas y se basan en verdaderas necesidades o conveniencia para el buen cultivo de los fundos. Entre ellas, cabe destacar las que se indican a continuación.

El **pacto comisorio** respecto del pago del canon de arrendamiento, resulta muy práctico, porque permite terminar prontamente el contrato en caso de incumplimiento.

Puede establecerse un **derecho de tanteo**, por el cual el arrendatario debe ser notificado en caso de que el propietario desee vender y permite que el arrendatario ofrezca otro tanto y en iguales circunstancias será preferido a otras aspirantes para adquirir el inmueble.

El pacto de **reconducción**, permite continuar por largo tiempo las relaciones de arrendamiento y esto tiene especial interés en el caso de inmuebles en los que se suelen hacer inversiones importantes para mejorar la producción, lo cual se estimula si se asegura un largo período de tenencia.

Entre las diversas modalidades peculiares de arrendamientos rurales, destaca la **aparcería** o contrato de partido. El dueño de la tierra suele aportar además del suelo cultivable, la semilla, abonos y a veces maquinaria o herramientas de trabajo, y otra u otras personas asumen el cultivo directo de la tierra, conviniendo generalmente en dividirse por partes iguales los frutos. Este contrato, aunque se considera como una forma de arrendamiento rural, más exactamente es una verdadera sociedad, puesto que las partes están a las pérdidas o a las ganancias, en proporción a sus aportaciones que se consideran equivalentes.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la aparcería. Aubry y Rau, Laurent, Guillouard y buena parte de la jurisprudencia francesa, sostienen que es un arrendamiento; otros se inclinan por considerar la aparcería como una forma de sociedad y no faltan quienes, como Planiol y Ripert, señalan que se trata de una categoría mixta, intermedia entre los dos

contratos. Para Macardé es una especie de contrato innominado que participa de la sociedad y del arriendo.

Desde el punto de vista económico, Camile Pereaud considera que la aparcería es la forma de empresa que mejor realiza el tipo de asociación integral, el perfecto ejemplo de asociación de capital y trabajo.

En nuestras leyes de Reforma Agraria se mantenía una actitud de desconfianza hacia este contrato, por considerarlo como una forma de encubrir el trabajo precario, pero la diferencia con el huasipungo es esencial, ya que esta última forma tradicional, constituía un sistema de retribución del trabajo en relación de dependencia, mediante la asignación de una tierra que podía cultivar el trabajador en beneficio suyo, mientras que en la aparcería hay aportaciones de capital y de trabajo y reparto proporcional de utilidades.

No habiendo en nuestro derecho, como tampoco hay en otros sistemas extranjeros, una clara definición de la naturaleza jurídica de la aparcería, en caso de duda habría que aplicar las normas más análogas a cada elemento del contrato; considero que para la forma se deben aplicar las propias del arrendamiento, lo mismo que para las causas y modos de terminar el contrato, pero respecto del reparto de las utilidades, parece más similar con la sociedad. En todo caso estos contratos se rigen fuertemente por **costumbres locales** y también es aconsejable que las partes procuren prever desde el principio los posibles asuntos conflictivos y los resuelvan o pongan las bases para resolverlos.

La **enfiteusis** es prácticamente desconocida en nuestro país, pero en cambio, hay varias modalidades de arrendamientos enfitéuticos que se conocen con diversos nombres y que equivalen en lo sustancial. Es característico de la enfiteusis la larga duración, la módica pensión y la obligación del arrendatario de introducir importantes mejoras en la finca; normalmente se prohíbe el subarriendo. Ahora bien, tanto en la Sierra como en la Costa, se suelen hacer contratos llamados, a veces de **"sembraduría", "desmonte", "arriendo con derecho de redención"**, etc., en los que el arrendatario se obliga a transformar terrenos selváticos, pantanosos o nunca cultivados, en tierras de labranza o en huertas, por ejemplo de plátano o cacao. La mínima pensión de arrendamiento se compensa con la gran utilidad que

percibe el propietario cuyas tierras son mejoradas por los cultivos o siembras.

La "redención" de los cultivos consiste en el pago por parte del propietario de la tierra al que realizó la siembra o plantación; éste puede ser a la vez arrendatario, es decir, tenedor de la finca y beneficiario de sus frutos mientras dura el contrato; al término del contrato, se realiza la liquidación o "redención", compensando al arrendador en la forma que se haya estipulado.

Otra figura típica del derecho agrario consuetudinario del Ecuador es el **potreraje**, que consiste en un arrendamiento parcial de terrenos en los que pasta el ganado; lo original está en que el propietario conserva la tenencia de la tierra y normalmente apacienta sus propios ganados, pero admite otras cabezas que comparten los mismos pastos; se suele contratar por períodos cortos y a veces el pago es por días. Naturalmente, las facultades del arrendatario y también sus obligaciones, son muy restringidas. La jurisprudencia reconoce el valor de las costumbres locales respecto de este contrato.

Presenta también caracteres peculiares el arrendamiento de **aguas, canteras u otros depósitos minerales**. Según el artículo 37 de la Ley de Tierras Baldías, el dominio de tales fuentes o depósitos corresponden al Estado y éste no puede enajenarlos, pero sí arrendarlos. Esta especie de arrendamiento asume la forma de concesión administrativa y se regula por las normas del derecho público. Singular importancia tienen los yacimientos hidrocarburíferos, que tienen su propia legislación especial.

23. Contratos de servicios

23.1. Buena parte de los contratos, en la vida contemporánea, versan sobre servicios prestados por unas personas naturales o jurídicas, a otras. Hay una variedad enorme de relaciones y algunas de ellas se circunscriben en lo estrictamente civil, otras son de índole comercial, administrativo o laboral. La naturaleza de tales relaciones determina la ley aplicable: el Código Civil, el de Comercio, el del Trabajo, o las leyes constitucionales y administrativas, que son muchas, incluso las de varias entidades autónomas.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

Además de la ley nacional aplicable, el género de relación puede hacer variar las normas de Derecho Internacional Privado que les sean aplicables, en el caso de tratarse de relaciones en las que hay más de un vínculo de conexión con las leyes de varios países. El espíritu y las normas de interpretación, son diferentes según se trate de relaciones inscritas en el derecho público o en el privado, y aún dentro de éste, según sus varias ramas. Finalmente, la competencia de los jueces es diversa, pues hay jueces especiales de trabajo y, en algunos casos, las relaciones administrativas son juzgadas por órganos de la misma Función.

23.2. Los contratos civiles de ejecución de obra material, se regulan someramente por el Código, que deja **amplia libertad** para que las partes libremente determinen el alcance y los detalles de las obligaciones que desean contraer.

23.3. Según el artículo 8 del Código del Trabajo, hay **relación laboral** cuando se presta un servicio lícito, bajo una relación de dependencia y por un sueldo, salario u otra forma de remuneración, fijada por convenio, contrato colectivo, la ley o la costumbre. Si falta uno de estos elementos, no hay relación laboral, y puede haber otro contrato, civil, comercial, administrativo, etc.

23.4. No hay relación laboral si no se han contratado **servicios lícitos.** Es ilícito, lo prohibido por la ley, como por ejemplo el comercio de estupefacientes, la comisión de un delito, pero tampoco es lícito, lo meramente tolerado, como la prostitución. Tampoco hay relación laboral si no existe ningún trabajo, como en el caso de una farmacéutica que solamente **prestaba su nombre** para el funcionamiento de la farmacia, sin acudir nunca al lugar de trabajo.

23.5. No se desvirtúa la relación laboral por el hecho de que el patrono haya **transferido ilegalmente la empresa** a otra persona, como en el caso del arriendo ilegal de una radiodifusora, sin contar con el permiso necesario del Instituto de Telecomunicaciones.

23.6. Hay prestaciones de servicios que se realizan por ideales superiores, no de índole económico, sino **religioso, caritativo, benéfico**, y se forma parte de asociaciones de diversa índole (congregaciones religiosas, Cruz

Roja, etc.) a las cuales se sirve, pero como cosa propia y no como quien se somete a un patrono; en estos casos, tampoco se admite la existencia de relación laboral, como lo prueban numerosas sentencias.

Un **maestro de capilla** o músico que no recibe sueldo ni salario, pero participa de las limosnas de los fieles, no tiene una relación de dependencia respecto del Párroco, sino que sus servicios son retribuidos por variadas personas, en cada caso, por lo que tampoco se le considera trabajador en el concepto del Código del Trabajo. Pero si recibe salario, se sujeta a un horario (aunque sea parcial, de horas), sí tiene relación laboral y debe estar afiliado al Seguro Social, para lo cual existe especial normativa.

23.7. Tampoco se considera relación laboral la que existe entre padres e hijos, u otros parientes cercanos, así como entre una persona que ha "prohijado" (adopción de hecho) a alguien que presta servicios domésticos. Los trabajos que se hacen en el hogar, se inspiran en la **relación familiar**, distinta de la laboral. Son frecuentes los casos de menores adoptados de hecho, que hacen los pequeños servicios habituales, propios de los hijos de familia y que, al cabo de muchos años, pretenden haber sido trabajadores sin salario; sistemáticamente se rechazan estas demandas.

23.8. Los miembros de una **cooperativa** viven una especial solidaridad, forman parte de un cuerpo y si prestan servicios dentro de ese sentido de ayuda recíproca, no están sometidos a la disciplina del Código del Trabajo. Parecido es el caso de una **mutualista**.

23.9. Los **empleados públicos** sirven al Estado u otra entidad de derecho público, con una disciplina que depende de leyes constitucionales o administrativas, en todo caso, de derecho público, y su relación, aunque muy similar a la del trabajador ordinario, se diferencia y regula de diversa manera.

23.10. Especiales leyes rigen la disciplina del personal de las **Fuerzas Armadas y la Policía**, cuyos miembros, incluidos los músicos de una banda de guerra, no tienen relación laboral, sino de derecho público.

23.11. Los **profesionales universitarios**, que han realizado largos estudios y reciben un diploma que les habilita para una "profesión liberal", en su

ejercicio libre, trabajan para uno o muchos clientes, con los cuales no se traba una relación laboral, porque actúan por propia iniciativa, libremente, y no sometidos a la dependencia propia de la relación laboral.

23.12. Algo parecido sucede con los **artesanos**, quienes pueden contratar sus servicios sometiéndose a una dependencia laboral y conforme a las normas del Código del Trabajo, pero habitualmente actúan como libres trabajadores con una multitud de clientes a los que sirven, contratando cada obra o servicio con un contrato de índole civil. Así labora un mecánico, que se compromete a la obra cierta de una instalación o de una reparación.

23.13. En general, no hay relación laboral cuando el servicio es **ocasional**, precario y no permanente.

23.14. Si no hay **ninguna remuneración** ni por el convenio, ni por disposición legal o por la costumbre, tampoco existe relación laboral.

23.15. La **dependencia** respecto del beneficiado por el servicio es el elemento que resulta más ambiguo en muchas circunstancias y que ha debido matizarse por medio de la jurisprudencia. Sin dependencia **jurídica**, no hay contrato de trabajo, sino alguna otra relación. No se trata de una dependencia **económica**, sino jurídica, es decir, de la obligación de seguir las órdenes o indicaciones del patrono, que se suelen concretar en lugar fijo de trabajo, horario, empleo de determinados medios, volumen de actividad etc.

Se admite la doctrina del "**contrato realidad**", aunque se haya pretendido disimular la existencia de la relación de dependencia simulando otras relaciones. Se produce este contrato, incluso tácitamente, si efectivamente existe un servicio prestado con relación de dependencia y por una remuneración.

23.16. Los **gerentes**, si tienen poder general y por tanto actúan con entera libertad, no son trabajadores sino **mandatarios** sujetos a las reglas civiles; pero si las atribuciones del gerente se limitan al orden interno de la empresa y responden ante un Directorio, Presidente u otro organismo, entonces sí tienen relación laboral de dependencia y se sujetan al Código del Trabajo.

23.17. El contrato de **ejecución de obra** es civil o laboral, según exista o no dependencia laboral, pero no se convierte en título traslativo de dominio por el sólo hecho de celebrarse por escritura pública; lo que importa es el contenido, no el continente.

23.18. La **sociedad** crea un vínculo entre los socios, distinto del laboral, aunque en algunos casos la diferencia resulte extremadamente sutil. La sociedad en la que una parte aporta capital y el otro trabajo, puede ser un contrato de trabajo, ya que el Código del Trabajo autoriza la remuneración en forma de participación en utilidades y si el servicio se realiza en situación de dependencia, es realmente un vínculo laboral.

23.19. El **comisionista**, sujeto al Código de Comercio, es distinto del agente de comercio, regido por el Código del Trabajo. El comisionista actúa a su propio nombre, por cuenta del comitente y no es un subordinado laboral. Un agente de ventas, que recibe órdenes, es trabajador. Lo mismo el que, mediante una comisión, hace cobros, bajo la dirección de quienes le encargan estos cobros.

23.20. El contrato de **transporte mercantil**, requiere inscripción del comerciante y emisión de carta de porte; si no hay estas condiciones, se trata de un contrato laboral con un chofer que cumple órdenes y es trabajador regulado por el Código del Trabajo.

Hay arrendamiento de transporte, conforme al Código Civil, en el contrato de una compañía con un **chofer** que se obliga a llevar al personal todos los días mediante una retribución mensual; otro tanto, con el chofer que tiene su propia camioneta y contrata cada vez por transporte de materiales. Es contratista de transportes al dueño de un vehículo, que a su vez contrata otros y se compromete a realizar ciertos traslados de materiales o personas, bajo su responsabilidad y por un precio.

Con frecuencia la línea de división entre lo laboral y lo civil, etc., resulta muy sutil, por la variedad y la complejidad de las circunstancias, y habrá que tener en cuenta los precedentes de jurisprudencia sentados por la Corte Suprema. Se puede apreciar en esas sentencias una cierta evolución hacia abarcar cada vez más en la órbita de lo laboral las relaciones de servicios,

pero nunca se desconoce la realidad de que también hay contratos puramente civiles o comerciales.

24. Contrato para la construcción de una obra material

24.1. Ubicación.- Dentro del Título XXV, del arrendamiento, el parágrafo 7º trata "De los contratos para la construcción de una obra material", abarcando los artículos 1930 a 1940.

Estos convenios en el mundo contemporáneo tienen gran importancia y dominan buena parte de la vida económica: se construyen casas, carreteras, maquinarias, objetos artesanales, artísticos, así como productos químicos o inventos de tecnología. La producción de estos objetos materiales supone la combinación de una actividad intelectual y el empleo de mano de obra, de energías naturales o artificiales y la organización del trabajo, la empresa o la actividad de entidades públicas y privadas. Se trata de un complejo de múltiples elementos.

24.2. Contenido sintético del parágrafo 7º

Los artículos 1930 a 1940 del Código Civil, se refieren a la naturaleza, efectos y terminación del contrato de ejecución de una obra material. He aquí la síntesis de dichos artículos:

Art. 1930.- Naturaleza jurídica: cuándo el contrato es de venta y cuándo es arriendo. Consecuencia: el riesgo de la cosa varía en uno u otro contratos.
Art. 1931.- Fijación del precio: por el convenio, la costumbre o la equidad (intervención de peritos).
Art. 1932.- Facultad de que un tercero fije el precio. Caso de muerte de este tercero.
Art. 1933.- Efecto del incumplimiento o el retardo de la ejecución. Si el comitente desiste, debe pagar el trabajo hecho o los costos.
Art. 1934.- La pérdida de la materia la sufre el dueño. Responsabilidad por culpa. Derecho del artífice a cobrar.
Art. 1935.- Ejecución y reconocimiento por partes.
Art. 1936.- Obra no ejecutada "debidamente".
Art. 1937.- Normas sobre la construcción de edificios por precio único:
1. Aumento del precio.

2. Costos imprevisibles.
3. Destrucción o amenaza de ruina.
4. Recepción provisional.
5. Derecho de los artífices contra el empresario y contra el dueño.

Art. 1938.- Reglas aplicables a los arquitectos: ruina, recepción y responsabilidad ante los artífices.

Art. 1939.- Terminación por muerte del artífice o empresario. No termina por muerte del comitente.

Art. 1940.- Prevalecen las normas laborales y de leyes especiales.

24.3. Naturaleza jurídica del contrato de construcción

El artículo 1930 establece que este contrato puede encuadrarse en una compraventa o en un arrendamiento. En ambos casos, una de las partes se obliga a pagar un precio, pero en la venta, la otra parte deberá transferir la posesión y propiedad de una cosa, mientras que en el arrendamiento se recibe el precio para prestar un servicio que culmina en la ejecución de una obra. En ambos casos, el que paga debe recibir una cosa material, pero mientras en la venta ya adquiere el derecho a la cosa desde el momento en que **aprueba** la obra realizada, en el caso del arriendo, solamente se perfecciona la transferencia cuando el adquirente **recibe** la cosa.

De esta manera, nuestro derecho, siguiendo la doctrina universal, admite diversas formas de regular las **responsabilidades** sobre la conservación de la materia empleada, y sobre la ejecución misma de la obra, como se verá más adelante.

El criterio para distinguir si el contrato es de venta o de arrendamiento, consiste en **quien aporta la materia**: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta, pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra". Dice el inciso primero del artículo 1930.

Si para que exista compraventa se requiere acuerdo entre las partes sobre la cosa y el precio, resulta evidente que el comprador de una cosa que debe ejecutarse (elaborarse, o construirse), ha de estar conforme con la obra realizada; ese momento, cuando **manifiesta su aprobación**, surge propiamente el consentimiento apto para efectuar una compraventa.

En la vida corriente es frecuente encargar la ejecución de un vestido a un sastre, o pintar un retrato a un pintor, hacer una carrocería para un camión, o encuadernar unos libros, etc. el comitente de la obra, se reserva normalmente el aceptar la ejecución de estas realizaciones y cuando lo hace, se consuma la compraventa, habiéndose convenido antes el precio. No es el momento del pago del precio, aunque a veces coincida, el que determina la consumación de la compraventa.

24.4. "Por consiguiente, el **peligro de la cosa** no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no". Agrega el inciso segundo del referido artículo, y esta es una conclusión lógica del principio de que las cosas nacen, crecen y perecen para su dueño: el peligro corresponde al dueño, y solamente se hace dueño de la cosa el que la ordenó y la acepta. La aceptación consuma, perfecciona, el consentimiento para adquirir la cosa ejecutada, fabricada o construida, siempre que este contrato se configura como una compraventa. Por ejemplo, quien ha ordenado la fabricación de una máquina de imprenta por un determinado precio y especificando las características y calidad, tiene el derecho de recibir la máquina o de rechazarla, según cumpla o no dichas especificaciones.

Ahora bien, no queda al arbitrio del comitente el recibir o no recibir la obra en cualquier tiempo, sino que debe hacerlo **oportunamente**. Con normalidad se señala el plazo para la ejecución y ese mismo plazo, o algo más, constituye el tiempo en que el comitente debe dar su aprobación o rechazar la obra. Si no aprueba ni rechaza en el tiempo debido, incurre en mora de dicha aceptación, y se traslada el peligro de la cosa, del artífice al comprador; es lógico que el comprador que no cumple su obligación de aceptar la cosa, deba correr con el riesgo de la cosa ya hecha por el artífice; éste se libera de la responsabilidad desde el momento en que el comprador la acepta, o bien desde el momento en que debiendo aceptarla no lo hace e incurre el comprador en mora.

24.5. "Si **la materia** es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento", dice el inciso tercero del artículo 1930. En este caso, el contrato de ejecución de obra, tiene, pues una naturaleza jurídica muy diferente al primer supuesto. La relación contractual no se centra en el resultado de la actividad sino en la actividad misma. El que compra,

compra una cosa, el que contrata la ejecución de una obra, puede exigir la realización de una actividad creativa: **contrata un servicio** tendiente a la ejecución de una obra material. Esta es la razón por la cual se asimila este contrato al **arrendamiento** y sigue las normas del mismo.

24.6. Se producen **situaciones mixtas**, en las que la materia no es íntegramente aportada por una de las partes, y entonces el Código dispone que la calificación del contrato como venta o como arrendamiento dependerá de quien proporciona la **materia principal**: "Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento. En el caso contrario, de venta". Por ejemplo, es frecuente entregar a un sastre la tela para que corte un vestido, y el artífice agrega los forros, botones, además de hilos y algún adorno; lo principal es la tela y este contrato de elaboración de un vestido es de arrendamiento de servicios, aunque no toda la materia ha sido proporcionada por el comitente, pero sí la principal.

No siempre será fácil determinar cual sea la materia principal. La jurisprudencia ha precisado algunos casos; así, una sentencia declara que el contrato para la construcción de una carretera no es de venta, porque el contratista no aporta la materia principal -que sería el terreno-, sino que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios. Igualmente hay arrendamiento de servicios en el pacto por el que un pintor se comprometió a pintar un edificio, proporcionando el dueño la pintura. La elaboración de unos planos por parte de un arquitecto, se considera contrato de ejecución de obra material y se asimila a la compraventa, ya que todo lo aporta el arquitecto, aunque en este caso, se debería más bien considerar la relación profesional especial.

24.7. Características del contrato de ejecución de obra

Sea que se considere como venta de la cosa que se ejecuta o como arrendamiento de los servicios que la producen, nos hallamos ante un contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, consensual, de tracto sucesivo.

En efecto, siempre se requieren dos partes, cuyas obligaciones son recíprocamente causa de las del otro; es, pues, **bilateral y conmutativo**.

El carácter **consensual**, que se aviene con la compraventa y el arrendamiento, hace que se pueda contratar incluso verbalmente, aunque la prueba de las obligaciones que surjan del contrato tendrá que cumplir las exigencias del artículo 1727, que excluye la prueba de testigos para obligaciones de más de dos mil sucres si no hay un principio de prueba por escrito. Incluso la construcción de una casa puede contratarse verbalmente, y la jurisprudencia ha admitido esto en algún caso de edificio de gran valor.

Porque es oneroso, hay lugar al **precio**, sea por compra o por arriendo, y esta contraprestación debe guardar los requisitos de equidad, que prescriben los respectivos contratos de compraventa o de arrendamiento.

Como puede pactarse la entrega de la obra en etapas sucesivas, y también se aprecia el valor de cada parte, el contratante que ha cumplido con su obligación puede exigir al otro, la realización de la suya y podrá demandar la terminación en cuanto a lo futuro (aunque esté ya cumplida una parte), con las indemnizaciones correspondientes a la sección no realizada. Los efectos de estos contratos resultan divisibles.

24.8. El precio

Tres formas de ajustar el precio aprueba el Código Civil, para estos contratos: la convención entre las partes, la remisión a la costumbre y la búsqueda de la equidad, mediante la intervención de peritos.

Lo más corriente suele ser que **las partes convengan la cuantía** del precio. Esto se hace generalmente antes de contratar, y es la parte decisiva del contrato: fijar el precio, dadas las características de la obra que se va a realizar. Cabe también ponerse de acuerdo durante la ejecución de la obra ya comenzada, o una vez terminada, precisamente, teniendo en cuenta el grado de perfección, el costo de los materiales, el tiempo empleado etc.

Si no han procedido así las partes, se entenderá normalmente que se remiten a **la costumbre**: el precio que ordinariamente se paga por la concreta especie de obra de que se trate. Esta costumbre, ha de ser la del lugar en que se cumple el contrato, según las normas generales. Se supone que existe tal costumbre, y no puede aplicarse este criterio para fijar el precio, si se

trata de obras que no suelen hacerse en un determinado lugar, como sucede con ciertas maquinarias, tejidos, etc.

A falta de convención y de un precio normal, habitual, hay que recurrir a la fijación equitativa por **peritos**. El artículo 1931 dice expresamente: "el que se estimare equitativo, a juicio de peritos". Tales peritos son designados por las mismas partes, y a falta de acuerdo, se suele recurrir a un tercero, con carácter dirimente, designado por los anteriores. Muchas dificultades se evitan cuando se ha previsto desde el primer momento la intervención de los peritos y se los ha designado, antes de que surja la discusión en cuanto al precio.

Naturalmente que también se puede acudir a una solución arbitral, si así se ha pactado y no se ve inconveniente para que las partes acudan a la justicia ordinaria recabando la fijación equitativa del precio, sin embargo, como la ley habla de intervención de peritos, pienso que se requeriría que ambas partes estén conformes en dejar el asunto en manos del Juez, quien, probablemente tendrá que asesorarse con peritos.

Hay lugar a la fijación del precio por peritos, tanto si no se ha fijado en el contrato, como cuando surge disputa respecto del precio estipulado por otra causa, por ejemplo, sobre el número de metros cuadrados, habiéndose fijado el precio según esa medida.

24.9. Precio fijado por tercero. Una cuarta manera de establecer el valor de la obra, consiste en dejar a que un tercero lo fije. Este tiene entonces calidad de árbitro.

Puede suceder que la persona designada para determinar el precio fallezca. Se distinguen dos situaciones: si la muerte se produce antes de procederse a la ejecución de la obra, o con posterioridad a este comienzo de realización de lo ordenado.

Si fallece el árbitro del precio antes de que se haya comenzado a realizar la obra, "será nulo el contrato", dice el artículo 1932. Más propiamente, ni siquiera se habrá perfeccionado el contrato, ya que falta un elemento esencial y se hace imposible fijarlo en la forma que se habían propuesto las

partes: muerto el tercero que debía señalar el precio y sin que se haya comenzado a hacer la obra, no hay contrato.

En cambio, si ya se comenzó a realizar la obra y sobreviene la muerte del llamado a señalar el precio, el Código dispone que sean peritos quienes fijen el precio. En efecto, las partes han tenido la intención de que imparcialmente se señale el valor que deba pagarse, y esta función la cumplen adecuadamente los peritos cuando la obra ha comenzado ya a cumplirse.

24.10. Incumplimiento total o parcial

Una vez que el Código ha definido como venta o como arrendamiento al contrato para la ejecución de una obra material, podía, dejar lo relativo a los efectos totalmente sujeto a la regulación propia de esos contratos; pero, ha preferido considerar la singular situación de las partes en estos contratos que suelen tener una larga duración y ejecutarse poco a poco. Por esto, distingue el artículo 1933, dos clases de incumplimiento: el total y el parcial. El **retardo** en la ejecución, normalmente significará una ejecución parcial y plantea el problema de si debe o no remunerarse lo ya realizado.

Si una de las partes no ha ejecutado aquello a que se obligó, da derecho a la otra parte a reclamar **indemnización de perjuicios**. Esta primera regla, se aplica por igual a una y otra parte: sea que no se haya ejecutado la obra, o que el comitente no haya pagado. Cabe pensar que también debe indemnizar el comitente que por su conducta o su omisión ha hecho imposible el cumplimiento de la otra parte, por ejemplo, si no entregó los materiales que debía dar, o no proporcionó los datos indispensables, o no permitió el acceso del artífice al lugar en el que debía trabajar, etc.

La otra consecuencia del incumplimiento de un contrato sinalagmático suele ser **la resolución**, o ejecución del pacto comisorio implícito. Para la compraventa, ya hemos expuesto, cómo se aplica este pacto. Pero en el caso de la ejecución de una obra material, sufre una variante esta regla, porque el artículo 1933, en el segundo inciso, se refiere únicamente al caso del incumplimiento del artífice; no se menciona el caso del incumplimiento del comitente.

El que encargó la obra, dice el Código, "aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, pagando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido ganar en la obra". Queda, por consiguiente, al arbitrio del comitente el **hacer cesar** o el exigir el cumplimiento total de la obra, parcialmente ejecutada.

El artículo 1933 se refiere "aún al caso de haberse estipulado un precio único", de donde se deduce que, desde luego, si se ha estipulado precios parciales por partes o etapas de la ejecución de la obra, esta facultad del comitente se aplica con mayor razón.

El pago que debe hacer el comitente comprende tres factores: los costos, el valor del trabajo y la ganancia legítima.

En cuanto a los **costos**, es decir, a lo realmente gastado por el artífice, no hay problema teórico, aunque en la práctica, puede resultar necesaria su estimación por parte de peritos.

Lo que **valga el trabajo**, ha de entenderse, según se haya estipulado en el contrato o según las normas para establecer el precio, señaladas en los artículos anteriores; y como se trata de ejecución parcial, se ha de tomar en cuenta la parte proporcional con relación al precio total del trabajo.

Mayor dificultad plantea la última parte: "**lo que hubiere podido ganar en la obra**"; esto puede entenderse de dos maneras diferentes: la ganancia correspondiente a la parte realizada, o en la obra toda, supuesta su total terminación. La primera interpretación satisface en cualquier caso la equidad, pero la segunda solamente resulta equitativa si el incumplimiento del artífice no se debe a su propia culpa: no sería razonable reconocerle la utilidad total que habría tenido en caso de cumplir, aún cuando no ha cumplido sino parcialmente. La equidad exige, pues, distinguir si el incumplimiento en la ejecución de la obra se debe o no se debe a hecho imputable al artífice.

Frecuentemente se recurre a cláusulas de **garantía** del cumplimiento de estas obras. Tales garantías pueden ser muy variadas, desde las garantías bancarias de cumplimiento de contrato, hasta las hipotecas o las cauciones

personales, y éstas pueden asumir la categoría de obligaciones solidarias con el principal obligado (artífice o empresario), o bien ser subsidiarias.

24.11. Pérdida de la materia

En principio las cosas **perecen para su dueño**, por esto, si se destruye la materia con la que se debía ejecutar una obra, el dueño de dicha materia la perderá, salvo que se demuestre culpa de otra persona.

Si el artífice **recibió dicha materia**, es responsable de la pérdida, tanto por culpa propia, como por culpa de "las personas que le sirven". No necesariamente han de ser personas que intervienen en la ejecución de la obra, sino simplemente quienes dependen del artífice.

En cambio, si el artífice o empresario **es el dueño** de la materia y ésta perece, será él quien la pierda, según la regla general de que las cosas perecen para su dueño.

El **artífice puede reclamar el precio** de la materia destruida, cuando no ha tenido culpa ni él ni sus dependientes y se cumple una de estas tres condiciones: 1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada (pues en tal caso, ya ha pasado a ser de propiedad del comitente); 2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra (ya que la mora del comitente libera de responsabilidad al artífice); 3. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra; salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer, o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno.

No se menciona directamente en el artículo que estamos comentando, el caso **fortuito** o la fuerza mayor, pero se entiende que se refiere a ellos como causa de la pérdida de la cosa, que sufre normalmente el dueño. Se altera la regla general, cuando existe culpa, que ha de ser probada por quien intenta alegarla y descargar la responsabilidad en el culpable.

24.12. Cumplimiento del contrato

El cumplimiento del contrato por parte del artífice consiste en la ejecución de la obra, en la forma y circunstancias que se hayan pactado, y la entrega de lo realizado al comitente.

El Código, en el artículo 1935 se refiere al **"reconocimiento"**, es decir, al acto por el cual el comitente constata que la obra se ha ejecutado según la obligación contraída por el artífice.

Este reconocimiento equivale a una recepción de la cosa, aunque no se haya verificado aún la **entrega material**, que podrá exigirse desde el momento en que a su vez el comitente haya cumplido su obligación principal, consistente en el pago del precio.

La terminación normal por plena ejecución, consiste, pues, en la llamada "entrega-recepción". Este es un acto unitario, pero que considerado desde una de las partes significa entregar, y desde la otra, recibir. Si ambas partes están conformes, se da por terminada la relación contractual.

Así como se contrata por simple acuerdo de voluntades, ese mismo acuerdo basta para dar por terminado el contrato. La entrega y recepción **no se requiere que conste por escrito**, pero suele ser muy recomendable que se deje constancia, incluso con testigos o en acto más solemne (escritura pública) para tener prueba suficiente, extremadamente útil en caso de surgir posteriores reclamaciones.

El reconocimiento o aprobación de la obra, puede realizarse **por partes**, como lo prevé el artículo 1935. Es muy prudente que en contratos para obras de larga duración, las partes prevean etapas y señalen plazos en los cuales se realicen reconocimientos parciales; de esta suerte se evita que al final surja la controversia, que pudo evitarse con rectificaciones oportunas y menos costosas.

Si, en lugar de estar conformes las partes, el comitente encuentra que no se ha cumplido por el ejecutor de la obra lo que debía hacer o en la forma en que se había establecido, el artículo 1936 ordena que se nombren por las dos partes **peritos** que decidan. Como la ley da carácter decisorio a lo que

resuelvan dichos peritos, nos encontramos ante un verdadero arbitraje y éste es obligatorio. Las partes, si no se acuerdan espontáneamente, tienen que someterse a este arbitraje de peritos y acatar lo que ellos resuelvan. Parece, sin embargo, que la equidad autoriza a que se recurra al Juez, si la resolución de los peritos es injusta, quien alegue tal injusticia deberá probarla y el Juez rechazará la acción cuando no se haya demostrado la injusticia de lo resuelto por los peritos.

Los peritos pueden llegar a la conclusión de que **la obra ha sido realizada correctamente**, y en ese caso, el comitente tendrá que recibirla y pagarla conforme al contrato. Parece evidente que el reclamante que no tuvo razón deberá pagar también las costas del peritaje.

En el caso contrario, es decir, si los peritos consideran que **la obra no se ajusta a la obligación** nacida del contrato, se confiere al comitente la alternativa: o bien exigir al artífice que haga de nuevo la obra, o bien que le indemnice de perjuicios. Naturalmente, cabe también que no se trate de exigir una nueva ejecución total de la obra, sino una reparación, corrección o complemento, de manera que lo hecho cumpla plenamente las condiciones contractuales.

La **indemnización** que puede exigir el comitente, abarcará tanto la restitución del precio, total o parcialmente ya pagado, la restitución de los materiales que haya aportado el mismo comitente, y, eventualmente el perjuicio que le haya causado el incumplimiento del ejecutor de la obra. En cuanto a la restitución de los materiales, precisa el artículo 1936, que podrá hacerse por otros de igual calidad o en dinero.

Sucede a veces que la obra realizada no es exactamente igual a la convenida en el contrato, pero que en lugar de ser menos buena **es mejor**, tiene cualidades de mayor perfección, o supera el número, peso o medida, o consta de accesorios no previstos y realmente útiles. En estricto derecho, el que encargó la obra puede negarse a reconocerla y recibirla, porque realmente no es la que contrató pero la equidad aconseja que o bien reciba la obra pagando el precio adicional de las mejoras, o bien autorice al artífice para modificarla, retirando éste los materiales añadidos, si es posible sin deterioro de la obra.

24.13. Contrato de construcción de un edificio

Sin duda por la difusión e importancia de estos contratos, el Código dispone unas normas específicas, entendiéndose que se aplicarán las generales en todo lo demás. Concretamente, los artículos 1936 y 1937 se refieren a este asunto.

Los contratos para construcciones adoptan muy diversas modalidades y es la práctica o costumbre generalizada la que ha ido plasmando varios tipos de contratos más usuales. Fundamentalmente se conviene "por **obra cierta**", "**precio fijo** y llave en mano", o bien "**por administración**". Además de estas dos categorías fundamentales, caben innumerables variantes.

En el primer sistema, el comitente, que generalmente es dueño del terreno en que se construirá, puede pagar el precio en su totalidad al principio o al fin de la obra, o bien por partes, según el avance de la obra o en fechas fijas. El empresario puede asumir la obligación de elaborar planos, hacer cálculos de estructuras, dirigir la ejecución material de la obra, pagar a los obreros, comprar los materiales, sugerir cambios convenientes, subcontratar algunas obras, pactar seguros, pagar tasas y contribuciones etc. Si se suman todas esas atribuciones, el constructor se constituye en un verdadero mandatario del comitente y tendrá el máximo de las responsabilidades. En cambio, si el propietario se reserva algunas de esas atribuciones o bien las delega a otra persona distinta del constructor, las responsabilidades de éste, naturalmente, se restringen. Lo más frecuente suele ser que se contrata la ejecución de los planos con un arquitecto, los cálculos estructurales con un ingeniero, otros planos de instalaciones eléctricas, de agua u otros accesorios como sistemas de sonido, aire acondicionado, etc., con los respectivos técnicos aprobados estos planos por el propietario, confía éste la ejecución a un empresario que puede ser un ingeniero y designa al mismo arquitecto para vigilar el cumplimiento fiel de las especificaciones técnicas. Naturalmente, todo esto admite mil variantes.

Nuestro Código se limita a dar unas reglas para el contrato de construcción de edificios "con un empresario que se encarga de **toda la obra por un precio único**" en el artículo 1937; y en el artículo siguiente se extienden algunas de estas reglas "a los que se encargan de la construcción **en calidad de arquitectos**". Así se establece una especie de clasificación imper-

fecta y bastante vaga, ya que el primer término es preciso -toda la obra y precio fijo-, mientras que el segundo resulta muy indeterminado en calidad de arquitecto. Para interpretar estos dos artículos se requiere, pues, apoyarse en la costumbre.

Posiblemente "encargarse de la construcción en calidad de arquitectos", quiere decir, realizar los planos y, una vez aprobados por el dueño, ejecutarlos. Esto es lo que esencialmente suelen hacer los arquitectos, y ese debe ser el sentido natural y obvio de las palabras.

Por otra parte, si el artículo 1937 se refiere al contrato de toda la obra "por un precio único prefijado", y en el siguiente artículo se aplican las mismas reglas, o algunas de ellas a los arquitectos, debe pensarse que el artículo 1938 rige para aquellos "otros" contratos, los que no son a precio fijo, es decir, los que siguen el procedimiento llamado de "**administración**". En éstos, el comitente paga al constructor a medida que realiza la obra y presenta las facturas de gastos hechos en mano de obra y materiales, añadiendo su propia ganancia, que suele ser un porcentaje (entre el 5 y el 15%) del gasto total. Esto es lo más frecuente en los contratos con constructores, sean o no arquitectos muchas veces son ingenieros o simples empresarios que a su vez contratan los servicios técnicos de otros profesionales.

Si en toda la materia contractual predomina el principio de autonomía de la voluntad privada, en los contratos de construcción, tanto por su complejidad como por la frecuencia grande de ellos, se han ido elaborando formularios típicos que en cada caso se modifican más o menos para ajustarlos a las conveniencias de las partes. Las reglas del Código, por tanto, tienen un **carácter supletorio**: se aplican, salvo disposición contraria establecida por las partes.

Para los contratos con precio fijo por toda la construcción, se dan cinco reglas en el artículo 1937, pero se pueden aplicar también a otros contratos, además de la expresa remisión a los contratos por administración, contenida en el artículo 1938. Las partes que convienen en cláusulas peculiares, reservando unas u otras atribuciones al propietario o a otros profesionales (por ejemplo, fiscalización de la obra) , bien pueden aplicar también estas reglas a dichos contratos.

Concretamente, se dispone sobre el mantenimiento del precio fijo, sobre los casos de destrucción, sobre el recibo de la obra y sobre las relaciones con los artífices o empleados u obreros.

Con gran realismo resuelve el Código un problema que se presenta con bastante frecuencia: cambios de circunstancias que **encarecen la construcción**. Los salarios y los materiales aumentan de precio, los gastos pueden multiplicarse por obras adicionales, mayores seguridades o mejoramiento de las calidades previstas, así como vicios del suelo o de algún material empleado pueden exigir gastos suplementarios para dar la debida solidez al edificio. ¿Quién deberá cubrir ese gasto suplementario?

Si las partes han convenido un "precio fijo", la respuesta simplista, ateniéndose a lo estatuido, sería que cualquier aumento de gasto **deba afectar al constructor**, ya que el propietario cumple rigurosamente su obligación al cubrir dicho precio. El empresario tendría que disminuir su ganancia y, eventualmente, perder. Pero la equidad obliga a considerar ciertas distinciones.

Si se ha producido un aumento de salarios o de precio de los materiales que se deban emplear, se sigue la regla general: el perjuicio debe sobrellevarlo el constructor. Efectivamente, él **conoció o debió conocer** que existía ese posible encarecimiento. Más aún, en la vida moderna se sabe de antemano que existe una tendencia a tales aumentos de precio.

Distinto es el caso de que se produzcan **circunstancias totalmente imprevisibles** y que determinen un acrecimiento desmedido de los salarios o del valor de los materiales de construcción. Esto se ocasiona a veces por una desvalorización de la moneda, por desequilibrios macroeconómicos que exceden totalmente a la posible previsión de los contratantes. En tales situaciones no sería justo aplicar con todo rigor la norma general antes expuesta: la equidad impera un reajuste de precios para que no haya un enriquecimiento sin causa para el propietario y un empobrecimiento injusto para el constructor. Sin embargo, el texto de la ley es claro y terminante: "El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o materiales". En algunos países se han dispuesto por ley, reajustes de precios, en los casos de grande depreciación de la moneda o de inflación económica, con crecimiento desmedido de precios en

el Ecuador se ha admitido esto para los contratos con la administración pública y, repito, la equidad, obliga a separarse del tenor literal para aplicar el principio "*rebus sic stantibus*", que justifica una revisión de lo convenido cuando las circunstancias cambian sustancialmente de modo imprevisible. Nos hallamos ante algo parecido al caso fortuito.

Sí admite el Código el reajuste del precio cuando se han hecho **agregaciones** o modificaciones al plan primitivo de la construcción y se ajustó entre las partes un precio particular por dichas agregaciones. Entonces no hay más que cumplir el contrato: no se está perjudicando a ninguna de las partes, ya que el propietario recibe una obra de mayor valor y el constructor ve reconocido su trabajo y gasto, tal como previeron las mismas partes.

La otra circunstancia que puede ocasionar encarecimiento de la obra consiste en el descubrimiento, posterior al contrato, de **vicios del suelo**. En tal supuesto, "el empresario debe hacerse autorizar por el propietario para realizar las obras adicionales, a costa del propietario; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al Juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda". El criterio que debe seguir el Juez está claramente indicado: si pudo preverse el vicio, el empresario nada puede reclamar, en tanto que, si era imprevisible, no debe resultar perjudicado por este hecho que no depende de él ni pudo evitarlo.

La **responsabilidad por la destrucción o ruina del edificio** es el punto más saliente de los regulados por el artículo 1937. Esta responsabilidad recae sobre el constructor en términos generales, ya que él asume la obligación de ejecutar la obra conforme a las reglas del arte, de modo que el edificio sirva y sea seguro. La ley prolonga esta responsabilidad por el plazo de **diez años**; en efecto, una casa puede parecer bien hecha y sólida, y al cabo de un tiempo se manifiestan sus defectos de construcción como se trata de obras de gran valor, se espera que han de servir por mucho tiempo, y si no llenan esta condición, el constructor no ha cumplido su obligación.

Ahora bien, el empresario quedará **libre de esa responsabilidad** si el vicio del suelo o de la misma construcción no le son imputables. Si él no conoció ni pudo conocer el vicio del suelo, es evidente que no tendrá que responder de la ruina del edificio. Si, por ejemplo, se trata de una falla geológi-

ca profunda, que no se podía descubrir con los estudios del suelo que habitualmente se hacen, el constructor quedará exonerado de responsabilidad; en cambio, tendrá que indemnizar si la destrucción se produce por defectos del suelo que podía y debía conocer, o incluso por aquellas fallas profundas, si igualmente eran conocidas o podían descubrirse.

Más difícil será que el constructor no tenga culpa ni deba indemnizar por defectos en la construcción misma. Esto será así si ha recibido los **materiales proporcionados por el propietario**, salvo que el constructor haya conocido o debido conocer el defecto de dichos materiales y no objetó su empleo. Cuando, según el contrato, el empresario deba recibir los materiales que el propietario le dé, la responsabilidad se desplaza al propietario, aunque, de todos modos, el constructor debe observar si los materiales son defectuosos o entrañan peligro de ruina; en este caso, debe hacerlo conocer al propietario y debe resistirse a emplearlos; solamente si se ve obligado a obedecer, queda libre de responsabilidad.

El numeral 4º dice: "El **recibo** otorgado por el dueño después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone". Es decir, que durante diez años, el propietario podrá reclamar al empresario, si la obra se destruye o se inutiliza por vicios ocultos. Naturalmente, si la ruina proviene de otros agentes externos, como rayo, inundaciones, terremoto, incendio, uso inadecuado de la obra (por ejemplo se instala una maquinaria pesada en una casa construida para habitación), nada deberá el constructor.

El recibo o **acta de recepción** tiene, por consiguiente, una doble finalidad por una parte, descarga al empresario de la responsabilidad por el cumplimiento global o genérico de la obra, en cuanto puede ser apreciado esto exteriormente; por otra parte, señala la fecha desde la que se ha de contar el plazo de diez años durante los cuales perdura la responsabilidad del constructor por vicios ocultos.

Finalmente, el artículo 1937 trata de los subcontratistas o de los contratos parciales de obra. Recordemos que el supuesto del que parte el mencionado artículo es el de que toda la obra se ha contratado por un precio fijo; sin

embargo, en el numeral 5°, se plantea la hipótesis de que el propietario haya contratado "artífices", es decir, empleados u obreros.

Caben fundamentalmente dos situaciones: que el propietario haya contratado y se haya obligado a pagar directamente a estos trabajadores; o que sean **contratados por el empresario**. Lo segundo se compagina mejor con el concepto de obra cierta por precio fijo y toda la responsabilidad laboral se concentra en el empresario.

Sin embargo, aunque sea el constructor quien contrate los artífices, **el propietario conserva una responsabilidad** que el Código Civil considera solamente "subsidiaria y hasta la concurrencia de lo que éste deba al empresario". En otras palabras, el empleado u obrero debe cobrar sus sueldos o salarios al que le contrató directamente, al constructor y solamente podrá dirigir su acción contra el propietario en la medida en que no hayan sido satisfechos sus derechos por el constructor y solamente en cuanto el propietario no haya pagado al constructor lo que debía pagarle. Esto, como es obvio, restringe mucho el derecho del trabajador y conduciría a situaciones de evidente injusticia, porque si el propietario ha cumplido sus obligaciones frente al empresario y éste logra soslayar el pago a los trabajadores, ellos quedarían impagos. Tal situación se remedia en el caso de que sea aplicable el Código del Trabajo -lo cual será lo más frecuente-, puesto que según la ley laboral, el beneficiario del trabajo realizado por empleados u obreros, está obligado a cubrir sus derechos laborales, aunque se trate de trabajadores contratados a través de un intermediario, como sería en este caso el constructor.

La Constitución de la República, en el artículo 35, numeral 11°, establece: "Sin perjuicio de la responsabilidad del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario". Considero que esta disposición, por pertenecer a la ley suprema del Estado, prevalece sobre lo dicho en el numeral 5° del artículo 1937, en todo caso de relaciones propiamente laborales; solamente podría desaparecer la **responsabilidad solidaria** del dueño, y quedar reducida a una responsabilidad subsidiaria y limitada, si se trata de relaciones estrictamente civiles y no laborales, lo cual, en el caso de construcción de edificios, parece

muy difícil de producirse. Tal vez, un contrato subordinado ("subcontrato") para una instalación eléctrica, de aparatos de aire acondicionado u otros similares, podrían realizarse en la esfera plenamente civil y dar así origen a una responsabilidad directa del constructor y una responsabilidad subsidiaria y limitada del comitente.

El artículo 1938 extiende la aplicación de las normas antes explicadas, sobre el caso de ruina, la recepción y la responsabilidad frente a los artífices, también al caso de la construcción de un edificio por un empresario "en calidad de arquitecto". Ya he manifestado mi opinión sobre esta vaga expresión: pienso que se refiere a los contratos que no son por precio fijo, sino "por administración": así se explica que el legislador no considere incluidos tales casos en lo dicho en el artículo 1937 y por eso hace la expresa **remisión** en el artículo 1938.

Es evidente, por otra parte, que cualquiera que sea la relación civil para la edificación de un edificio y el modo de pago al artífice, éste debe cumplir la obligación principal de hacer la obra con las características estipuladas y de una calidad que asegure el buen uso y la subsistencia de la casa por lo menos durante diez años; así mismo, en las varias modalidades de contratos, la recepción de la obra marca el momento importante desde el que se han de contar los diez años de garantía; y, en cuanto a los pagos a los trabajadores, la norma que la prevalecerá es la de la Constitución de la República, quedando la responsabilidad subsidiaria del propietario solamente para los casos de personas que han prestado servicios sin relación de dependencia laboral, como en el caso de ciertos subcontratos de índole técnico.

Para demandar que se declare la responsabilidad de un empresario, es necesario determinar el vicio o vicios por los cuales el edificio ha perecido o amenaza ruina; a no hacerse tal determinación en la demanda, ésta será rechazada, como lo ha resuelto la jurisprudencia.

24.15. Terminación del contrato de ejecución de una obra

El **cumplimiento total** de la obra y su correspondiente pago, constituye la forma normal de terminación de este contrato, aunque perdure la responsabilidad decenal del constructor. En realidad, la posibilidad de que tenga el empresario que indemnizar por la ruina de la obra no significa más que una

eventualidad que normalmente no llegará y en ese caso no está indemnizando por exigencia del contrato sino precisamente por no haberlo cumplido debidamente.

Las partes, evidentemente, pueden de **común acuerdo** dar por terminadas sus relaciones, como en cualquier otro contrato de larga duración.

Son aplicables las normas generales sobre la terminación de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, y habrá, por consiguiente derecho de pedir la terminación por parte del que sí ha cumplido su obligación cuando la otra parte ha faltado en parte importante. No sería razonable admitir la demanda de resolución por un leve atraso en la obra, que frecuentemente se debe a causas excusables. Pero un abandono, una paralización injustificada de los trabajos denotarán la voluntad del constructor de no cumplir y autorizan al propietario para pedir la terminación del contrato y el pago de indemnizaciones.

Si el propietario a su vez, no realizare los pagos que se ha obligado a hacer, o si **unilateralmente rompiere el contrato**, tendría que indemnizar al constructor, inclusive por el lucro cesante: por la utilidad que tenía derecho de ganar con su trabajo.

El Código se refiere expresamente a **muerte de una de las partes**. No termina el contrato por la muerte el comitente, ya que es indiferente que el propietario de la edificación sea el que contrató o sus herederos; éstos deberán continuar con las obligaciones y derechos de su causante.

En cambio, **si perece el artífice o empresario**, se resuelve el contrato, porque se entiende que se ha contratado con un determinado constructor en consideración de sus cualidades, de la confianza que le merece al comitente. Para continuar el contrato con los sucesores se requeriría que todos ellos estén de acuerdo y que así lo desee y manifieste el comitente; habría en ese caso una renovación o prorrogación del contrato anterior.

Cuando termina el contrato por muerte, "si hay trabajos o materiales preparados, que puedan ser útiles a la obra de que se trata, el que la encargó estará obligado a recibirlos y a pagar su valor". Es una solución de equidad que contempla el artículo 1939.

Así mismo, se dispone que "Lo que corresponda en razón de los trabajos hechos se calculará proporcionalmente, tomando en consideración el precio estipulado por toda la obra". Este cálculo naturalmente dará derecho a los herederos del constructor difunto para cobrar el saldo a que tuvieren derecho, o bien tendrán que devolver al comitente, la parte que corresponda, si el causante había ya recibido una cantidad mayor a la del valor de los trabajos realizados, incluida su ganancia proporcional.

Si se vuelve **imposible** la realización de la obra, naturalmente termina, dando lugar a las indemnizaciones si hay culpa o dolo de una parte, pero no si se debe el obstáculo a caso fortuito o fuerza mayor. La parte que hubiere incurrido en mora deberá, sin embargo, indemnizar aún en los casos inculpables si se produjeron estando en mora del cumplimiento de una obligación principal: la de pagar para el comitente, la de trabajar, para el empresario.

25. Contratos de ejecución de obra inmaterial

25.1. Los contratos civiles para la prestación de servicios o para la ejecución de una obra material se han distanciado cada vez más del esquema del "arrendamiento", y se han configurado como contratos *sui generis*. Muchos autores modernos se resisten a considerarlos incluidos en el género de los contratos de arrendamiento.

25.2. La **legislación** ha dado atención a estos servicios inmateriales, sobre todo los de profesionales que se preparan con largos estudios, como es el caso de abogados, arquitectos, agrimensores, contadores, economistas, farmacéuticos, enfermeros, ingenieros, literatos, secretarios, médicos, veterinarios, etc. En el Ecuador tenemos numerosas leyes de "defensa profesional", que señalan requisitos para el ejercicio de estos servicios, obligan en ciertos casos a contratar a los respectivos profesionales, determinan sus derechos, incluso económicos y las principales obligaciones así como algunas indicaciones de carácter ético o deontológico.

En todas las leyes de **defensa profesional** se establecen los requisitos para el ejercicio de las respectivas actividades, consistentes normalmente en haber obtenido un título de Licenciados o Doctores, estar inscritos en un Colegio Profesional y no hallarse suspendidos por faltas calificadas por los

tribunales de honor. Se reconocen los títulos conferidos en el exterior, conforme a los tratados internacionales vigentes, o, a falta de ellos, mediante un procedimiento de convalidación a cargo de las universidades.

Los profesionales pueden trabajar **libremente**, haciendo los respectivos contratos con sus clientes, o bien en **situación de dependencia**, como empleados de entidades públicas o privadas. En el segundo caso, se establecen normas respecto de remuneraciones mínimas, y se prohíbe el pluriempleo.

En todo caso, las disposiciones legales y reglamentarias, dejan a salvo el carácter especial de los servicios profesionales y, de conformidad con toda la tradición histórica que arranca del Derecho Romano, se considera que estas prestaciones son de carácter **predominantemente intelectual** -aunque también impliquen un trabajo material en algún aspecto- y como consecuencia de ello, no se equiparan a un simple arrendamiento o venta de obra. La obra inmaterial no se sujeta a las mismas reglas que hemos expuesto, existentes para la construcción de un edificio o la ejecución de otro trabajo, como el de arar un campo o fabricar ladrillos o un motor.

Pero también se señala otro criterio para identificar y regular estos contratos. El artículo 1946 establece que las normas de los artículos precedentes, se aplican a los servicios que, según el artículo 2022, se sujetan a las reglas del **mandato**. Efectivamente, una doctrina jurídica ha sostenido que los servicios de abogados, médicos, etc., se deben considerar como el ejercicio de un mandato; siguen esta tendencia, entre otros, Planiol y Ripert, pero muchos prefieren ahora considerar estos contratos como específicos, innominados, diferentes de los demás.

25.3. Sin embargo, no puede negarse cierta analogía con los contratos de servicios materiales, y precisamente por esto, el Código incluye en el Título del Arrendamiento, el párrafo 8° que contiene unas pocas normas específicas para los contratos civiles de esta naturaleza, advirtiendo que en ciertas circunstancias se han de aplicar el Código del Trabajo o las **leyes especiales** de la respectiva profesión.

El mencionado parágrafo se limita a **remitirse a otras normas**, señalando como específico de estos contratos solamente lo relativo a la indemnización por terminación intempestiva.

25.4. El artículo 1941 delimita los contratos a los que se refiere el párrafo: los que se hacen para "las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra, como una composición literaria". El criterio de distinción, es pues, el del predominio de la inteligencia sobre el trabajo material. Por ejemplo, un escritor realiza también un esfuerzo físico, pero lo predominante es el ejercicio del intelecto.

El artículo 2022 dispone: "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato". Nótese que aquí se mencionan dos criterios alternativos: la exigencia de **largos estudios o la facultad de representar**. Este sistema ecléctico elimina las objeciones que se han hecho a la aplicación de las reglas del mandato. Es evidente que un médico no representa al enfermo, pero un abogado sí lo hace muchas veces, y ambos requieren un título que se obtiene después de largos estudios universitarios. De este modo el Código zanja la discusión sobre si estos servicios profesiones se han de considerar como un mandato: se aplicarán a ellos las reglas del mandato, si hay lugar a una representación y también cuando se han necesitado largos estudios, como es el caso de los médicos, contadores, etc.

25.5. No reporta mucha utilidad la remisión al título del mandato, puesto que se dan normas específicas para la fijación del "precio", es decir, el honorario debido por estos servicios, y para la terminación por desahucio.

Sería aplicable el artículo 2027 que no requiere ninguna **formalidad** especial para el mandato, como evidentemente también los contratos profesionales se contratan por simple consentimiento, que incluso puede ser tácito (Cfr. Art. 2028).

También parece aplicable el artículo 2033, que responsabiliza al mandatario hasta por **culpa leve**, y esta responsabilidad es más estricta cuando el mandato es remunerado, de la misma manera que en los servicios profesionales que generalmente tienen ese carácter oneroso. Como observa Diez-Picazo,

al acreedor le corresponde demostrar la negligencia y el perjuicio que de ella se ha seguido.

25.6. Como ya hemos dicho, el parágrafo 8° aplica a los contratos de servicios inmateriales, lo ya estatuido para los de obra material, en cuanto a la **remuneración** del artífice. Es decir, que se rige este pago, por lo que hayan convenido las partes, o por la costumbre y si no existe ni disposición expresa ni costumbre aplicable, se ha de determinar equitativamente por peritos. Muchas veces se podrán aplicar las tarifas previstas en las leyes profesionales específicas.

También es aplicable a los servicios inmateriales, el artículo 1933, que establece que habrá lugar a la reclamación de **daños y perjuicios** siempre que la una parte haya cumplido su obligación y la otra no haya ejecutado o se haya retardado en la ejecución de la suya.

El mismo artículo establece que "el que encargó la obra, aún en el caso de haberse fijado un precio único por ella, podrá **hacerla cesar**, pagando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido pagar en la obra". Tratándose de servicios inmateriales, que suponen una confianza en la ciencia y pericia del profesional, es evidente que el cliente no está obligado a continuar en la relación jurídica indefinidamente; normalmente no se establecen plazos de duración, sino que se contrata hasta conseguir el objetivo -recuperar la salud con los cuidados médicos-, terminar un juicio con el patrocinio de un abogado, etc., pero el cliente ha de tener la libertad de abandonar al profesional, siempre que le indemnice proporcionalmente al trabajo realizado. Una sentencia aclara que no hay obligación de pagar salarios correspondientes a un período posterior al de la terminación del contrato.

25.7. El artículo 1942 se refiere a los servicios que producen **obras parciales**. Por ejemplo, un artista se ha obligado a hacer varios retratos de los miembros de una familia, o un abogado contrata sus servicios estableciendo un honorario por cada una de las instancias que pueda tener el juicio, un veterinario se obliga a vacunar cierto número de animales, etc. En todo caso, se puede dar fin a tales contratos, remunerando la parte ejecutada.

25.8. La **terminación por voluntad unilateral** está expresamente permitida en el artículo 1943 y corresponde a la naturaleza de contratos basados en la confianza en el profesional y en la apreciación necesariamente subjetiva del comitente, en cuanto al acierto del profesional que le sirve. No se podría obligar a una persona que ha perdido esa confianza, que continúe recibiendo el tratamiento de un médico o de un dentista, etc.

Esa posibilidad de terminar el contrato en cualquier momento, puede haber sido prevista por las partes, y en ese caso, pueden determinar un **plazo de anticipación o desahucio.** Pero no es frecuente esta previsión, y el artículo 1943 señala que, a falta de plazo establecido, se puede dar fin al contrato con un desahucio equivalente a medio período, es decir, que si se pagaban los servicios por mensualidades, se deberá anunciar la terminación con quince días de anticipación.

Aunque este derecho se confiere a ambas partes, hay que tener en cuenta que la cesación de los servicios por parte de un profesional puede resultar gravosa para el cliente y ocasionarle daños, incluso cuantiosos, por lo cual, será prudente establecer en muchos contratos que no podrá el profesional abandonar su trabajo sin manifestar su intención con una anticipación mayor. Igualmente, en ciertas circunstancias, un profesional que deja otros trabajos para asumir el servicio de un cliente, razonablemente debe recibir una notificación de terminación con el tiempo necesario para rehacer su clientela u organizar sus actividades sin sufrir perjuicio. Si no hay los "períodos" a los que se refiere el artículo 1943, porque se ha contratado por una sola remuneración total y la obra intelectual no es partible, tendrá que indemnizarse por todo el perjuicio que se siga para el profesional o para el cliente.

25.9. El artículo 1945 prevé la **cesación intempestiva** de los servicios por parte del profesional, y le sanciona con la pérdida del derecho a desahucio y aún no podrá cobrar los gastos de viaje.

Esos **gastos de ida y regreso**, cuando el servidor ha debido desplazarse de su residencia, deben ser pagados por el contratante, como ordena el artículo 1944. Pierde este derecho, el profesional que da motivo para ser despedido por su mala conducta o si se retira intempestivamente. El concepto de "mala conducta" se ha de apreciar conforme a las costumbres del

lugar, y en caso de controversia, podrían intervenir los tribunales de honor de los respectivos cuerpos profesionales.

25.10. Termina el parágrafo que estamos exponiendo, con el artículo 1947, que dice: "Los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayos, actores y cantores, se sujetan a las disposiciones del Código del Trabajo y a las leyes especiales respectivas". Prácticamente nada agrega esta disposición a lo que ya está dispuesto por el mismo Código, ya que es evidente que prevalecen las disposiciones especiales sobre las generales, tal como se declara en los artículos 4 y 12. El concepto de "largo tiempo", por otra parte, además de ser muy impreciso no es precisamente lo que determina que estos servicios deban considerarse regulados por el Código del Trabajo -que más bien exige una relación de dependencia- o por las leyes especiales, que exigen otros requisitos, como el título profesional.

26. Algunos contratos especiales

26.1. La **doctrina** ha dado atención a ciertos contratos de servicios o ejecución de obras inmateriales que presentan algunas peculiaridades. El Código Civil no se refiere a ellos de manera específica y se deben aplicar, por analogía, las normas que resulten más afines con la naturaleza de estas relaciones.

Estos contratos son principalmente los de edición, representación teatral o cinematográfica, actividad deportiva, espectáculos, servicios de telecomunicaciones. Tienen en común con los de prestación de obra inmaterial, que predomina en ellos el aspecto intelectual sobre el de mano de obra, en cambio, se diferencian en que no requieren una preparación mediante largos estudios. Sobresalen en éstos algunos aspectos de índole artístico o técnico que les dan también una figura peculiar. Todos presentan singular relación con cuestiones de índole ético que no se destacan tanto en los contratos de ejecución de obra.

26.2. El contrato de **edición** ha sido considerado por algunos como un contrato de ejecución de obra, por otros, como un mandato, una venta o cesión onerosa de derechos, una sociedad, etc. En realidad, no reúne todos

los requisitos para encasillarse en una de esas categorías y debe considerarse como un contrato peculiar, como opina Borda.

Nuestra legislación regula el contrato de edición en la **Ley de Propiedad Intelectual**, que tiene su origen el año 1998, se ha enriquecido con el contenido de varias convenciones internacionales celebradas por el Ecuador. Hay que tener en cuenta también las convenciones o tratados sobre esta materia.

El autor de una obra literaria, artística o científica confía a otra persona el ponerla a la disposición del público, sea mediante la **edición de un libro**, folleto o publicación en la prensa, o bien mediante otros medios de divulgación como las **grabaciones electrónicas** o **transmisiones** radiales, televisivas, cine, videocassettes u otros medios electrónicos de reproducción, etc.

El autor tiene **derechos morales**, intransferibles, que corresponden a su calidad de creador intelectual de la obra: no puede dejar de ser considerado como autor, pero el provecho económico que proviene de la entrega al público en forma de libro, representación, etc., puede libremente cederse o contratarse de muy diversas maneras.

El **autor conserva los derechos** de traducir, o permitir que otros traduzcan, transformar, abreviar o ampliar su obra, y aún puede destruirla. Puede también autorizar a otras personas para introducir esas modificaciones. Puede mantener la obra inédita, así como publicarla con su nombre o con un seudónimo; oponerse a toda deformación; puede retirar la obra de poder del empresario después de haberle autorizado su uso, pero en tal caso deberá indemnizarle y deberá respetar los términos del contrato.

Los **derechos patrimoniales**, pueden disponerse y contratarse de diversas maneras, pero substancialmente el autor recibe una remuneración, mientras que el editor se obliga a reproducir la obra por alguno de los medios previstos. La ventaja económica del autor puede consistir en una cantidad fija de dinero, por una o varias ediciones, o bien en un porcentaje de las ventas o un porcentaje de la utilidad, esto configura el contrato como semejante a una compraventa, en unos casos, o a una sociedad, en otros. Dependerá fundamentalmente de lo que dispongan las partes. Se suelen establecer

condiciones especiales, como la reserva de cierto número de ejemplares para el autor, la prohibición de contratar otras ediciones mientras no se agote una anterior, etc. La ley señala (Art.44) las principales características de estos contratos: "Los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros deberán otorgarse por escrito, serán onerosos y durarán el tiempo determinado en el mismo, sin embargo podrán renovarse indefinidamente de común acuerdo de las partes". El autor se reserva el derecho de hacer correcciones y cambios, pero si implican mayores gastos, debe compensarlos al editor. Si no se ha fijado el precio de venta al público, lo determinará el editor, pero sin que el excesivo costo haga difícil su venta (Art. 53). Si el contrato tuviere plazo fijo de terminación y al expirar quedaren ejemplares sin vender, el autor tiene derecho de comprarlos al precio de costo más un diez por ciento. Se señalan otros detalles sobre el concepto de "agotarse" la obra, el nombre del autor, el derecho de perseguir cualquier edición ilícita, el caso de quiebra del editor, etc.

La ley trae también detalles sobre los contratos de reproducción fotomecánica, transmisión radial, cinematográfica u otras similares.

26.3. El contrato de **representación** o interpretación artística de una obra de teatro, ejecución de una pieza musical por orquesta, grupos instrumentales o ejecución en canto personal o de coros, y otras semejantes, sigue normas parecidas al contrato de edición en cuanto fueren aplicables (Art. 69). La ley establece que, a falta de determinación, la participación del autor ha de ser el diez por ciento del valor de las entradas a la función o funciones (Art. 70). Si el empresario no cumpliere con ese pago, el autor puede ordenar la suspensión de las representaciones (Art. 71). Se prevén los casos de varios autores y la terminación del contrato por decisión del autor, por fuerza mayor o por rechazo del público en tres sesiones (Art 73).

26.4. Las **obras plásticas** (pintura, escultura, grabado, etc.) tienen también peculiares normas, como la del artículo 38 de la ley: "Si el original de una obra de arte plástico, o el manuscrito original del escritor o compositor fuere revendido en pública subasta, o si en dicha reventa interviniera directa o indirectamente un comerciante de tales obras en calidad de comprador, vendedor o agente, el vendedor deberá pagar al autor o a sus herederos, según corresponda, una participación equivalente al cinco por ciento del precio de venta, salvo pacto en contrario. Este derecho es

irrenunciable e inalienable". Se trata de una regalía privada, bastante original y un tanto difícil de exigir en la práctica.

26.5. La protección de la ley a los derechos económicos del autor dura cuanto la vida de éste y después de su fallecimiento por setenta años. (Art. 80). Se dan normas especiales para el caso de varios autores, de obras colectivas, de obras póstumas y de obras anónimas o bajo seudónimo.

26.6. También están regulados por esta ley, los **derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes** (Arts. 88 a 91; 95; 105; 324).

26.7. Nada se dice, en cambio, de **los derechos del público**, de la persona que adquiere una entrada para uno o más espectáculos. Este contrato se suele llamar generalmente de compra, pero más bien se trata de la cesión de un derecho parcial de uso y goce. A veces adquiere claramente la figura de un arrendamiento momentáneo de un sitio (palco, asiento en un estadio, etc.). Se trata de un contrato consensual que no exige ninguna formalidad especial, aunque para efectos prácticos se suele emitir un boleto o billete, la "entrada", que permite al usuario hacer efectivo su derecho. Las costumbres regulan algunos extremos de este contrato, como las exigencias de indumentaria, de conducta y de derecho de manifestar la aprobación o disgusto por el espectáculo, dentro de ciertas condiciones de moderación.

26.8. En los **contratos de publicidad**, (Art. 79 de la Ley de Propiedad Intelectual) una parte se compromete a hacer anuncios públicos -por la prensa, radio, televisión, carteles, etc.-, a cambio de una remuneración, generalmente en dinero. Se trata, pues, de un contrato de ejecución de obra, aunque excepcionalmente puede configurarse como un verdadero arrendamiento de un lugar o sitio, tales como un puesto en las orillas de los caminos, o en la fachada de un edificio o en los escaparates o vitrinas de un almacén. Estos contratos pueden adoptar la forma de civiles o comerciales y someterse consiguientemente a las respectivas leyes.

26.9. Los contratos de un club o una persona natural o jurídica con **deportistas**, relativos a la actividad de éstos, normalmente para ser presentada como espectáculo público pagado, presentan alguna dificultad de calificación. Hay quienes simplemente los consideran como un contrato de trabajo, pero la índole de la actividad deportiva no parece adecuadamente en-

cuadrada en el concepto de relación laboral; hay, sin duda, cierta subordinación del deportista, pero no para la creación de un objeto sino para la prestación de un servicio de recreación a terceras personas – el público anónimo -. Hay también regulaciones, incluso internacionales, que configuran estos contratos como una categoría especial, con cierta analogía con el contrato de trabajo.

Algunos contratos de presentación deportiva plantean también **problemas éticos.** Borda se pregunta si será válido un convenio por el cual una persona se obliga a una pelea que muchas veces origina la demencia, la mutilación y hasta la muerte de uno de los contrincantes. Parece evidente que en tales casos no hay objeto lícito, y no se podrá exigir el cumplimiento de tales contratos, pero, como observa el mencionado autor, la equidad obliga a quien haya aceptado esos contratos, a indemnizar por el daño emergente, que puede ser cuantioso, por ejemplo, si se ha anunciado la pelea y se han hecho gastos; no cabría, en cambio, reclamar el lucro cesante, por la ilicitud del objeto.

26.10. Otra serie de contratos afines a los anteriores, son los de **servicios de telecomunicaciones**, que se instauran entre entidades públicas o grandes empresas privadas con un grupo indefinido de personas; prácticamente, quedan abiertos a la aceptación de cualquier persona, aunque se pueden concretar más precisamente con determinados abonados para el uso regular de la telefonía, la radiotelefonía, la transmisión por diversos medios técnicos, como los que utilizan satélites artificiales, etc.

La Ley para la transformación económica del Ecuador[2], dispone que "Todo usuario tiene derecho de recibir el servicio en las condiciones contractuales estipuladas con el proveedor del servicio, y a que dichas condiciones no sean modificadas unilateralmente sin su consentimiento, salvo fuerza mayor, y a ser indemnizados por incumplimiento de dichos términos contractuales por parte del proveedor del servicio". Indudablemente estos contratos, que ahora son frecuentísimos y adquieren mucha importancia en la vida económica de las personas y empresas, colocan al usuario en una situación de inferioridad y difícilmente puede hacer valer sus derechos,

[2] Ley 2004-4, publicada en el Registro Oficial 548 del 31 de mayo de 2000.

aunque la ley los garantice. Se requiere un perfeccionamiento de los procedimientos para la defensa del consumidor de estos servicios.

La misma Ley, garantiza el **secreto** de estas comunicaciones, lo cual pone de relieve los aspectos éticos que predominan en estos contratos. Igualmente los diversos contratos con profesionales entrañan singulares obligaciones de carácter moral, como las del secreto en los casos de médicos, abogados, contadores, etc. y en todos ellos, las que provienen de la necesaria capacidad para atender competentemente a los clientes. Otros deberes que cabe citar, que participan de lo jurídico y lo ético, se refieren al respeto de la dignidad humana, los sentimientos y convicciones de las personas, y el decoro, la fidelidad y lealtad de los profesionales con relación a sus clientes.

27. El contrato de transporte

27.1. El **Código Civil** dedica al contrato de transporte el parágrafo 9º del Título XXV que trata del arrendamiento, en el Libro IV; son los artículos 1948 a 1956. Se trata de pocas normas, pero esenciales, que contrastan con la larga regulación de este contrato en el Código de Comercio (Arts. 205 a 261, además de los relativos al transporte marítimo, en los Arts. 763 a 918). Además, tenemos normas sobre el contrato de transporte, dispersas en las leyes de Tránsito y Transporte Terrestre y de Transporte Aéreo.

Este fenómeno se da también en otros países y lo anotan los comentaristas, por ejemplo, de España. El motivo de esta desproporción se explica porque mientras el derecho civil contiene las normas fundamentales, los contratos de índole mercantil descienden a numerosos detalles de carácter más bien reglamentario y muchas veces administrativo.

La mayor parte de los contratos de transporte se efectúan actualmente, con compañías o empresas comerciales de transportes, sea por tierra, aire o agua, y por esta razón las relaciones con los clientes se sujetan principalmente a las normas del Código de Comercio y a las leyes especiales. A veces también el cargador o comitente tiene también el carácter de comerciante o el acto de trasladar mercancías forma parte de una operación de comercio, sobre todo de exportación internacional. De esta suerte, queda bastante reducido el campo de aplicación de las normas civiles, bien sea

para contratos esporádicos o transportes de personas o cosas que no tienen carácter comercial. De cualquier manera, las normas civiles han sido el origen de las que han surgido más tarde como especiales y conservan su función supletoria; sirven también para la mejor inteligencia y aplicación de las reglas especiales.

27.2. Con acierto afirma una sentencia española, citada por Diez-Picazo, que aunque este contrato se sitúa entre los diversos arrendamientos, se hace para la **ejecución de una obra**: el porteador no se obliga solamente a desplegar una actividad, sino a conseguir un resultado, el traslado de las personas o mercancías de un lugar a otro.

27.3. El contrato de transporte es esencialmente un contrato **oneroso**, que implica el pago de un precio o flete por parte del remitente o pasajero. Cuando se prestan servicios gratuitos de transporte de personas o cosas, por razones de urbanidad, amistad, caridad, etc., el transportador o porteador asume también obligaciones similares, pero son más bien extracontractuales.

Como señala Puig Peña, otra nota fundamental de este contrato consiste en la "custodia" de las cosas o personas que se transportan. Esto aproxima este contrato al de depósito. Según, Lacruz Verdejo, apoyado en la jurisprudencia, cuando se consignan objetos de especial valor, el transportador se convierte en depositario, con la consiguiente responsabilidad adicional proveniente del carácter oneroso del contrato.

En una sentencia de la Corte Suprema se desconoce el carácter de contrato de transporte a una convención en la que no se fijó precio alguno ni se estipuló el modo de establecerlo.

27.4. El transporte civil es contrato **consensual**, y puede concertarse incluso tácitamente, por la mera actitud de tomar un puesto o colocar unas mercancías en el vehículo o en el lugar de despacho de ellas. Sin embargo, con frecuencia se expiden boletos, recibos, facturas o **cartas de porte**. Estas últimas, adquieren especial importancia en el transporte internacional, de carácter comercial, y se suelen incluso negociar como títulos-valores. La constancia escrita, tiene importancia para la prueba y la exigencia de las respectivas responsabilidades.

Los "contratos por adhesión", se han generalizado en esta materia, sobre todo en el ámbito comercial. Así suelen ser los boletos de viajes aéreos, marítimos o en ferrocarriles o autobuses de línea. El pasajero o cargador de mercancías, adquiere su boleto mediante el pago, y se somete a las cláusulas contractuales que figuran normalmente en letra muy pequeña, como invitando a que no se lean. La relativa voluntariedad del sometimiento a dichas condiciones hace que en muchos casos resulten impugnables esas cláusulas que prácticamente no ha conocido el contratante.

La prueba de la existencia del contrato, según enseñan Aubry y Rau, puede realizarse simplemente por testigos, cuando el transportador ejerce habitualmente ese oficio, pero si se trata de persona que no lo hace como profesión, sino esporádicamente, entonces se requeriría un principio de prueba por escrito, por ejemplo el boleto, aunque no exprese detalladamente las condiciones del contrato.

27.5. En nada cambia la relación contractual el hecho de que el destinatario del transporte sea el mismo consignante o una tercera persona. Tampoco modifica las relaciones contractuales de transporte la circunstancia de que el cargador sea o no dueño de las mercancías, o bien que la propiedad de ellas se transfiera, precisamente al momento de la consignación o al momento de la entrega.

Nuestro Código, como en general la doctrina, asimilan el acarreador -que adopta diversos nombres según el medio utilizado, como carretero, naviero, etc.- y el **empresario de transportes**. Sin embargo, en las grandes empresas de transportes, uno es el empresario y otro puede ser el transportador efectivo, que obra por encargo y bajo la dependencia del empresario, como formando una sola parte con él.

27.6. Lo que se acaba de indicar es el fundamento para extender la **responsabilidad del acarreador** a sus diversos empleados o servidores. Así se expresa claramente en los artículos 1949 y 1950: "Las obligaciones que aquí se imponen al acarreador, se entienden impuestas al empresario de transportes, como responsable de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea" y en el inciso 3°del artículo 1950: "tendrá lugar la responsabilidad, no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes".

Esta responsabilidad implica **culpa** del transportador, y, con mayor razón, si hubiera actuado dolosamente.

El Código distingue los daños causados a las personas y los que pueden sufrir las cosas transportadas.

Los daños concretamente imputables al acarreador, por perjuicios causados a las **personas**, son, según el inciso primero del artículo 1950, los que "sobrevengan por la mala calidad del carruaje, barco o navío en que se verifica el transporte". Pero habría que añadir otras causas que igualmente le responsabilizan: la impericia de quien conduce, la falta de cumplimiento de los reglamentos de tránsito, la imprevisión para evitar casos fortuitos que podrían impedirse con la debida prudencia.

Respecto de las cosas, el segundo inciso del mismo artículo dice: "Es -el transportador- así mismo responsable de la destrucción y deterioro de la carga, a menos que se haya estipulado lo contrario, o que se pruebe vicio de la carga, fuerza mayor o caso fortuito".

Por consiguiente, **se presume la culpa** del acarreador, y solamente puede liberarse de la responsabilidad probando que el daño proviene o de defectos de la misma carga o de caso fortuito. En cambio, la estipulación de que no será responsable de los daños, hay que admitirla con mayor reserva; en efecto, no se puede descargar totalmente de responsabilidad el acarreador, ya que esto sería desvirtuar el contrato e implicaría una condonación del dolo futuro, que no es admisible.

27.7. A su vez el cargador o consignante de la carga responde de los daños que pueda ocasionar al vehículo o a otras mercancías transportadas, por defectos o vicios de sus cosas. Por ejemplo, vegetales afectados por una plaga que se transmite, o animales no debidamente sujetos que causan destrozos, líquidos inflamables contenidos en recipientes inseguros, etc.

Las obligaciones del que contrata el transporte son: 1. Consignar la mercancía o acudir la persona al lugar y en el tiempo convenidos para iniciar el transporte; 2. Pagar el flete o precio del transporte; 3. Cumplir lo que a él atañe de los reglamentos de tránsito; 4. Indemnizar los daños causados por su culpa, como ya se ha dicho.

El artículo 1954 prevé el caso de incumplimiento en cuanto a la presentación de la persona o entrega de las mercancías en el lugar y tiempo convenidos: "Si por cualquier causa dejare de presentarse en el debido tiempo el pasajero o la carga, el que ha tratado con el acarreador para el transporte estará obligado a pagar la mitad del precio o flete". Nótese que los términos absolutos de esta regla "por cualquier causa" no excluyen la responsabilidad ni siquiera por caso fortuito; sin embargo, pienso que la equidad permite dicha justificación y que el pasajero o consignante que probare la fuerza mayor o caso fortuito que le impidió acudir puntualmente, quedaría libre de responsabilidad. Se refuerza este razonamiento, si se tiene en cuenta que el artículo 1951, libera de responsabilidad al acarreador, en el caso de fuerza mayor o caso fortuito, y no sería justo, proceder de distinta manera con el consignante.

En cuanto al pago del precio, el Código señala el raro caso de la mujer que da a luz durante el viaje, y dispone que no habrá aumento de pasaje o flete, por este acontecimiento (Art. 1952).

El incumplimiento del pago del precio confiere al transportador un privilegio sobre las mercancías del cargador, para cobrar. Podrá pedir su embargo y remate y el crédito del transportador se pagará de preferencia a otros créditos comunes. Así se dispone en el artículo 2373 numeral 2°.

27.8. Las **obligaciones del acarreador** o transportista son: 1. Recibir las personas o cosas que reúnan los requisitos reglamentarios para el transporte; 2. Efectuar el transporte hasta el lugar y en el tiempo convenido; y, 3. Indemnizar de los daños producidos por su culpa o dolo.

En cuanto a la segunda de estas obligaciones, el artículo 1951, precisa que la fuerza mayor o el caso fortuito libran al transportista de esta responsabilidad, pero agrega que, no queda libre de responsabilidad, "si pudo con mediana prudencia o cuidado, evitar". Por definición, el caso fortuito es el inevitable, pero, aquí se menciona la posibilidad de remover las causas del caso fortuito o fuerza mayor y entonces resulta evitable, "con mediana prudencia". De todo esto se deduce que la culpa por la que responde el acarreador es hasta la **leve** (la grave y la leve, según el Art. 29), y no responde de la culpa levísima, que supone "esmerada diligencia, suma diligencia y cuidado". Aplicando el artículo 1563, la responsabilidad del transpor-

tador se extiende hasta la culpa leve, y así lo ha confirmado la jurisprudencia.

27.9. No se dan normas especiales sobre la terminación de este contrato, y por lo mismo, se aplican las reglas generales. Solamente se considera el caso de la **muerte** del acarreador o del pasajero, que no da fin al contrato; y las obligaciones se transmiten a los respectivos herederos, "sin perjuicio de lo dispuesto sobre fuerza mayor o caso fortuito".

Esta última expresión resulta un tanto enigmática. Pienso que se refiere a la muerte del pasajero antes de tomar el medio de transporte: este caso fortuito, no daría lugar a que el transportador deba llevar el cadáver. En los viajes marítimos, tampoco resulta posible trasladar el cadáver del que fallece a bordo y se lo sepulta en el mar, salvo que falte muy poco tiempo para poder desembarcar.

CAPÍTULO II
LA SOCIEDAD

28. Reglas generales

28.1. Concepto y antecedentes históricos

Corresponde a la **naturaleza del ser humano** el vivir en sociedad: no puede propagarse la vida, ni desarrollarse ni, mucho menos, llegar a una perfección, sin la ayuda de sus semejantes. El fenómeno asociativo, por depender de la naturaleza del hombre, ha existido en todos los tiempos. A medida que avanzan las investigaciones científicas, se confirma que la primera sociedad que surge con el mismo hombre, es la familia, de la que derivan las diversas formas políticas primitivas (horda, clan, tribu) y las primeras estructuras de lo que ha llegado a ser el Estado moderno. También debieron aparecer en los albores de la humanidad, grupos de índole laboral, personas que se relacionaban con motivo de un trabajo común, sea el de la guerra, las artesanías o la agricultura, etc.

Durante la **Edad Media**, cuando prácticamente desaparece el poder político centralizado, el imperio o los reinos, proliferan los feudos que significan asociaciones político-profesionales destinadas a llenar el vacío dejado por el poder político. En esa misma época alcanzan mucho desarrollo las sociedades de artesanos de la misma rama, o de comerciantes, pequeños agricultores o burgueses. Las corporaciones ocuparon en la vida jurídica y social de la edad media un lugar muy destacado.

La **Revolución Francesa**, queriendo acentuar el respeto a la libertad, exageró el individualismo y creó un ambiente hostil hacia las corporaciones medievales. Esa desconfianza respecto de las asociaciones se reflejó en el Código Napoleón y, a través de él pasó a buena parte del derecho civil de los Estados modernos. Una saludable reacción contra el exagerado indivi-

dualismo, comienza en Europa a mediados del siglo XIX y se consolida en todo el mundo en el siglo XX.

También nuestro **Código Civil** presentaba algunos rasgos de aquella deformada e injustificable oposición a las diversas formas asociativas: existían trabas para su constitución, para su vida social y sobre todo para la adquisición y el traspaso de bienes, principalmente inmuebles; esto se ha corregido por varias reformas al texto del Código y, además, han surgido nuevos cuerpos legales que acogen y desarrollan favorablemente el fenómeno social: el Código de Comercio, las diversas leyes de Compañías, las leyes de Cooperativas, de Mutualistas, las que regulan las asociaciones campesinas, las de índole laboral (sindicatos, comités de empresa), etc.

Puede afirmarse que la **vida jurídica moderna** gira en torno a las sociedades más que a los simples derechos individuales. Además, el movimiento societario ha adquirido dimensiones internacionales: los mismos Estados se asocian en organizaciones de índole mundial (Sociedad de las Naciones y Organización de las Naciones Unidas, o sus diversas entidades y estructuras especializadas, para el Trabajo, la Cultura, la Agricultura, la Salud, etc.) o bien regionales, como la Organización de Estados Americanos, la Comunidad Europea, etc.

Por todo esto, las disposiciones del Código Civil revisten una especial importancia, ya que contienen los **principios básicos** de las sociedades, que han servido de patrón para los ulteriores desenvolvimientos de la doctrina jurídica y para la diversificación en los varios cuerpos legales.

El Código Civil trata del tema asociativo en **dos lugares**: en el Libro I, el título XXX De las Personas Jurídicas, y en el Libro IV, el Título XXVI De la Sociedad.

En el primer ámbito señalado, se menciona a las "**sociedades industriales**" en el artículo 566, para remitirse a otros lugares del mismo Código y al Código de Comercio. En realidad el Título XXX se concreta a las **corporaciones y fundaciones**, en cuanto son personas jurídicas, y principalmente se refiere a las de carácter privado, dejando la regulación jurídica de las corporaciones y fundaciones públicas a lo que dispongan la Constitución y las leyes de derecho público.

Además de las sociedades de **derecho privado** (corporaciones y fundaciones y sociedades industriales) y las de **derecho público** (el Estado, las Municipalidades, etc.), hay otras que ocupan un lugar intermedio y se rigen por un **derecho especial**, que participa de lo público y lo privado, entre las cuales las más importantes son la Iglesia y las entidades eclesiásticas.

El Título XXVI del Libro IV se refiere, pues, al contrato de sociedad, y se aplica a las que el mismo Código califica de "**sociedades industriales**", es decir, a las que tienen una finalidad lucrativa y suponen el desempeño de actividades "industriales" en sentido amplio, o sea, cualquier clase de trabajos, servicios, funciones, empleos, profesiones, artesanías u otras labores dirigidas a conseguir una utilidad apreciable en dinero.

Las **asociaciones** presentan una gran analogía con las sociedades, pero se diferencian precisamente en que las primeras no persiguen una finalidad lucrativa, mientras que esto es propio de la sociedad. Las asociaciones pueden proponerse ideales culturales, políticos, religiosos, deportivos, de beneficencia, arte, etc. y, aunque impliquen un ejercicio económico, no se proponen una utilidad crematística divisible entre los asociados.

El derecho de asociarse está **garantizado por la Constitución de la República**. En las varias Cartas Políticas que han regido en el Ecuador ha figurado, de una u otra manera, este derecho humano fundamental; actualmente, en el artículo 23 numeral 19 se reconoce "La libertad de asociación y de reunión, con fines pacíficos". La que se descarta, es, por consiguiente, la violencia, lo contrario a la paz. La diferencia entre la reunión y la asociación, consiste en que la primera es esporádica, momentánea o de corta duración, mientras que la asociación supone una **permanencia**, una duración larga, al menos en la intención de quienes se asocian. El numeral 9 del artículo 35 garantiza especialmente las asociaciones de trabajadores y de empleadores, es decir, las relacionadas con el trabajo. Las asociaciones de carácter religioso están garantizadas por el tratado celebrado con la Santa Sede, el Modus Vivendi de 1937 y el Decreto 212 de carácter reglamentario especial.

28.2. Definición y características esenciales

Hay una verdadera unanimidad en las definiciones de muchos autores y en los textos legales, que coinciden con la clara expresión de nuestro Código Civil en el artículo 1957: "Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.- La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados".

Sin embargo varias de las características de la sociedad, se discuten o interpretan de diversas maneras.

Lo esencial es evidente: se trata de una **unión de personas** para conseguir una finalidad común: esta unión se verifica mediante **aportaciones**, sea de dinero, otros bienes materiales, derechos o servicios.

La finalidad de obtener un **beneficio económico** para los propios socios, es elemento indispensable de la sociedad. Si falta éste, no hay sociedad; podrá haber una asociación, una corporación, con fines no lucrativos, por ejemplo benéficos, científicos, religiosos etc. No se desvirtúa, en cambio, la sociedad por el hecho de no obtenerse en la práctica ningún beneficio, y tampoco, si los socios, después de alcanzar una ganancia deciden cederla en beneficio de otros, haciendo donación de sus utilidades, incluso habitualmente.

En la definición que estamos comentando se señala que la sociedad consiste en un **contrato**, por tanto origina obligaciones, y el contenido de estas obligaciones, fundamentalmente, consiste en dos cosas: "poner en común algo", es decir, las aportaciones de los socios, y "repartirse los beneficios".

Se **desvirtuaría** la sociedad si faltara uno de esos dos elementos esenciales. No hay sociedad en la mera reunión de personas que se mueven por un ideal común, económico o altruista, pero que no aportan o se comprometen a aportar dinero, derechos, cosas materiales o trabajo. Tampoco habría sociedad si existen aportaciones pero sin compromiso de repartir utilidades, como por ejemplo, si varias personas se obligan a trabajar gratuitamente a favor de un hospital u otra obra de misericordia.

Esta **necesaria finalidad lucrativa** de la sociedad impide que se estipule la exclusión de toda utilidad para uno o más socios, o que solamente alguno de ellos reciba todos los beneficios. Tales pactos implicarían una forma más o menos velada de donación, de contrato gratuito, mientras que la sociedad tiene carácter **oneroso**. Las cláusulas llamadas "leoninas", por las que se asegura una ganancia exclusiva a favor de un socio o de un grupo privilegiado, son nulas, y si afectan a todo el funcionamiento de la sociedad el mismo contrato en su totalidad adolecerá de nulidad.

Nada impide, por el contrario, que los socios valoren ciertos servicios o situaciones especiales de algunos de ellos (por ejemplo su situación económica, su estado civil de viudez, su salud o invalidez, etc.) o cualidades singularmente importantes para la buena marcha del negocio, para que los socios resuelvan dividirse las ganancias de un modo **desigual**. Esto significa, simplemente, que, además de las aportaciones monetarias, caben otras, y también que, ciertas consideraciones humanas pueden mejorar la condición de alguno o algunos socios, siempre que esto no llegue a desfigurar el concepto de sociedad como contrato de índole lucrativo. En una palabra, no se puede admitir la ficción o **simulación** de sociedad para encubrir donaciones.

Aunque la sociedad puede pactarse entre **dos personas**, generalmente son más e incluso pueden ser numerosas. Los socios ocupan una situación jurídica fundamentalmente **igual**, aunque caben algunas excepciones.

No se da en la sociedad la relación de **oposición**, propia de los contratos conmutativos; por ejemplo, en la compraventa o en el arrendamiento, uno es el que da una cosa o un servicio y otro el que los paga, de modo que el precio o el canon es causa de la prestación del otro contratante. En la sociedad todos concurren para formar el haber común con el cual se procurará obtener ganancias que son para todos. Hay un sentido solidario, de **colaboración** y aún de cierta hermandad.

Esa contribución de los diversos socios que persiguen una finalidad común, hace que surja la **persona jurídica**, cuyo concepto el artículo 1957 incluye en la definición de la sociedad. Esto se ha de tener muy en cuenta para determinar la naturaleza jurídica, puesto que estamos ante un contrato

de carácter "organizativo", que origina un nuevo sujeto de derechos y obligaciones.

Esta característica de la sociedad ha dado lugar a que algunos sostengan **que no es un contrato**, ya que no habría en ella obligaciones contrapuestas, sino que dominaría la voluntad común de conseguir un fin que a todos beneficia. Pero esta concepción no es admisible, si se piensa que la oposición de las obligaciones de las partes es más bien propia de los contratos conmutativos, pero no necesariamente de todo contrato. Hay que mantener que la sociedad, que constituye una persona jurídica, sigue siendo un contrato y que el conjunto de relaciones entre los socios constituyen la vida jurídica de ella.

28.3. Características del contrato de sociedad

Se trata de un contrato **plurilateral**, aunque en rigor baste la presencia de dos personas. Los diversos socios, pueden ser personas naturales o personas jurídicas, o las unas y las otras conjuntamente. Estos integrantes, forman la sociedad por un pacto o convención, que señala fundamentalmente sus obligaciones recíprocas y las que contraen o pueden contraer frente a terceros.

La sociedad es un contrato **oneroso**, ya que todo socio debe necesariamente aportar algo económicamente apreciable en dinero, sean bienes materiales o inmateriales (como conocimientos o trabajos). El carácter oneroso, implica que no puede concederse una ganancia a quien no contribuya con un aporte. La exclusión de las ganancias, o el reservar las ganancias a uno solo (que supondría excluir a los demás), no está permitido: sería una sociedad leonina. Lacruz Berdejo destaca el hecho de que el socio que aporta un bien que resulta reivindicado por un tercero, queda obligado a sanear la evicción e indemnizar a la sociedad, como consecuencia del carácter oneroso del contrato.

Este es un contrato de **tracto sucesivo**, que no se agota o cumple en un solo acto, sino que implica una vida jurídica prolongada. Generalmente la duración de la sociedad es indefinida, para toda la vida de los socios o para un período largo. Puede, sin embargo, contratarse sociedad para un solo negocio, por ejemplo, la construcción y venta de una casa.

Refiriéndose del carácter **conmutativo** y no aleatorio, Planiol escribe: "es conmutativo y no aleatorio, porque el ámbito de la obligación asumida por cada una de las partes es indudable, aun cuando los resultados de la obligación no lo sean".

La sociedad se contrae entre personas que se brindan una mutua confianza, de modo que el vínculo jurídico se fundamenta en consideraciones personales: es un **contrato *intuitu personae***. Esta característica, tiene consecuencias sobre la vida de la sociedad y sobre la terminación.

El carácter meramente **consensual**, o no formal, del contrato de sociedad, es propio de los orígenes históricos y perdura en varios sistemas jurídicos, pero modernamente se tiende a exigir, al menos para ciertas sociedades, **formas solemnes**. Podemos decir que, en principio es un contrato meramente consensual, aunque ciertas sociedades deban cumplir solemnidades especiales y aún muy complejas, para constituirse válidamente.

28.4. Naturaleza jurídica de la sociedad

De la descripción general y la definición que anteceden, aparece claramente la naturaleza jurídica de la sociedad, sin embargo es necesario señalar que este tema ha sido objeto de controversias.

La consideración prácticamente universal de que la sociedad es un **contrato** fue contradicha por primera vez por Gierke, quien exponía que la sociedad es más que un contrato: un acto constitutivo de una persona jurídica. No nacen de él solamente obligaciones entre los contratantes, sino un nuevo sujeto de derechos y obligaciones, frente a toda la comunidad.

La doctrina moderna se dejó seducir por esta característica institucional de la sociedad, y buscó nuevas interpretaciones jurídicas al fenómeno social. Las tendencias corporativistas destacaron que en la sociedad hay un fin común, un grupo humano que se organiza y dispone de unos medios, todo lo cual le da realidad, de suerte que el sistema jurídico que "reconoce" la sociedad, no la crea arbitrariamente, sino que se doblega ante una realidad preexistente. Pero, como observa Ascarelli, en el acto constitutivo cada parte trata de sacar el mayor partido a su aportación (...) hay diversidad de

intenciones...y el contrato aún a esos intereses. Nos hallamos pues, ante un "contrato asociativo" u organizador.

Sobre qué clase de contrato sea la sociedad, afirma Lacruz Berdejo: "Se ha dicho que la sociedad es un **contrato preparatorio**, y lo mismo se podría decir del matrimonio, con igual desacierto. El pacto entre los socios no prepara otros contratos, si bien predispone una nueva individualidad destinada casi siempre al tráfico, en el cual actuará mediante contratos. Tampoco es un **contrato marco**, es decir, trazando las líneas de ulteriores convenciones. Lo que singulariza a la sociedad frente a los demás contratos es ese status que nace como resultado perseguido por las partes; **status** o individualidad jurídica en cuyo marco los socios van a desarrollar, en cumplimiento del fin social, múltiples contratos y actividades previstos genéricamente pero no específicamente por el convenio que les ata".

Hoy día nadie niega que la sociedad se constituya mediante un contrato; así mismo, se ha afianzado el concepto de que este contrato, por sus características, da origen a una "institución" o conjunto de vínculos jurídicos muy complejos, que le sitúan frente a la sociedad general como un sujeto de derechos y obligaciones. Se puede calificar, pues, de **contrato institucional**, estructural u organizador.

Los antiguos autores negaban la **personalidad jurídica** a las sociedades civiles; así Aubry y Rau consideran que la sociedad no es persona jurídica. El razonamiento de estos autores se vinculaba con el hecho de que las sociedades civiles se pueden formar por simple consentimiento, mientras que las comerciales requieren de formas solemnes, y las primeras, si quieren ejercitar habitualmente actos de comercio se ven obligadas a cumplir esas formas solemnes, aunque pueden realizar actos aislados de carácter mercantil.

Las codificaciones de Francia, Prusia y Austria reconocieron a la sociedad todos los efectos esenciales de la personalidad jurídica, sin embargo, el texto del Código español no fue tan claro y la doctrina continuó discutiendo sobre el asunto, produciéndose también sentencias con diversa orientación, hasta consolidarse en los últimos años, en la doctrina y en la jurisprudencia la tesis favorable a la personalidad. Algunos autores como Federico de Castro, distinguen el caso de las sociedades inscritas en el Registro, que

gozarían de personalidad jurídica, sean civiles o mercantiles, y las no inscritas, que carecerían de personalidad.

Nuestro **Derecho positivo** es preciso en esta materia: tanto la definición del Código Civil, como el artículo 2 de la Ley de Compañías, afirman que las sociedades o compañías **son personas jurídicas**. La Ley citada, expresamente se refiere a las cinco clases de compañías a las cuales se reconoce la personalidad (en nombre colectivo, en comandita, de responsabilidad limitada, anónimas y de economía mixta), mientras que no tiene personalidad jurídica la "compañía accidental o cuentas en participación".

De ninguna manera se pone en duda la personalidad jurídica de las sociedades civiles, por el hecho de que el Código Civil llama a su Título XXX del Libro I: "De las personas jurídicas", y en este título, el artículo 566 dice que "Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este Título". Esto no significa que las sociedades industriales no sean personas jurídicas, sino simplemente que esas normas generales de las corporaciones y fundaciones privadas no son aplicables, como tampoco se aplican a las corporaciones y fundaciones de derecho público, por disposición del mismo artículo 566. Hoy no se puede poner en duda que las sociedades civiles y las compañías mercantiles son personas jurídicas; las primeras se rigen por el Título XXVI del Libro IV del Código Civil, y las segundas, por la Ley de Compañías y el Código de Comercio.

Puig Peña señala las siguientes **consecuencias** de la personalidad jurídica de las sociedades: 1. Tienen domicilio propio; 2. Son capaces de adquirir, enajenar y contraer obligaciones; 3. Su patrimonio está separado del de los socios y garantiza a los acreedores de la sociedad; 4. No pueden compensarse créditos de la sociedad con los de un socio; 5. Los socios, durante la sociedad, tienen un crédito contra la sociedad.

Planiol y Ripert, a su vez, indica las siguientes consecuencias, que en parte coinciden con lo del autor citado, pero agrega algo más: 1. Son distintos los derechos de los acreedores sobre los bienes de la sociedad y sobre los bienes de los socios; 2. La quiebra de la sociedad y la quiebra de los socios producen efectos diversos; 3. No se compensan los créditos ni las deudas de terceros frente a la sociedad o un socio; 4. La sociedad es representada en juicio; 5. Tiene domicilio y nacionalidad.

Considero que las consecuencias fundamentales de la personalidad jurídica consisten en poder actuar como **sujeto de derecho** dentro de juicio y fuera de él; y adquirir derechos y contraer obligaciones propias. De esto, derivan, por lógica consecuencia las otras consecuencias relativas a las diferentes responsabilidades, a la no compensación de créditos y deudas de la sociedad con los de los socios, a la quiebra, etc. También son consecuencias derivadas, dignas de mencionarse aparte, el tener nombre, domicilio y nacionalidad.

El artículo 16 de la Ley de Compañías se refiere al **nombre:** "La razón social o denominación de cada compañía, que deberá claramente distinguirla de cualquiera otra, constituye una propiedad suya y no puede ser adoptada por ninguna otra compañía". Se busca con esta norma, individualizar con precisión a las sociedades mercantiles, al punto de que el nombre se considera como parte de su patrimonio y tiene carácter de exclusivo. Tales reglas no figuran en el Código Civil, pero parece que por analogía, deben aplicarse de igual modo a las sociedades civiles.

Sobre el nombre, el artículo 1966 dice: "Se prohíbe a los socios comanditarios incluir sus nombres en la razón social", con lo cual, por sentido contrario, se permite a los socios colectivos el incluir sus nombres, y esta es la costumbre tan generalizada que, quizá por ser el uso universal, ni siquiera se ha mencionado de modo directo en el Código. El artículo 36 de la Ley de Compañías sí ordena expresamente que en las sociedades colectivas figure el nombre de todos los socios o algunos de ellos. La "razón social", puede agregar a dichos nombres otra especificación, como por ejemplo la que indique el ramo principal de los negocios (compañía exportadora, de bienes raíces, productora, de transportes, etc.). En las compañías comerciales en comandita, la inclusión de un nombre en la razón social, implica que tal persona asuma las obligaciones de los socios colectivos (Art. 74). Las comerciales de responsabilidad limitada y las anónimas, se identifican por una razón social "objetiva", que ha de indicar el objeto o finalidad principal (Industrial, agrícola, constructora, etc.), debiendo distinguirse de otras que tengan la misma finalidad, por algún otro medio (por ejemplo señalando el origen o domicilio o con un nombre abstracto, como "del Pichincha", "Filantrópica", etc.).

A propósito del nombre, Borda señala que las sociedades civiles pueden tener un nombre, pero que no es obligatorio. En las colectivas se incluye el nombre de uno o más socios y no se puede usar el de quien no sea socio. El incluir el nombre de un extraño induciría a error a terceras personas, y se podrían seguir daños y perjuicios sujetos a indemnización. El extraño cuyo nombre se ha incluido, sólo podría reclamar indemnización si no consintió, y los terceros se responsabilizarán por perjuicios solamente si hubo mala fe.

Una sentencia de casación de Colombia dice con mucha precisión: "El nombre o firma social, que por la naturaleza y fines del contrato es requerido en la organización de las sociedades mercantiles, constituye apenas un medio de conveniente identificación para las civiles, y como para las personas físicas, no es esencial para el reconocimiento de su personalidad jurídica. Tales sociedades tienen existencia para el derecho desde que, supuestas las condiciones generales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, concurren a la formación los requisitos específicos de que trata el Código Civil".

En cuanto al **domicilio**, las sociedades tanto civiles como las mercantiles, debe señalarse en el mismo contrato social y nada impide para que posteriormente adquieran nuevos domicilios, sobre todo en el caso de establecer agencias o subsidiarias (Art. 4 de la Ley de Compañías). Toda compañía que se constituya en el Ecuador tendrá su domicilio principal dentro del territorio nacional (Art. 5). Nada impide que tenga domicilios especiales y secundarios en el extranjero, para actividades concretas que allí se desarrollen.

Para que las compañías extranjeras puedan actuar **habitualmente** en el Ecuador o se dediquen a ejecutar obras públicas, prestar servicios públicos, explotar recursos naturales o recibir concesiones, están obligadas a "domiciliarse", es decir, adquirir domicilio en el país (Art. 6 de la Ley de Compañías).

El punto relativo a la **nacionalidad** de las sociedades es objeto de muchas controversias, y se han presentado diversos criterios para determinarla: el lugar de la organización; las leyes que rigieron la constitución de la sociedad; el lugar del centro principal de los negocios, o el del domicilio de los

organismos o personas que tienen el mayor poder de la sociedad, la nacionalidad de la mayoría de los socios, etc. En el plano del Derecho Internacional Privado, se han establecido normas en varios tratados, como el que aprobó el Código Sánchez de Bustamante. También hay doctrinas que niegan la nacionalidad de las personas jurídicas en general y de las sociedades en concreto. Nuestra Constitución de la República hace expresa referencia a las personas jurídicas "nacionales o extranjeras", admitiendo por consiguiente esta clasificación (Art. 15). La Ley de Compañías trata ampliamente de las dos clases de compañías, estableciendo requisitos, derechos y deberes peculiares para unas y otras. El Código Civil no hace esta distinción, pero parece evidente que no se ha de soslayar la existencia de ella, y se ha de regular de conformidad con los tratados internacionales y, a falta de ellos, por la doctrina y la aplicación analógica de las normas comerciales.

28.5. Elementos esenciales de la sociedad

Los elementos esenciales aparecen en la definición y en los puntos que preceden, pero se sintetizan en este lugar. Se debe considerar que **no hay sociedad** si falta uno o más requisitos esenciales. Según las disposiciones legales, la doctrina y la jurisprudencia, esos elementos son los siguientes:

1. Reunión de dos o más personas que se proponen un fin común de manera estable.

2. Aportaciones apreciables en dinero.

3. Obligación de dividir entre los socios las utilidades y las pérdidas.

El artículo 1959 dice: "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciables en dinero.

Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios.

No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero".

El contrato social puede introducir múltiples variedades en la forma de cumplir estos requisitos, pero no los puede suprimir. Así, las **aportaciones**, además de consistir en dinero, efectos o industria, se pueden entregar instantáneamente, al comenzar la sociedad, en todo o en parte, o bien se pactará su entrega en determinados plazos, incluso por cuotas periódicas a lo largo de la existencia de la sociedad; si se trata de cosas materiales, cabe la entrega de la propiedad o bien la del mero uso o usufructo, etc.

Los socios pueden obligarse a realizar determinados aumentos de capital, o a nuevas aportaciones en ciertas circunstancias (por ejemplo, previendo el crecimiento de los negocios o el establecimiento de nuevas sucursales, etc.). Si no existiere ese pacto, no se podrá obligar a un socio a realizar nuevos desembolsos, no previstos y si una mayoría estuviere de acuerdo, el socio disconforme tiene la opción de retirarse.

Las aportaciones deben ser **reales**, no simuladas o simplemente imaginarias, puesto que en ese caso, también la sociedad sería fantástica. Así, la aportación de industria supone capacidad legal de desempeñar actualmente o en un próximo futuro la correspondiente actividad profesional, artesanal o del oficio; hay labores, como las de los médicos, abogados y otros profesionales que no se realizan legalmente sin tener el debido título; otras actividades, requieren permiso o concesión, como sucede con explotaciones mineras, transportes, etc. La carencia e imposibilidad de conseguir estas facultades de actuación legal, harían nulo el aporte y la misma sociedad si depende totalmente de él.

Los bienes constituidos en **patrimonio familiar**, según dispone el artículo 840, "no podrán ser objeto de división, comodato, sociedad, renta vitalicia ni anticresis, sino de acuerdo con este Título" (que es el XI del Libro II). No se trata, pues, de una prohibición absoluta de enajenar, sino que se requiere la intervención del Juez para dar el permiso correspondiente, probada la conveniencia del acto. Podría, eventualmente, concederse tal permiso para que se aporte el patrimonio familiar para constituir una sociedad, siempre que se reemplacen los bienes aportados, por otros, para que se conserve íntegro el patrimonio familiar, según el artículo 851 numeral 4º. En cambio, la constitución de sociedad, con aporte de bienes del patrimonio familiar, sin subrogarlos, solamente parece posible en la aparcería, aplicando el artículo 841. Este permite contratar aparcería, con autorización

judicial, por causas de necesidad o conveniencia calificadas con audiencia del ministerio público.

Hay que considerar también lo relativo a las cláusulas que **limitan** las ganancias o excluyen de la responsabilidad por pérdidas; lo esencial es solamente que debe haber participación en las utilidades y en las pérdidas. Borda señala que es lícita la cláusula que priva a uno de los socios de su derecho a la participación en las ganancias, cuando los gastos, por culpa suya, han excedido cierta proporción. Igualmente, es posible descargar a uno de los socios de cierta parte de la responsabilidad por las pérdidas; esto es frecuente en el caso del socio industrial.

En cuanto al carácter **lucrativo**, algunos extreman la exigencia, en el sentido de que se requiere necesariamente que se establezcan dividendos o utilidades en dinero; pero puede admitirse que hay sociedad también cuando los socios reciben ventajas de índole económicas y apreciables en dinero, aunque consistan directamente en el uso o disfrute de una cosa.

Algunos consideran como elemento esencial, que la sociedad cuente con **órganos**, ya que sin cierta estructuración, resultaría imposible la vida jurídica de la sociedad y sería más bien un aglomerado informe de personas. Pero, no se requiere que el contrato social necesariamente precise cuáles han de ser esos órganos, y el derecho prevé la forma de la administración de las sociedades que no hayan previsto expresamente este punto, como se verá al tratar de la administración.

Tampoco considero que se pueda incluir entre los elementos esenciales la "***affentio societatis***", como piensan ciertos autores y se ha recogido, por ejemplo en una sentencia de la casación colombiana. Efectivamente, esta voluntad de formar la sociedad, es más bien el contenido esencial del consentimiento que han de dar los socios, y éste se comprende, dentro de los requisitos esenciales de cualquier negocio jurídico, aunque tenga algún matiz especial en el caso de la sociedad.

28.6. Requisitos de validez del contrato de sociedad

Los requisitos de validez del contrato de sociedad son los generales de todos los contratos; se requiere: capacidad de las partes, consentimiento sin

vicios, objeto y causa lícita y forma adecuada. Sin embargo, hay algunas peculiaridades que observar en el caso concreto de este contrato.

Como la sociedad implica un aporte de cada socio, éstos han de tener **capacidad de disponer** de sus bienes, de enajenarlos o gravarlos; aún el que solamente contribuirá con su industria, aporta bienes que de otro modo le pertenecerían: el producto de su trabajo.

Quienes están bajo tutela, curaduría o patria potestad, solamente pueden actuar válidamente con la autorización de su representante legal, o por medio de él. Pero los guardadores no tienen facultad de enajenar o gravar libremente los bienes del pupilo, si son inmuebles o preciosos (Art. 418), sino que deben obtener licencia judicial. Por otra parte, tampoco pueden libremente los representantes legales, realizar negocios en los que ellos mismos tengan interés o lo tengan "sus socios de comercio", según dispone el artículo 437; necesitan autorización de los otros guardadores, si los hay, o del Juez. Esta disposición transparenta la analogía existente entre lo vínculos familiares y los que crea la sociedad, ya que de la misma manera que se prohíben los actos en que tenga interés el cónyuge o los parientes del guardador, se prohíben también respecto de su socio. Se alega que en el caso de la sociedad no hay contraposición de intereses entre los socios, sino más bien la voluntad conjunta que tiende a un propósito participado por ellos, pero esto no quita que el aporte de cada uno suponga un desprenderse de algo, y por lo mismo parece que el representante legal no podrá hacerlo libremente en nombre de su pupilo, sino que ha de contar con la **autorización** que pide la ley.

En el derecho español, como enseña Diez-Picazo se prohíben las sociedades entre personas que no pueden hacerse donaciones, para evitar que estas donaciones se realicen en forma simulada, bajo la apariencia de sociedad. En España se prohibían las donaciones entre cónyuges hasta una reforma del año 1981, por tanto, en ese país ya no hay dificultad de que se forme una sociedad en la que intervengan los cónyuges. Otros autores españoles, como Puig Peña opinaban que no podían celebrarse contratos de sociedad entre los cónyuges, por el peligro de que desvirtuaran el régimen matrimonial de bienes o alteraran las capitulaciones matrimoniales; Castán, sin embargo era favorable a la celebración de estos contratos y De Buen consideraba que eran posibles en el régimen de separación.

En el Ecuador también se prohibía todo contrato **entre los cónyuges**, excepto el de mandato, pero la reforma contenida en el artículo 51 de la ley 43 del año 1988, que en forma confusa prohíbe celebrar contratos entre los cónyuges (salvo el de mandato), pero a la vez les permite celebrarlos, si es mediante capitulaciones matrimoniales. Hoy, el artículo 218 dice: "Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato, los de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el artículo 142 de este Código, y capitulaciones matrimoniales; no obstante, en caso de separación de bienes, podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad".

Por lo menos para ciertas sociedades se han establecido limitaciones a la capacidad de contratar de los **extranjeros**: no se les consiente formar sociedades para poseer o explotar bienes raíces o concesiones en zonas de seguridad nacional, como dispone el artículo 15 de la Constitución de la República de 1998.

En materia de **vicios del consentimiento**, el contrato de sociedad implica la peculiaridad de que el error en cuanto a la persona con quien se celebra, produce la nulidad, porque es un contrato "*intuitu personae*", es decir, que se toma en consideración fundamentalmente con quien se hace la sociedad. Esto plantea el problema de los socios simulados o "testaferros": si realmente no es dueño de las cosas aportadas el que aparece como socio, y si la persona que se oculta tras de él, va a ser quien realmente perciba las utilidades, esta simulación viciaría el consentimiento de los socios engañados. Pero resultará muy difícil probar la simulación si se trata de aporte de dinero, puesto que el socio aportante bien puede obtener el dinero por un préstamo, y en este caso no se podría impugnar la validez del contrato.

Con acierto señala Borda que, en caso de **simulación**, los consocios si conocen la condición del falso socio, no pueden reconocerle ningún derecho; si la ignoraban, pueden demandarle a él o al verdadero socio. Los terceros tienen frente a él todos los derechos y obligaciones como si realmente fuera socio, porque la simulación no tiene por qué perjudicarles.

Algunos, consideran necesaria la "affectio societatis". Si hemos de entenderla como la real voluntad de obligarse como socios, indudablemente esto se requiere al momento de contratar la sociedad; pero sería muy raro que

alguien pueda demostrar que lo que se propuso era algo distinto de la constitución de la sociedad. Tal vez, si dados los términos confusos, obscuros, de un contrato, se alega que falta la determinación de formar una sociedad, nos hallaríamos ante un defecto de consentimiento por falta de dicha "affectio societatis". Esta consideración de la motivación de las partes, tiene importancia sobre todo, cuando el contrato puede interpretarse como origen de otras relaciones que no sean las de sociedad, por ejemplo, las de mandato o las de trabajo subordinado.

El **objeto** del contrato de sociedad consiste en el lucro que se ha de repartir entre los socios. Pero esta utilidad se debe obtener mediante acciones o negocios, los cuales se consideran como el objeto más específico y estos medios deben ser determinados y lícitos.

La **determinación** del objeto concreto de la sociedad se exige más apremiantemente en la Ley de Compañías, tanto en el artículo 78 para los efectos de la inscripción en el Registro mercantil, como en el artículo 144 a propósito del nombre de las compañías anónimas, y sobre todo en el artículo 150 que exige que en la escritura de fundación figure "el objeto social debidamente concretado". No encontramos esta exigencia en las sociedades civiles, pero, si en el pacto constitutivo se ha determinado un objeto preciso, no se podría después cambiarlo sino con la anuencia de todos los socios, por lo que dispone el inciso 3° del artículo 1958: "La unanimidad es necesaria para toda modificación sustancial del contrato, salvo en cuanto el mismo contrato estatuya otra cosa".

Esa actividad determinada a la que se dedicará la sociedad, naturalmente, tiene que ser **lícita**. La asociación para el delito, está tipificada como un delito en el 369 del Código Penal, además de que se definen otras figuras delictivas que suponen cierta asociación de personas en varios otros artículos, principalmente: 118, 131, 221, 222, 363, 364 y 404.

Sin llegar a constituir delitos, se dan determinadas **actividades que no están protegidas** por el derecho y que, por atentar de alguna manera contra el bien común, tampoco pueden ser objeto del contrato de sociedad, tal sería el caso de una casa de tolerancia o de asociación para conseguir un monopolio (sin llegar al extremo previsto en los Arts. 363 y 364 del Código

Penal), o para realizar contrabando en otro país (en el Ecuador sí sería delito), etc.

Finalmente, hay ciertas **prohibiciones de índole civil**, que harían igualmente ilícito el contrato de sociedad. En este orden estaría la aportación de una herencia o legado futuros, que no son susceptibles de convención. A diferencia de otros sistemas jurídicos, el ecuatoriano prohíbe las sociedades universales, excepto entre cónyuges.

Dice así el artículo 1960: "Se prohíbe toda sociedad a **título universal**, sea de bienes presentes y venideros, o de unos u otros.- Se prohíbe así mismo toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges.- Podrán, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos".

Habría objeto ilícito en la sociedad a título universal, en los términos del artículo trascrito. Esta prohibición tiende a **velar por la libertad** de las personas, ya que una sociedad de ese tipo, supondría una privación de la libertad concreta de disponer de todo bien; solamente en la unión matrimonial se permite esta unión tan amplia de bienes, y aún en el casamiento, los cónyuges conservan ciertos bienes personales y la sociedad que se forma entre ellos está regida por normas especiales.

Permite el artículo 1960 "poner en sociedad cuántos bienes se quiera, especificándolos". Esta norma parece que debe interpretarse como referida solamente a los **bienes presentes**, ya que si fuera aplicable también a los futuros, caeríamos en una sociedad universal; los bienes futuros difícilmente pueden especificarse, o solamente se podrán especificar algunos, pero nunca todos, ya que es imposible prever cuanto puede llegar a adquirir una persona por los diversos modos y títulos. No valdría, evidentemente una especificación genérica (como decir: los bienes que adquiera mediante el trabajo), sino que, para dejar a salvo la libertad, tendría que señalarse en concreto, por ejemplo, los bienes que figuren en un inventario de cosas que se tiene la intención de comprar, o el fruto de un determinado servicio profesional, artesanal, etc., por cierto tiempo.

En sistemas, como el español, que permiten la sociedad universal, los bienes aportados entran a la sociedad por el **título** de aportación, y según

algunos autores, también el **modo de la transferencia** del dominio sería la constitución de sociedad y así pasarían los bienes por una sucesión que no es hereditaria. En el Ecuador, el título, indudablemente es el de aportación a la constitución de sociedad, el contrato, pero el **modo** de transmisión del dominio tendría que ser necesariamente la tradición, que en el caso de inmuebles se realiza por la inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta es otra razón para no admitir entre nosotros otra sociedad universal fuera de la conyugal: los bienes deben entregarse individualmente considerados y si son inmuebles, mediante la inscripción de cada uno en el respectivo Registro, el del cantón en que estén situados.

La **causa** jurídica del contrato de sociedad consiste en el lucro destinado a repartirse entre los socios. Ya hemos anotado que si falta esta finalidad fundamental, se desvirtúa el contrato de sociedad y por esto se excluyen las cláusulas leoninas que afectarían a la causa, reservando exclusivamente la utilidad para alguno o algunos y excluyendo a otros, o cargando las pérdidas solamente sobre determinado socio. Si la falta total de causa produce la inexistencia (o surge otra relación jurídica, como la de donación), los defectos mencionados de causa, traen consigo la nulidad.

En cuanto a la **forma**, históricamente la sociedad ha sido un contrato **consensual**, que no exige forma específica y puede pactarse incluso verbalmente. Las dificultades de prueba cuando no hay una escritura, han impulsado una evolución hacia la exigencia de formas solemnes. En las sociedades comerciales el formalismo llega al extremo, puesto que se procura asegurar, frente a terceros, la estructura y estabilidad del sujeto con el que se comercia, y así se exige normalmente escritura pública e inscripción, además de publicaciones de aviso al público y aprobaciones de índole administrativo o judicial. En el plano civil no se llega a tanto, pero siempre que se aportan bienes inmuebles, se ha de hacer escritura pública y se debe inscribir, y para los efectos probatorios, en los demás casos, se requerirá un principio de prueba por escrito siempre que la cuantía sea superior a la prevista en el artículo 1727 (ochenta dólares de los Estados Unidos de América).

Las sociedades civiles anónimas se rigen necesariamente por las reglas del Derecho mercantil, y tendrán que cumplir todos los requisitos de forma establecidos en la Ley de Compañías, las demás, bastará que se hagan por

escrito y se inscriban cuando hay inmuebles, pero bien pueden los socios escoger mayores solemnidades y acogerse para ello a las exigencias comerciales.

Una sentencia de casación de Colombia afirma que siempre que se trate de una sociedad anónima, sea civil o comercial, la ley requiere instrumento público, o copia del extracto de ese instrumento y de los estatutos, para comprobación de su existencia.

Si se ha **pactado celebrar escritura pública** en cierto plazo, y no se cumple, no hay sociedad. El dinero entregado por un futuro socio debe ser devuelto.

Hay obligación de celebrar escritura pública para la unión de dos o más sociedades. Una sentencia ha declarado sin embargo que la falta de esta solemnidad no impide el convenio privado entre los socios, que surtirá pleno efecto jurídico entre ellos y debe cumplirse de buena fe, sin que la prescindencia de la escritura pueda ser alegada por alguno de los mismos socios en provecho suyo.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido que se contrae verdadera sociedad con el mero consentimiento, sin especiales formalidades, pero, cuando la ley exige escritura y otras solemnidades, si no se cumplen, se produce solamente una sociedad de hecho.

28.7. La sociedad de hecho

Acabamos de mencionar que la falta de la forma exigida en ciertos casos por la ley, produce el efecto de la nulidad del contrato de sociedad propiamente dicha, pero admite la sociedad de hecho con ciertos efectos.

La sociedad de hecho puede surgir en **varias circunstancias**, sea como un fenómeno inicial de las relaciones entre varias personas, sea al finalizar una sociedad regularmente constituida. Precisamente una de las explicaciones doctrinales sobre la situación de la sociedad que termina y aún no se liquida, considera que se produce una sociedad de hecho, y así lo han admitido algunas sentencias.

A veces se llama sociedad de hecho a la que **no consta por escrito**; pero propiamente, no es así, si no se requería tal constancia escrita, simplemente es una sociedad en la que el elemento consensual ha bastado para su constitución, aunque presente dificultades probatorias. Así, una sentencia declara: "Dos personas convinieron en poner juntos una bomba de gasolina y repartirse las ganancias, esta es una sociedad y se formó de hecho: la prueba consta en varias comunicaciones y gestiones administrativas para conseguir el permiso de funcionamiento; estos documentos privados, no impugnados, prueban la existencia de la sociedad y se deben aceptar como prueba idónea y fehaciente de la sociedad".

El reconocimiento de la **unión libre** y su equiparación en muchos aspectos al matrimonio, ha determinado que entre los concubinos se establezca una sociedad de bienes como la sociedad conyugal; pero resulta imposible llevar esta equiparación hasta los extremos, puesto que se trata de dos situaciones totalmente diversas: el matrimonio es un contrato solemne, y la unión libre precisamente carece de toda forma; el matrimonio es la base jurídica de la familia regularmente establecida, y la unión libre da origen a una familia irregular e inestable. Tales uniones ilegítimas, producen, pues, una situación anómala y poco definida, en la que será muy difícil la prueba de los diversos elementos: cuando comenzó y terminó, qué bienes se aportaron, qué obligaciones incumben a ambos socios, qué deberes recíprocos y frente a terceros tienen, etc. La jurisprudencia no ha logrado aún líneas claras sobre el complicado sistema introducido en el Ecuador con poca meditación previa del Legislador.

El artículo 1961 dispone: "Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes.- Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto por el Código Penal".

Por consiguiente, la sociedad de hecho no puede producirse sino por defecto de otros elementos necesarios para la validez, y éstos son la capacidad, el consentimiento sin vicios y la forma. Lo más frecuente será que exista un defecto de forma.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

El derecho procura, de todas maneras, **proteger la autonomía de la voluntad** privada, siempre que no vaya contra el orden público, la moral o las buenas costumbres; por esto el artículo trascrito hace referencia a la posibilidad de que el pacto irregular funcione, produzca efectos, como donación u otro contrato.

Ahora bien, si la figura jurídica se presenta con caracteres tales que no puede encuadrarse ni en el esquema propio de la sociedad, ni en el de la donación u otro contrato, es evidente que **deba terminar**. El Código reconoce a los falsos socios el derecho de "pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes". Este punto ha sido discutido por la doctrina, puesto que, por una parte, nadie puede sacar ventaja o beneficiarse de su propia acción ilegal, por otra, se observa, que si no se liquidan los negocios realizados, la injusticia puede resultar mayor, ya que todo quedará en manos del que arbitrariamente se haya apoderado de las cosas. La solución de nuestro Código, sigue esta segunda tendencia, que parece más equitativa que la primera.

No se dice, en cambio, nada sobre la **relación con terceras personas**. Si no hay sociedad, no se puede concebir que se reclamen derechos frente a terceros, pero éstos resultarían perjudicados, si no pudieran hacer valer de alguna manera sus créditos. La solución consiste en considerar a los falsos socios como obligados solidariamente frente a terceros, siempre que éstos no hayan obrado dolosamente; se protege así la buena fe de terceras personas que contratan con una sociedad aparente y no real. Pero no se confiere a los terceros el poder de solicitar la liquidación de la sociedad de hecho, esta facultad se reserva a los socios.

Una sentencia de la Corte Suprema dice: "Constando que una sociedad colectiva ha existido de hecho, todos los socios y cada uno de ellos, están sujetos solidariamente a cumplir las obligaciones que de dicho acto provienen".

Otro interesante caso de sociedad de hecho se ha producido, complicado con un cambio en la legislación. La sentencia dice: "El actor y la demandada están de acuerdo en la existencia de una sociedad agrícola de hecho, que formaron en enero de 1974, mediante contrato verbal, para la explotación de una hacienda. La divergencia surge en cuanto al tiempo de duración, ya

que el demandante asegura que fue por cuatro años, y la demandada, que solamente fue por un año. Mas las sociedad en predios rústicos que se formaron amparadas en el artículo 94 de la Ley de Reforma Agraria Nº 1430 del 11 de julio de 1964, se disolvieron de pleno derecho, por la disposición transitoria 5ª de la nueva ley vigente desde 1974, precepto que consta en la codificación de la Ley de Compañías, en la disposición transitoria 3ª. Por consiguiente, atenta esta disposición legal, no cabía que se constituyan sociedades de esta especie, ni aún en la forma que permitía la primera mencionada ley, mucho menos en el caso que nos ocupa, a lo que se añade, analizada la prueba del mismo actor, que la sociedad que constituyeron los litigantes, no era ni siquiera una sociedad agrícola, sino simulada ya que en el fondo lo que existió fue un contrato de aparcería como lo evidencian los aportes realizados, pues la demandada proporcionó la hacienda y el actor el trabajo, para dividirse la producción. La verdad es que de una u otra manera, contravinieron los preceptos de la Ley de Reforma Agraria, produciendo la nulidad del convenio según mandato del artículo 115 del referido cuerpo de leyes y que, por lo mismo, no puede, ni pudo generar derechos para ninguna de las partes".

Encuentro también muy interesantes las siguientes dos sentencias de la casación Colombiana: "Es un error considerar que primero debe declararse la nulidad para proceder a la liquidación, puesto que la sociedad de hecho es reconocida por la ley, sin el cumplimiento de formalidades, no puede declararse nula, sino que cada aportante puede en cualquier momento hacer terminar la situación de hecho y pedir la liquidación". "De la actividad en común no puede deducirse la existencia de una sociedad de hecho, si no se reúnen las siguientes condiciones: 1. Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2. Que ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios. 3. Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos con respecto a los otro, en contrato de arrendamiento de servicios, de mandato o cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba sueldo o salario, y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control, y en la supervigilancia de la empresa; y, 4. Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades, encaminadas a obtener beneficios". Esta segunda sentencia resume muy bien los requisitos para

que una sociedad se considere de mero hecho, y nos introduce al examen de las figuras análogas a la sociedad.

28.8. Figuras jurídicas análogas a la sociedad

El artículo 1961 insinúa la existencia de estas otras relaciones jurídicas que podrían confundirse con la sociedad o en las que puede derivar la sociedad que no cumple algún requisito. En este artículo se menciona expresamente la **donación** y los otros contratos. Efectivamente, si algún socio no estuviera obligado a alguna aportación, o se estableciere que tiene derecho a una parte mayor en las utilidades que la que corresponde a su aportación, o si se le exonerara de toda participación en las pérdidas o se le impusiera una obligación proporcionalmente menor a la que le corresponde, en todos estos casos, se le está haciendo una donación más o menos encubierta.

Hay que distinguir dos situaciones con relación a lo que se acaba de decir. Si se exonera **totalmente** de la aportación, se reserva totalmente las ganancias a un socio o se le libera de toda responsabilidad por pérdidas, no hay sociedad, porque se desvirtúa su carácter de contrato oneroso y degenera en contrato gratuito, en una forma de donación. En cambio, si solamente se concede alguna preferencia, entonces sí hay sociedad y además un acto de munificencia; no se desvirtúa la sociedad, pero un socio adquiere una situación privilegiada y en cuanto es tal, recibe un beneficio gratuito, una especie de donación adicional.

Otra serie de contratos muy semejantes a la sociedad, son los de **asociación.** Innumerables iniciativas, generalmente muy valiosas para el bien común, se plasman en asociaciones con fines religiosos, benéficos, educativos, culturales, deportivos, artísticos, científicos, literarios, técnicos, profesionales, laborales etc. Las personas que se asocian no persiguen fines lucrativos, pero pueden desarrollar en común una ingente actividad civil y comercial, con todo género de operaciones y actos o contratos.

Las asociaciones pueden tener utilidades, pero **no las reparten** entre los asociados, sino que las destinan a sus finalidades específicas de carácter altruista. Esto no impide que los mismos asociados reciban algún beneficio indirecto, por ejemplo, su elevación cultural, social, etc., pero no son nunca partícipes de utilidades: no tienen derecho a las ganancias de la asociación.

En caso de liquidarse la asociación los bienes, tanto de capital, fruto de las aportaciones de los socios, como las ganancias, se deben destinar a los fines de la respectiva asociación, disponiendo de ellos la misma asociación o interviniendo la autoridad para asignarlos a otra institución similar.

Las asociaciones se conforman en el plano civil, generalmente, como **corporaciones** o **fundaciones**, y se rigen por el Título XXX del Libro I del Código Civil.

Otras asociaciones, igualmente **sin finalidades de lucro**, se encuadran en disposiciones de **derecho especial**. Para las de índole **religioso**, rige el Modus Vivendi, celebrado el 24 de julio de 1937 entre el Ecuador y la Santa Sede, y el Decreto Supremo 212, promulgado en el Registro Oficial del 23 de julio del mismo mes y año. Estas sociedades, tienen un estatuto mixto, que las sitúa entre las personas jurídicas públicas y las privadas; a veces se les denomina "personas jurídicas de derecho privado y de utilidad pública"; así decía la Constitución de 1946 y ha perdurado la denominación en algunas disposiciones legales y en la práctica administrativa y jurisprudencial.

Igualmente, son instituciones de derecho especial las asociaciones **corporativas, las mutualistas, los sindicatos, los partidos políticos, las comunas indígenas** y otras. Todas ellas, como las anteriormente citadas, tienen en común el no repartir utilidades entre sus miembros, y en esto se diferencian de la sociedad propiamente dicha. En el caso de las cooperativas y mutualistas, hay beneficios que se reservan a los socios, pero que no son propiamente "dividendos" o "participación en las ganancias"; por ejemplo, obtienen objetos a menor precio, consiguen préstamos baratos, vivienda en condiciones asequibles a una economía pobre, etc.

Algunas asociaciones tienen **carácter internacional**, como por ejemplo, la Cruz Roja, pero adquieren personalidad jurídica organizándose en el país y sometiéndose al derecho interno, sin perjuicio de lo que les es aplicable del Derecho Internacional.

Las **diferencias** fundamentales entre la asociación y la sociedad se pueden resumir en lo siguiente: 1. No reparten beneficios; 2. No se disuelven por la muerte de un asociado; 3. Se admite la libre renuncia de los miembros; 4.

Se puede excluir a los miembros, con mayor facilidad que en la sociedad; 5. Es más fácil reformar los estatutos; 6. En la liquidación no se distribuye el patrimonio entre los asociados.

La situación de **indivisión**, presenta notable analogía con la sociedad, pero, como observaba Pothier, la diferencia radica en el origen contractual de la sociedad, mientras que la indivisión nace de simples hechos o de actos ajenos a la voluntad de los implicados, por ejemplo, los herederos reciben los bienes del causante a la muerte de éste, y son titulares en común de todos ellos. Sin embargo, la indivisión puede resultar también de un acto contractual, como sucede si varias personas compran conjuntamente una misma propiedad. Planiol define la indivisión como un estado inorgánico, por el que "se pasa", con miras a dividirse los bienes, mientras que la sociedad es un "estado buscado" y organizado, para lucrar gracias a la unión.

El cuasicontrato de **comunidad** se diferencia profundamente de la sociedad, bajo muchos aspectos, pero principalmente, en cuanto a la posibilidad de disponer de la cosa común. Si una cosa es común a dos o más personas pro indiviso, cada una de ellas puede vender su cuota aún sin el consentimiento de las otras, como lo establece el artículo 1751; en tanto que, el socio no puede vender su cuota, ya que equivaldría a la renuncia de su calidad de socio, lo que sólo se permite con notificación a los otros socios, quienes pueden o no, aceptar la renuncia, como dispone el artículo 2013 (salvo el caso de las sociedades anónimas). La comunidad se define como un cuasicontrato (Art. 2204), mientras que la sociedad es un contrato.

El artículo 2205 dispone que "El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios sobre el haber social". Esta equiparación parece absoluta y determinaría una asimilación de la comunidad a la sociedad; pero, hay que tomarla con la debida limitación, puesto que el parágrafo 3° del Título XXXII establece las normas propias del cuasicontrato de comunidad, y allí se regula lo relativo al pago de deudas, a los intereses de sumas retiradas por los comuneros, a la contribución para obras y reparaciones, a los frutos y a las prestaciones a que están obligados los comuneros, así como las causas de terminación de la comunidad y la división de los bienes y en mucho se siguen las reglas para la división de los bienes hereditarios; por todo esto, y por otras disposiciones como la mencionada en el párrafo anterior, la analogía entre comunidad y

sociedad no es tan amplia como insinúa el artículo 2205. Estamos en el caso de una remisión por la cual se han de aplicar a la comunidad, ciertas normas propias de la sociedad; así se ha entendido en algunas sentencias.

La diferencia entre la sociedad y algunos contratos de **arrendamiento de servicios** y con otros contratos comerciales como el de comisión, se estudiaron en el capítulo anterior. La jurisprudencia ha aclarado que no basta el aporte en dinero o en servicios para que exista sociedad, si además no concurren las otras circunstancias propias del contrato de sociedad; al contrario, la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero puede ser remunerado dentro de un contrato distinto, como el de comisión, ya por un precio fijo, ya por una eventual ganancia en el negocio, y no por esto se convierte en sociedad.

La **aparcería** participa de la naturaleza del contrato de arrendamiento y a la vez del de sociedad. Así, el artículo 1925 establece que el colono no puede pedir rebaja del canon de arrendamiento en los casos de deterioro o destrucción de las cosechas, excepto "el colono aparcero, pues, en virtud de la especie de sociedad que media con el arrendador y él, toca al primero una parte proporcional de la pérdida que por caso fortuito sobrevenga al segundo". La participación en las pérdidas resulta ser de lo más característico de la sociedad, y en el caso de la aparcería, esta participación en las pérdidas, la asimila a la sociedad, aunque el Código trata de la aparcería en el Título del arrendamiento.

28.9. Efectos de la nulidad frente a terceros

Es preciso distinguir las **causas de nulidad** del contrato de sociedad para apreciar sus efectos frente a terceros. Si la nulidad proviene de objeto o causa ilícitos, es evidente la violación de la ley y no puede nacer de ella ningún derecho, en cambio, otras causas de nulidad pueden ser desconocidas, inculpablemente, por parte de terceros, y entonces merecen protección por su buena fe.

Ya hemos expuesto que la sociedad de hecho, no siempre se ha de considerar como una sociedad nula, sino, al contrario, como una sociedad que surge sin formas solemnes pero tiene validez en cuanto a las relaciones entre los socios, y, en muchos aspectos también frente a terceros, quienes

pueden hacer valer sus derechos. De forma parecida, la sociedad nula, **no puede perjudicar a terceros de buena fe**; así se establece en el artículo 1962: "La nulidad del contrato de sociedad no perjudica las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados, por las operaciones de la sociedad si existiere de hecho".

En el texto trascrito hay un tanto de imprecisión en cuanto se habla de la "nulidad del contrato", pero se considera a la vez "la sociedad si existiere de hecho". Ya hemos dicho que la sociedad de hecho no es necesariamente una sociedad nula, y que el derecho la reconoce en ciertos casos; pero es verdad que también la sociedad nula puede haber funcionado "de hecho", es decir, puede haber contraído obligaciones, al menos aparentes, y estas obligaciones significan derechos de acreedores, cuya buena fe protege el sistema jurídico. Por esto, los terceros pueden intentar acciones "contra todos y cada uno de los asociados", como si fueran deudores solidarios.

Explica La cruz que la sociedad que llama "irregular", tiene eficacia plena en cuanto a las relaciones internas, esto es, en cuanto a las deliberaciones y gobierno de la sociedad *ad intra,* así como las obligaciones de aportar y la distribución de los beneficios. En el aspecto externo, frente a terceros, los socios no pueden hacer valer la existencia de la sociedad, pero sí a la inversa.

Borda opina que los socios que forman una sociedad ilícita no tienen acción entre ellos para pedir la división de las ganancias o pérdidas de capitales o cosas que aportaron. Pero otros autores piensan que es más injusto dejar en manos de alguno, que repartir equitativamente la ganancia. El argumento de Borda consiste en que el que contrata ilícitamente no merece la protección del Estado. El caso de los terceros de buena fe es distinto: ellos no han intervenido en el contrato ilícito y por esto son protegidos. Ahora bien, si los terceros han obrado a sabiendas de la asociación ilícita, ya no estarían de buena fe ni merecerían la protección jurídica.

Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad irregular, frente a terceros; pero los terceros de buena fe sí pueden alegar contra los socios dicha existencia de una sociedad y los socios no podrían oponer la excepción de nulidad, porque nadie puede fundarse en su propia falta para alegar un derecho. El tercero de mala fe no tiene ni acción ni excepción. La solu-

ción dada por nuestro Código, sigue estas líneas de la doctrina y por esto, responsabiliza a los socios, como si fueran deudores solidarios, de modo que los terceros de buena fe pueden perseguir sus créditos, sea demandando a uno o varios socios, o bien demandando a la falsa sociedad.

29. De las diferentes especies de sociedad

29.1. En atención al contenido de las aportaciones: si los socios aportan todos los bienes sería la sociedad **universal**; si se aportan determinadas especies, dinero o servicios limitados, la sociedad es **particular**. Queda dicho que en el Ecuador solamente se admite la sociedad universal entre cónyuges. Los herederos, antes de la partición, están en un estado similar, análogo al de la sociedad, pero que más bien se califica de comunidad o indivisión.

29.2. Siguiendo el análisis del objeto social, se suelen subdividir las sociedades particulares en tres categorías: 1. *Unius rei,* de una sola cosa que se pone en común para explotarla y dividirse las utilidades, por ejemplo una casa que se construye con este objeto mediante la aportación de capitales de varias personas, o un artefacto elaborado por el trabajo de varios y que se destina a la explotación en común. 2. *Negotiationis alicuius,* para cierta empresa como realizar una urbanización, exportar los frutos de una hacienda, etc. 3. Para el ejercicio de un arte o profesión, poniendo en común talentos o servicios, por ejemplo los de un conjunto de abogados que trabajan en el mismo bufete y se reparten los honorarios percibidos, o la compañía teatral en la que se conjugan las actuaciones de diversos actores. Esta subclasificación no presenta mayor utilidad práctica, y solamente permite considerar la variedad de ámbitos de aplicación del derecho societario.

29.3. Clasificación de mucha importancia es la que se funda en la naturaleza de los actos, contratos o negocios a que se dedicará la sociedad, que da origen a las sociedades **civiles o comerciales.**

Ciertamente que la clasificación en civiles y comerciales, se plantea en algunos sistemas jurídicos desde un punto de vista diferente: no el objetivo que se acaba de señalar, sino el **formal**. Si se conforma observando ciertas solemnidades es civil, y otras formas determinan que la sociedad sea comercial. El sistema ecuatoriano sigue el primer criterio: el **fin** para el cual se

crea la sociedad, la actividad que desarrollará, es la que determina que sea civil o comercial, y según esta calidad, tendrá que cumplir con tales o cuales formas de constitución. Las solemnidades dependen de la naturaleza y no es la naturaleza la que proviene de las formas exteriores del consentimiento.

Tanto el Código Civil, como la Ley de Compañías -que reemplaza casi íntegramente al antiguo título del Código de Comercio sobre las compañías[3]-, siguen el **criterio del objeto u objetivo** concreto de las sociedades, para distinguir las civiles de las comerciales. El artículo 1963 del Código Civil así lo declara y el siguiente artículo incluso, permite que se contrate una sociedad civil, conforme a las normas de las comerciales; a su vez, la Ley de Compañías, califica como mercantiles a las que se forman "para emprender en operaciones mercantiles", y esto se dice en la definición misma de las compañías de comercio, en el primer artículo de la ley, de modo que no queda lugar para duda alguna.

Dice el artículo 1963: "La sociedad puede ser civil o comercial.- Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles". Y el artículo 1 de la Ley de Compañías afirma: "Contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades. Este contrato se rige por las disposiciones de esta ley, por el Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil". Por tanto, los dos textos legales **coinciden** en que la intención de las partes, determina la categoría civil o mercantil, ya que han de establecer en el pacto social a qué se van a dedicar.

---

[3] El Código de Comercio se expidió en 1978 y rigió las compañías de comercio hasta la expedición de la Ley de Compañías, que dejó vigentes en el Código solamente dos artículos sobre las compañías de comercio. La primera Ley de Compañías se expidió por Decreto Supremo 64, promulgado en el Registro Oficial de 15 de febrero de 1964; siguieron numerosas reformas, y se codificó por primera vez en RO del 19 de julio de 1968; la 2a. Codificación se encuentra en RO del 6 de abril de 1971; la tercera, en el Registro Oficial de 28 de julio de 1977. Actualmente tenemos una codificación privada, de la Corporación de Estudios y Publicaciones, de 1999.

Además, las dos normas coinciden en reconocer que **no se aplica exclusivamente** el Código Civil a las sociedades civiles y el de Comercio, o la Ley de Compañías, a las mercantiles; unas y otras, se ajustan a ambas normas, aunque primariamente a la que corresponde a su naturaleza. Para las sociedades civiles, la norma fundamental es el Código Civil, pero en algunos casos se deberá aplicar también el de Comercio, y viceversa, en el caso de las mercantiles. Para ambas, lo que ellas dispongan es también "ley entre las partes".

El artículo 1964 agrega que: "Podrá estipularse que la sociedad que se contrate, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial". Se aplican aquí los dos principios mencionados: la preferencia de la ley adecuada a la naturaleza de cada sociedad, y la **libertad de contratar** lo que las partes consideren más adecuado.

Si se adopta una forma de sociedad **anónima**, ésta se regirá necesariamente por el Código de Comercio o la Ley de Compañías, ya que esta forma se reserva a las compañías mercantiles. Es una sociedad más bien "de capitales" y no "de personas", como corresponde a la naturaleza de las sociedades civiles. El artículo 1968 dispone: "Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas". Debemos entender que no dejan de ser civiles, pero la sujeción primaria a las normas comerciales les asimila a éstas, y en cambio, no se les aplicaría las normas del Código Civil, sino excepcionalmente, en cuanto no se opongan a las comerciales, sino más bien como derecho supletorio.

Las compañías de **economía mixta**, conforme al artículo 311 de la Ley de Compañías, se rigen por las disposiciones de las anónimas, de modo que se asimilan a ellas. Estas compañías se diferencian, no por el objeto, sino por el **sujeto**, ya que intervienen el Estado, las Municipalidades u otras personas jurídicas de derecho público o personas jurídicas semipúblicas.

Las compañías en **comandita por acciones**, tienen un carácter mixto: los socios solidariamente responsables se rigen por las normas de las compañías colectivas, mientras que los socios comanditarios tienen las responsabilidades de los accionistas de una compañía anónima.

También la compañía de **responsabilidad limitada**, es siempre comercial, como lo declara el artículo 93 de la Ley de Compañías. El Código Civil no se refiere en ningún lugar a este género de compañías, ya que cuando se redactó y aprobó, no se conocían, al menos en nuestro país; mucho más tarde se introducen en nuestro sistema jurídico estas compañías y su naturaleza es mercantil. Nada impediría, sin embargo, que quienes se proponen una actividad civil -por ejemplo un grupo de profesionales que desean unir sus trabajos y repartirse las comunes ganancias-, den esta forma propia de actividades comerciales, y se sometan a la legislación de Compañías, aplicando la libertad reconocida por el artículo 1964 del Código Civil.

Por consiguiente, las sociedades civiles a las que se aplica primera y principalmente el texto del Título XXVI del Libro IV del Código Civil, son las **colectivas** y las **en comandita**. Estas dos formas de sociedad existen igualmente en el plano mercantil y las regula para esos efectos la Ley de Compañías, pero las civiles, se rigen en primer lugar por el Código Civil, pudiendo aplicarse las normas mercantiles como supletorias.

29.4. El artículo 1965 reconoce solamente **tres formas** de sociedad civil: la colectiva, la en comandita y la anónima. Como se acaba de decir, esta última se regula por el derecho mercantil, de suerte que quedan únicamente las dos primeras.

El mismo artículo define la **sociedad colectiva** como "aquella en que todos los socios administran por sí o por mandatario elegido de común acuerdo". La forma de administración es, indudablemente importante, pero más aún lo es la responsabilidad que asumen todos los socios, no solamente hasta el monto de sus aportaciones, sino con todo su patrimonio personal: esto debía decirse en la definición.

La Ley de Compañías no define directamente la compañía colectiva, pero en el primer artículo que trata de ella, el artículo 36, dice que "se contrae entre dos o más personas que hacen el comercio bajo una razón social" y agrega después que "sólo los nombres de los socios pueden formar parte de la razón social", esto se explica porque esas personas responden ante terceros por los negocios de la compañía y no deben ser engañados con la inclusión de nombres de quienes no asumen directamente responsabilidad.

La sociedad en **comandita** es aquella en que uno o más de los socios se obliga solamente hasta el valor de sus aportes", dice el siguiente inciso del mismo artículo 1965. Nótese que aquí sí se sigue el criterio de la responsabilidad para caracterizar o definir a este tipo de sociedad.

Con mayor claridad todavía, la definición del artículo 59 de la Ley de Compañías dice que: "La compañía en comandita simple existe bajo una razón social y se contrae entre uno o más socios solidaria e ilimitadamente responsables y otro u otros, simples suministradores de fondos, llamados socios comanditarios cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes". Aparece nítidamente que la razón social implica responsabilidad ilimitada; esto se aplica a los socios solidarios, mientras que los que solamente suministran capital se encuentran en una situación igual que la de los socios de una compañía anónima: solamente responden hasta el monto de sus acciones.

En cuanto a la **sociedad anónima**, se define en el mismo artículo 1965 del Código Civil, como "aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones". También aquí se sigue el criterio de la responsabilidad, lo cual pone más de relieve la deficiencia de la definición de la sociedad colectiva, respecto de la que no se dice lo relativo a la responsabilidad, que habría sido lo más característico y esencial.

29.5. Las diferencias entre las **sociedades civiles** y las **comerciales**, han quedado esbozadas y se resume en los siguientes aspectos: 1. La finalidad, sean negocios de comercio u otras actividades no calificadas como comerciales; 2. El régimen, depende del Código Civil o de las leyes de comercio; 3. Varían las responsabilidades de los socios, como se verá con más detalle en punto siguiente; 4. Las comerciales requieren formas solemnes, que no se exigen a las civiles, aunque éstas pueden libremente adoptarlas; y, 5. Las civiles terminan por muerte de un socio, mientras que las comerciales continúan.

29.6. La libertad de contratación permite dar modalidades muy variadas a la conformación de las sociedades tanto civiles como comerciales. Es legítimo determinar más o menos el fin social, dar mayor o menor flexibilidad al mismo pacto, establecer la forma de organizarse y de administrar los bie-

nes, repartir las ganancias, etc. Pero este amplio margen de variedad jurídica, tiene ciertos límites impuestos para precautelar los intereses de terceras personas y de los mismos socios: en todo debe haber claridad y buena información, ya que si aparece una sociedad con cierto patrimonio y asumiendo tales o cuales responsabilidades, no sería honesto que después se pretenda limitar las obligaciones y deberes de la sociedad. Por esta razón los tres últimos artículos del párrafo 2º, que trata de las diferentes especies de sociedad, contienen algunas prohibiciones: se trata de evitar que se desvirtúen estos tipos de sociedad, pasando de una figura jurídica a otra de manera engañosa. El nombre y la responsabilidad van juntos: el nombre caracteriza a la sociedad y no debe presentarse con una etiqueta lo que corresponde a otra realidad diferente.

El artículo 1966 establece: "Se prohíbe a los socios comanditarios incluir sus nombres en la razón social, y tomar parte en la administración.- La contravención a la una o a la otra de estas disposiciones les acarrea la misma responsabilidad que a los miembros de una sociedad colectiva". En perfecta concordancia con esto, el artículo 59 de la Ley de Compañías califica a los socios comanditarios como "simples suministradores de capital", mientras que los otros socios son "solidaria e ilimitadamente responsables", como sucede en la compañía colectiva. No se puede desvirtuar esta **estructura básica**, introduciendo los nombres de los socios capitalistas en la razón social, ni pueden ellos intervenir en la administración; si lo hicieren, la sociedad se asimila a la colectiva, y les acarrea la responsabilidad solidaria, propia de los socios colectivos. Las normas civiles y comerciales coinciden absolutamente en éste, como en muchos otros aspectos.

La sociedad en comandita no debe **desvirtuarse**, como lo impide el artículo 1966, ya que la intromisión de los que no son socios colectivos, induciría a terceros a posibles equivocaciones, a confiar más de lo debido, por el prestigio, fortuna, etc., de los que sin ser socios colectivos dan su nombre a la sociedad o intervienen en su administración. Si de hecho se produce esta irregularidad, el derecho remedia el abuso, mediante la asimilación de los socios capitalistas a los colectivos, extendiendo a los primeramente nombrados la responsabilidad propia de los socios colectivos. En cambio, en nada perjudica a terceros, que una sociedad colectiva acreciente su activo con la aportación de capitales aportados por uno o más socios comanditarios, que solamente contribuyen con su dinero u otras especies, pero no

intervienen en los negocios directamente. Esto es lo que se establece en el artículo 1967: "Las sociedades colectivas pueden tener uno o más socios comanditarios, respecto de los cuales regirán las disposiciones relativas a la sociedad en comandita, quedando sujetos los otros entre sí y respecto de terceros, a las reglas de la sociedad colectiva".

Por tanto, no se desvirtúa la sociedad colectiva por el hecho de recibir estos capitales que se aportan por otros. La responsabilidad de los socios colectivos sigue siendo la misma, y los terceros resultan beneficiados por el incremento del capital de la sociedad con la que hacen sus negocios. La prohibición implícita en el artículo 1967 es la de **incorporar** a los simples aportantes de capital; tal incorporación sólo se hace mediante acuerdo unánime de los socios y cumpliendo las formalidades que se dirán más adelante.

Finalmente, el artículo 1968 dispone que: "Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas". La finalidad civil, es esencialmente "no mercantil", por lo que se trata de una **remisión a las normas comerciales** para todo lo relativo a la forma, las aportaciones, la organización, el reparto de utilidades, la terminación y partición de la sociedad, pero conservando siempre la finalidad civil, no mercantil. Por ejemplo, un grupo de artistas forman una sociedad para representar obras de teatro, o varios arquitectos trabajan en un estudio común y aportan capitales y trabajos estimados en forma de acciones: se constituye una sociedad civil ya que la finalidad lo es, pero, dada la modalidad de sociedad anónima, se regirá por las normas de la Ley de Compañías, propias de las compañías de comercio.

El artículo 143 de la Ley de Compañías no hace otra cosa que reiterar lo dicho ya en el Código Civil, respecto de las sociedades anónimas: éstas "se sujetan a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas". En el mismo artículo se señala que la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus acciones.

29.7. Otro tipo de sociedad tuvo vigencia en nuestro sistema jurídico, por un tiempo reducido: la **sociedad en predios rústicos**. Ésta, por su origen era una sociedad civil; quizás, la más antigua de las que ha conocido la humanidad y la que originó los primitivos desarrollos del derecho societa-

rio en el Derecho Romano. Se reguló en el Ecuador por la Ley de Reforma Agraria de 1964, pero en la nueva ley que la sustituyó en 1971, se suprimió esta forma de sociedad. En realidad podía haberse conservado y desarrollado para dar un modelo de colaboración del capital y el trabajo en la explotación de la tierra, pero se produjeron algunas dificultades por el deseo del Legislador de eliminar las formas de "trabajo precario", y la jurisprudencia encontró dificultades al momento de aplicar la norma legal, razones por las cuales probablemente se suprimió. Se agrega a lo dicho, que tal vez, se puede lograr igual finalidad siguiendo los esquemas más conocidos de las compañías colectivas, en comandita o por acciones anónimas.

30. Principales cláusulas del contrato de sociedad

30.1. El parágrafo 3º del Título XXVI del Libro IV del Código Civil anuncia en su acápite que tratará "De las principales cláusulas del contrato de sociedad". Más exactamente se señalan algunas normas generales a toda clase de sociedades, que, precisamente por ser muy generales, se sitúan antes de tratar específicamente de las relaciones entre los socios o de éstos con terceros; así se explica por qué algunos asuntos se vuelven a abordar más adelante. Estos artículos tratan de lo siguiente:

Art. 1969.- Principio y duración de la sociedad.
Art. 1970.- Fijación convencional de ganancias y pérdidas.
Art. 1971.- División de beneficios y pérdidas por árbitro.
Art. 1972.- División a prorrata de los aportes.
Art. 2073.- Participación del socio industrial en las ganancias y pérdidas.
Art. 2074.- Cálculo de ganancias y pérdidas, sobre el resultado definitivo de la sociedad.

30.2. El primer asunto a dilucidar consiste en la **duración** de la sociedad, es decir, del contrato y sus efectos normales. Hay que determinar cuándo comienza y cuando termina; sobre lo segundo, trata todo el extenso parágrafo 7º, mientras que sobre el principio de la sociedad solamente tenemos la breve norma del artículo 1969.

30.3. Las partes **pueden establecer** en el contrato social con precisión los momentos del principio y del fin de sus relaciones. Esas normas conven-

cionales prevalecerán, sin perjuicio de otras causas extrañas que puedan sobrevenir y alterar tales previsiones.

Se puede contratar por **tiempo indefinido**, a perpetuidad; o bien, señalar **plazos** fijos de comienzo y terminación, sea por fecha cierta y determinada, o sea por remisión a un acontecimiento previsible. Caben perfectamente, el plazo y la condición, tanto suspensiva (para el inicio de las operaciones), como resolutiva, para dar fin a la sociedad.

"No expresándose plazo o condición para que tenga principio la sociedad, se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato, y no expresándose plazo o condición para que tenga fin, se entenderá contraída por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia". Así dispone el artículo 1969 una presunción de perennidad relativa de las sociedades: a falta de norma contractual, para toda la vida.

30.4. Se agrega otra presunción, para el caso de sociedades establecidas para un **negocio determinado** de duración limitada: "Pero si el objeto de la sociedad es un negocio de duración limitada, se entenderá contraída por todo el tiempo que dure el negocio".

30.5. En cuanto al **comienzo** de la sociedad, la doctrina distingue lo que respecta a las relaciones entre las partes y las relaciones con terceros. Así escribe Puig Peña: "En el primer caso, el momento de la celebración será el de la prestación del consentimiento, aun cuando no se hayan cumplido los requisitos de forma. En cambio, en relación con terceros, el contrato no produce efecto sino a partir de la fecha en que se cumplen las exigencias de escritura pública e inventario, cuando éstos proceden".

Se suele **convenir** entre los que desean formar una sociedad las solemnidades que han de adoptar, si no están obligados ya a ello por la ley, como cuando se aportan inmuebles. Para la simple aportación de dinero, de muebles o de trabajo de los socios, no se requiere escritura pública, ni siquiera escritura privada, pero resulta muy recomendable tener esos medios probatorios y harán bien en disponer que se cumplan tales formalidades. Entonces, la sociedad comenzará propiamente al cumplirse tales requisitos, establecidos en acto preparatorio. Nada impide que se señale como comienzo de la sociedad el momento en que se haga efectivo el aporte de

todos los socios o de una parte de ellos y el incumplimiento de esta obligación previa, haría que no surja la sociedad.

30.6. El citado artículo 1969 afirma que la sociedad se entenderá generalmente contraída para toda la vida de los socios "salvo el derecho de **renuncia**", pero es preciso señalar que, dado el carácter personalísimo del contrato de sociedad, normalmente termina al separarse un socio, por muerte, renuncia u otra causa. Siendo de carácter personalísimo la condición de socio, es intransmisible, tanto inter vivos como mortis causa, salvo que otra cosa se haya previsto en el contrato. Planiol afirma que la parte social puede cederse a terceros válidamente. Pero frente a los consocios sólo valdrá desde la notificación y aceptación. Puede, además, establecerse en el pacto social el derecho de preferencia o de retracto.

En principio, no se autoriza la renuncia del socio durante la vigencia de la sociedad: el convenio debe durar el tiempo que se ha previsto. Pero los consocios pueden autorizar que se retire un socio y esto se regula válidamente en el mismo contrato social, mediante cláusulas que prevean circunstancias o condiciones para renunciar, por ejemplo, se establece que la renuncia deba ser aceptada por unanimidad, por una mayoría calificada como las dos terceras partes, o por simple mayoría, etc.

30.7. El punto relativo al comienzo de la sociedad o el momento de su terminación, da lugar a veces a **abusos** como el de atribuirse derechos que aún no han surgido o pretender excusarse de responsabilidades que perduran, intervenir en la administración de los bienes que van a ser aportados y aún no lo han sido, y otros casos semejantes. La Ley de Compañías, en el artículo 17, prevé estos posibles "fraudes, abusos o vías de hecho" que se cometan -no solamente al comenzar y terminar, pero ciertamente con mayor facilidad en esos momentos delicados-. La ley les hace solidariamente responsables a quienes hayan cometido esas arbitrariedades, a quienes las ordenaren o ejecutaren, a quienes obtengan provecho de ellas y a los tenedores de los bienes, para el efecto de su restitución. Se trata, pues, de una amplia responsabilidad para proteger la buena fe y la seriedad de los negocios. Esta norma parece perfectamente aplicable, por analogía, al caso de las sociedades civiles, ya que no hay disposición específica al respecto en el Código Civil.

30.8. El otro gran tema que atañe a las sociedades en general, consiste en la distribución de las **utilidades y de las pérdidas**. También aquí la norma fundamental es la del respeto a la voluntad libre de las partes, que pueden establecer las modalidades que más les convenga, dentro de unos límites muy amplios marcados por la ley. Si falta la determinación en el pacto, la ley acude con carácter supletorio para establecer la medida de tal partición.

Dice el artículo 1970: "Los contratantes pueden fijar las reglas que tuvieren por conveniente para la división de las ganancias y pérdidas".

Aunque se formula en términos absolutos, esta libertad contractual tiene unos límites. En primer término, no puede llegar el ejercicio de este arbitrio hasta el extremo de **suprimir** toda participación en las ganancias o en las pérdidas a favor o en contra de uno o más socios. La participación en los beneficios pertenece a la esencia de la sociedad, y por eso leemos en el inciso segundo del artículo 1959: "Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios", y en el inciso anterior, se ha dicho: "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone en común alguna cosa", lo cual funda la relación de los socios para hacer frente a las pérdidas.

En segundo lugar, lo que establezcan las partes tampoco alcanza a desvirtuar la sociedad **destruyendo la compensación** que existe entre las diversas operaciones. Cuáles serán las utilidades o las pérdidas solamente se calculará al liquidarse la sociedad, mientras tanto, unas operaciones dejarán utilidad y otras, pérdidas; los socios pueden disponer que a título de ganancias se les hagan anticipos o liquidaciones parciales, pero no excluir esta compensación de unos y otros negocios. Así se dispone en el artículo 1974: "La distribución de beneficios y pérdidas no se entenderá ni respecto de la gestión de cada socio, ni respecto de cada negocio en particular.- Los negocios en que la sociedad sufre pérdida deberán compensarse con aquellos en que reporta beneficio, y las cuotas estipuladas recaerán sobre el resultado definitivo de las operaciones sociales.- Sin embargo, los socios comanditarios o anónimos no están obligados a colacionar los dividendos que hayan recibido de buena fe".

Los socios, con frecuencia, establecen **liquidaciones parciales**, por ejemplo cada año. También pueden hacerlo al terminar un determinado negocio; pero esta partición tiene un carácter provisional, ya que, si el resultado

final no justifica los dividendos repartidos, tendrán que devolver la parte proporcional; es lo que se llama "colacionar". De esta acumulación ideal de las ganancias repartidas, para establecer la situación definitiva de la sociedad al liquidarse, quedan exonerados los socios comanditarios y los de sociedades anónimas, siempre que unos y otros hayan recibido de buena fe esos adelantos de utilidades. La disposición legal guarda perfecta armonía con el carácter de las aportaciones: los socios comanditarios o de acciones anónimas no asumieron más responsabilidad que por su capital aportado, no intervienen en la administración y, consecuentemente, no deben sufrir pérdidas imputables a los dividendos recibidos de buena fe. No habría buena fe, si se recibieran dividendos cuando los balances de la compañía demuestren que lejos de haber ganancias, se han producido pérdidas, y tal situación fuere conocida o estuviere al alcance del conocimiento de los socios.

Dentro de los **pactos lícitos** respecto de las distribuciones de utilidades, figuran los que establezcan pagos en días ciertos, por ejemplo en períodos mensuales, anuales, etc.; los que permitan el pago en dinero o en especies o servicios apreciables en dinero. Pero no se puede "descapitalizar" la compañía, repartiendo entre los socios prematuramente el capital que aportaron. Con frecuencia se establece más bien lo contrario, crear reservas para aumentar el capital con las ganancias o una parte de ellas.

Los pactos sobre distribución de ganancias en principio son permanentes, pero cabría que los socios los **modificaran** durante la vida de la sociedad, siempre que lo hagan por unanimidad, porque esto afecta a la esencia del contrato y no se admite que uno o unos pocos impongan su voluntad a los demás, contra lo establecido en el pacto inicial. Nada impide para que se renuncie a las utilidades ya obtenidas y percibidas.

Aplicando estos principios, una sentencia de la Corte Suprema ha declarado que en el caso de fusión de sociedades, los socios no pierden las utilidades obtenidas anteriormente, ya que no se trata de una mera expectativa, sino de un derecho personal exigible y la nueva empresa debe cumplir esa obligación hacia los socios.

30.9. Los contratantes pueden establecer directamente las normas para la partición, o dejar esto a la determinación por uno o más **árbitros**. Lógica-

mente, no cabe que uno de los socios asuma la facultad de árbitro, porque equivaldría a ser Juez y parte a la vez: cualquier otra persona capaz puede recibir el encargo de fijar los derechos de los socios a las ganancias. Una vez que los socios hayan dejado en manos de un árbitro el fijar la participación que a cada uno corresponde, sea de las utilidades futuras o de las que ya se hayan producido, contraen la obligación de estar a lo que resuelva al árbitro: es un verdadero compromiso y no pueden **rechazar lo resuelto** salvo que "fuere manifiestamente injusto", como dice el artículo 1971. En este último supuesto, el que se creyere perjudicado podrá recurrir al Juez. La injusticia "manifiesta", quiere decir la que no guarda la debida proporción entre lo aportado y los beneficios en una cuantía notoria; resulta tolerable algún pequeño desequilibrio, por consideraciones secundarias o por dificultad de precisar el valor de ciertos aportes, sobre todo cuando se debe apreciar especies o trabajo y no dinero.

La acción del socio para impugnar ante los jueces la resolución arbitral, **caduca** en tres meses y tampoco se puede presentar, si ha empezado a ejecutarse, es decir, si el inconforme ha recibido alguna parte de las utilidades determinadas por el árbitro.

Si **fallece** el árbitro antes de cumplir el encargo, "o deja de cumplirlo por otra causa, cualquier socio puede dar fin a la sociedad; y la distribución de beneficios y pérdidas se arreglará a los dos artículos siguientes", dice el último inciso del artículo 1971. En los dos artículos siguientes se establece la regla de la proporcionalidad entre las aportaciones y las ganancias o pérdidas, y la forma de retribuir la aportación de sólo trabajo, sobre lo que se dirá algo más adelante.

No parece adecuada la solución legal de permitir la disolución de la sociedad cuando fallece el árbitro, y mucho menos, cuando "por cualquier causa" no haya cumplido su deber de arbitrar. Lo más justo y prudente parece que **sería el recurrir al Juez** en tales casos, y sancionar al árbitro que culpablemente no haya dado su laudo. No se debería dejar en la inseguridad, en la inestabilidad, a la sociedad por el incumplimiento del árbitro, sea por su muerte o por causa, incluso culpable.

30.10. Si los socios ni han convenido cómo partir las utilidades ni han nombrado árbitro para hacerlo, el artículo 1972 ordena que se repartan "**a**

prorrata de los valores que cada socio ha puesto en el fondo social, y la división de las pérdidas a prorrata de la división de los beneficios". Nada más equitativo que esta partición de ganancias y beneficios.

30.11. Resulta difícil establecer la proporción del reparto de utilidades -y eventualmente, de las pérdidas- cuando alguno de los socios aporta solamente su **industria, servicios o trabajo**. En estos casos es absolutamente aconsejable que los socios aprecien de antemano el valor de esa contribución en servicios, ya que si no existe inicialmente acuerdo en punto tan importante, las relaciones entre los socios serán muy problemáticas.

El artículo 1973 da la norma para esta hipótesis de que no hayan determinado los socios la valoración del trabajo del **socio industrial**: el Juez debe fijar la cuota que le corresponde por su aportación de trabajo. Esto es lo razonable. El Juez apreciará el trabajo aportado por el socio, según lo que sea normal o usual, es decir, según lo que suelan cobrar por trabajos similares.

Naturalmente, la norma indicada se refiere al trabajo del socio en cuanto aportación a la sociedad; caso distinto es el del socio que ha aportado dinero o especies, y que contrata sus servicios a la sociedad, como empleado u obrero, pues entonces deberá recibir el sueldo o salario correspondiente, además de lo que le corresponda como participación en las utilidades. Entre esos servicios, destaca el de quien administra con un contrato de trabajo. Así lo ha precisado una sentencia de la Corte Suprema.

En cuanto a las **pérdidas**, el artículo 1972 establece que se han de atribuir a los socios en igual proporción a las ganancias, pero en el caso del socio que contribuye solamente con su industria, se hace una **excepción** en el artículo 1973, disponiendo que si no se hubiere estipulado la cuota que le corresponde en las pérdidas, se entenderá que no le cabe otra que la de dicha industria, trabajo o servicio.

Si la compañía deja saldo negativo al final de sus operaciones, los socios capitalistas habrán perdido sus aportaciones e igualmente el socio industrial perderá la remuneración de su trabajo. Hasta aquí hay perfecta igualdad; ahora bien, si quedan deudas por pagar, los socios capitalistas están obligados a cubrirlas con su propio patrimonio, y de esto es de lo que se exonera

al socio que solamente haya aportado su trabajo, servicios o industria: él pierde solamente ese aporte suyo y no se le puede imputar una parte de las deudas. La solución dada por nuestro derecho es más favorable al trabajador que la que se contiene en otros sistemas, por ejemplo en Francia o España, se atribuye al socio industrial una parte en las ganancias igual a la del socio capitalista que menos haya aportado y, como compensación se le exonera de las deudas, en tanto que nuestro Código le libra de pagar deudas con su propio patrimonio, pero participa en las utilidades en la medida que realmente valga su trabajo.

30.12. El reparto de las utilidades y las pérdidas se debe verificar de modo definitivo al final de los negocios. El artículo 1974 aclara que en esa partición no se tomará en cuenta "la gestión de cada socio, ni cada negocio en particular", sino que se han de compensar las pérdidas con los beneficios y se establecerá así el **saldo final**. Esto es lo propio del contrato de sociedad: se trata de una unión de esfuerzos y de riesgos hasta la liquidación de la sociedad. Pero nada impide que los socios hagan parciales distribuciones previas de las utilidades que se vayan consiguiendo, siempre que sean reales, es decir que no impliquen disminuir el capital, o aumentar deudas que quedarían sin respaldo; esta última manera de proceder constituiría una conducta fraudulenta, y tendrían los socios que devolver lo injustamente recibido. Aunque no haya habido dolo, sino simple equivocación, deficiente gestión o mala suerte en los negocios, si al final de ellos, el patrimonio de la sociedad no alcanza para cubrir las deudas, los socios tendrán que **devolver los anticipos** que hayan recibido, y eventualmente, pagar con otros bienes. Esto no se dice expresamente en el artículo 1974, pero se deduce del último inciso, que exonera de esta obligación a los socios comanditarios o anónimos, de suerte que se entiende que los socios colectivos sí tienen tal obligación: "los socios comanditarios o anónimos no están obligados a colacionar los dividendos que hayan recibido de buena fe". De aquí se deduce también que si estos socios privilegiados pueden quedarse con lo recibido de buena fe, en cambio, tendrán que devolver lo que hubieren recibido de mala fe, es decir, sabiendo que la sociedad repartía utilidades ficticias, en perjuicio de los acreedores.

30.13. Una situación parecida, pero no igual, a la del socio industrial, se da cuando en el pacto social se ha asegurado a una persona una cantidad fija por su industria, debiéndose pagarle aunque la sociedad esté en pérdida.

Esta hipótesis está prevista en el artículo 1990, según el cual esa persona "no será considerado como socio". Efectivamente, entonces lo que existe es un **contrato de trabajo**, y el trabajador tiene derecho preferente a que se le pague su sueldo o salario.

La analogía con el contrato de sociedad aumenta si al que presta sus servicios "se le asigna **una cuota** del beneficio eventual": esto parece una participación en las utilidades, al modo de los socios. Se pueden presentar dos situaciones diversas: si se le ha garantizado un pago por su trabajo, en cualquier eventualidad, entonces es propiamente un trabajador y no un socio; pero si solamente va a recibir retribución si existe una ganancia y queda impago en caso de pérdida, no sería más que un socio industrial. Indudablemente estas dos situaciones pueden confundirse y dar lugar a litigios, por lo que se ha de ser muy cuidadosos en establecer en el pacto social el verdadero contenido de las obligaciones y derechos que se contraen.

31. Administración de la sociedad

31.1. El parágrafo 4º del Título XXVI del Libro IV del Código Civil lleva el epígrafe: "De la administración de la **sociedad colectiva**". De las otras especies de sociedad nada se dice en cuanto a la administración, de donde hay que deducir que se les ha de aplicar las normas contenidas en la Ley de Compañías y, supletoriamente las del Código Civil en cuanto presenten mayor analogía con el caso de las sociedades colectivas. Concretamente, las sociedades en comandita, seguirán prácticamente las mismas reglas que se dan en este Título, solamente que se restringen a los socios fiduciarios y se excluye a los comanditarios.

31.2. El **contenido esencial** de esta sección es el de los siguientes artículos:

Art. 1975.- Administración confiada en el contrato inicial o en resolución posterior.
Art. 1976.- Renuncia y remoción del administrador: termina la sociedad.
Art. 1977.- Resolución de continuar la sociedad después de la renuncia o remoción.
Art. 1978.- Renuncia o remoción de administrador designado después del pacto inicial.

Art. 1979.- Oposición de los socios a un acto del administrador.
Art. 1980.- Administración conferida a dos o más.
Art. 1981.- Facultades del administrador: según el mandato y dentro del giro ordinario.
Art. 1982.- Obligaciones y prohibiciones al administrador.
Art. 1983.- Cuándo obliga a la sociedad o solamente responde él.
Art. 1984.- Obligación de rendir cuentas; su periodicidad.
Art. 1985.- Administración directa por todos los socios.

31.3. Hay una **diferencia** profunda entre el administrador designado en el contrato de constitución de la sociedad y el que no lo fue entonces, sino posteriormente elegido. En el primer caso, el nombramiento forma parte del pacto y se entiende que la sociedad se ha formado con especial consideración a las cualidades y capacidades del administrador, de allí que, al faltar éste, la sociedad normalmente termina. En cambio, el escogido para administrar, por un acto libre de los socios después de la constitución de la sociedad, asume el cargo como un mandatario y se sujeta a las normas del poder que le confieran los socios, de suerte que es más fácilmente amovible y su eventual falta no origina la terminación de la sociedad. El administrador, en cualquiera de las dos situaciones antes expuestas, bien puede ser un **socio o una persona extraña** a la sociedad; esto depende de lo que dispongan los mismos contratantes, y pueden adoptar esta resolución en el acto constitutivo o posteriormente. Hay una gran libertad al respecto.

31.4. Se puede establecer un **plazo** o duración del cargo, y entonces no hay lugar a la terminación de la sociedad por el hecho de cumplirse el lapso, sino que se procederá a nuevo nombramiento.

Nada impide que los socios establezcan un **turno** para asumir temporalmente cada uno la administración, o bien, un orden en el que se han de reemplazar en ella en determinadas circunstancias, como ausencia, enfermedad, etc.

31.5. Prevé el Código **diversas modalidades** de administración: 1. Por todos los socios conjuntamente; 2. Por todos los socios quienes pueden obrar aisladamente; 3. Por varios administradores socios, pero no todos; 4. Por varios administradores no socios; y, 5. Por un solo administrador no socio.

31.6. En cualquiera de estas diversas situaciones, el pacto social **puede determinar** más o menos las facultades del administrador o administradores, restringiéndolas para ciertos casos, prohibiendo tales o cuales acciones o dando los más amplios poderes. Si son disposiciones contenidas en el pacto social, no pueden modificarse posteriormente, sino con anuencia de todos los socios y dando oportuna noticia a quienes negocian con la sociedad. No se admite oposición de los socios a reclamaciones de terceros, fundándose en restricciones de los poderes del administrador que no consten en el pacto social o que hayan sido adoptadas por unanimidad y notificadas a dichos terceros; esta norma es de evidente equidad y asegura los negocios, ya que, de otra manera, sería muy complicado, si no imposible, saber si se está contratando con quien tiene facultades suficientes.

31.7. El artículo 1975 se refiere a los **socios administradores**, tanto designados en el pacto social o bien con posterioridad: "La administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios, sea por el contrato de sociedad, sea por acto posterior unánimemente acordado.- En el primer caso, las facultades administrativas del socio o socios forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, a menos de expresarse otra cosa en el mismo contrato".

Por consiguiente, si lo desean, al establecer la sociedad, pueden convenir con mayor o menor detalle las **facultades** del administrador y se permite también dejar la precisión de esos poderes para un acto posterior, pero esto debe aparecer claramente en el pacto social. Cuando la designación no se hace en el mismo pacto constitutivo, se requiere unanimidad para la designación del administrador, según dispone el inciso primero del artículo trascrito. Pero esto no impide a que en el pacto social dispongan los socios otra cosa, por ejemplo, la posibilidad de nombrar gerente por una mayoría calificada o simple. Igualmente, el pacto social puede establecer que las facultades del administrador sean **posteriormente limitadas** y en tal caso valdrá la limitación en cuanto a las relaciones entre los socios y de éstos con el administrador, pero frente a terceras personas únicamente si se les ha notificado eficientemente de la existencia de tales limitaciones.

31.8. La **estabilidad** del administrador es máxima cuando ha sido designado en el pacto constitutivo, porque se considera que esta nominación es parte esencial.

Por lo dicho, no se puede **remover** sin causa, ni vale la **renuncia** que no sea aceptada unánimemente. Pero estas exigencias valen solamente para los administradores que sean socios y hayan sido nombrados en el pacto social, por tanto, habrá mayor flexibilidad para la remoción del administrador que no sea socio, o cuando es simple gerente o mandatario designado fuera del pacto social.

La remoción se justifica si existen causas **legales o contractuales**. La doctrina admite que por aplicación de la ley, de los principios generales del derecho de contratos, se remueve legítimamente en caso de dolo o de manifiesta ineptitud del administrador.

Los estatutos constitutivos suelen **precisar los casos** en los que se removerá al administrador, y entonces esa resolución se adoptará en la forma prevista, sea por unanimidad o por mayoría; pero si no se ha previsto nada, se necesitará actuar por unanimidad.

El artículo 1976 dispone que el administrador "no podrá ser removido sino en los casos previstos, o por causa grave; y se tendrá por tal la que le haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente. Cualquiera de los socios podrá exigir la remoción, justificando la causa".

Del mismo modo que se exige una causa para la remoción, el administrador deberá alegar una **causa para la renuncia**, y no se le autoriza hacerlo libremente. Estas causas conviene que se determinen en el estatuto, y a falta de esa disposición, la renuncia será aceptada únicamente con la aceptación unánime de los socios.

El tercer inciso del artículo 1976 no resulta suficientemente claro y unívoco: "Faltando alguna de las causas antedichas, la renuncia o remoción **dan fin** a la sociedad". Más que dar fin a la sociedad, parece que lo lógico es que cualquier socio **pueda pedir que se termine** la sociedad y que efectivamente se ponga fin si los socios unánimemente lo acuerdan, o, en caso de no existir unanimidad, si el Juez así lo resuelve. El texto legal hace pensar en una terminación *ipso facto,* pero admitir esto, dejaría en muchas incertidumbres y atentaría contra la conveniente estabilidad de los negocios.

31.9. Cuando la remoción o la renuncia no han sido "justas", la sociedad termina, o puede terminar, pero si la remoción o la renuncia se ajustan a lo previsto en el pacto social o se justifican por existir causa legal suficiente, la sociedad **puede continuar.**

Dice el artículo 1977: "En el caso de justa renuncia o justa remoción del socio administrador designado en el acto constitutivo, podrá continuar la sociedad, siempre que todos los socios convengan en ello y en la designación de un nuevo administrador o en que la administración pertenezca en común a todos los socios.- Habiendo varios socios administradores designados en el acto constitutivo, podrá también continuar la sociedad, acordándose unánimemente que ejerzan la administración los que queden".

El espíritu de la ley consiste en exigir **plena concordia** entre los socios en cuanto a este asunto tan importante como es el de la administración: han de resolver por unanimidad. Si falta esta total conformidad de pareceres, cualquiera de los socios podría pedir la terminación de la sociedad.

La ley se inclina por favorecer la administración conjunta de los socios, ya que, si no acuerdan por unanimidad quien ha de continuar en la administración, pueden optar por continuar la sociedad con administración conjunta "los que queden", es decir, los demás socios, excluido el administrador que se separó.

31.10. Hasta aquí hemos considerado lo dispuesto en los artículos 1975 a 1977, que se aplica exclusivamente a los administradores que reúnan estas dos condiciones: ser socios y haber sido designados para administrar en el mismo pacto social. En cambio, los artículos 1978 y 1979 se refieren a la separación de la administración del socio que no ha sido nombrado en el contrato inicial, sino designado administrador con posterioridad. Similar a esta situación será también del administrador que no es socio. En estos casos, se siguen las normas propias del **mandato.**

Dice el artículo 1978: "La administración conferida por acto posterior al contrato de sociedad, puede renunciarse por el socio administrador, o revocarse por la mayoría de los consocios, según las reglas del mandato". Nótese que solamente se pide aprobación **por mayoría** y no por unanimidad, como en los casos anteriores.

La apreciación de las causas para aceptar la renuncia o para revocar el mandato, quedan a la **apreciación** de los socios, aquí ya no se pide que sean "causas justas", legales o contractuales: puede ser simplemente una apreciación de la mayoría sobre la conveniencia para la buena marcha de la sociedad. Ahora bien, esto no puede interpretarse como **arbitrariedad**, porque equivaldría a injusticia: tanto la sociedad como el administrador merecen el respeto de sus derechos y dignidad, por lo que se ha de excluir la renuncia intempestiva, que causaría daño a la sociedad, o el retiro del poder sin motivo, que perjudicaría al mandatario.

El artículo 49 de la Ley de Compañías coincide con lo dispuesto en el 1978 del Código Civil y resulta su mejor interpretación: "El o los administradores no podrán ser removidos de su cargo sino por dolo, culpa grave o inhabilidad en el manejo de los negocios. La remoción podrá ser pedida por cualquiera de los socios y, en caso de ser judicial, declarada en sentencia". Se excluye, pues, la arbitrariedad, aunque el juicio sobre la gravedad de la culpa y, más todavía, sobre la "inhabilidad", presenta indudable dificultad. Por esto, la ley insinúa la posibilidad de la intervención del Juez: ésta será necesaria, si el administrador contradice la opinión de los socios o si entre los mismos socios no hay un perfecto acuerdo. Las mismas normas se aplican en el caso de las sociedades en comandita, por expresa remisión que hace el artículo 65 de la Ley de Compañías, aplicable por analogía a las sociedades civiles. Las anónimas y las de responsabilidad limitada se rigen, por la ley comercial.

El pacto social puede **precisar** más todavía, las causas de remoción y, eventualmente, las que justifican la renuncia. La **doctrina** ha distinguido, desde hace mucho tiempo, las situaciones del administrador nombrado en el pacto social o con mandato conferido posteriormente. Cuando se trata de la primera hipótesis, no se puede separar libremente al administrador, sino por las causas legales o conforme a lo que se haya establecido por los mismos socios, en cambio en el segundo supuesto, se puede remover con mayor libertad, así como también puede el administrador renunciar con mayor libertad, porque se trata de un mandato; pero ninguna de las partes ha de perjudicar a la otra, de modo que la revocatoria o la renuncia que causen un daño, obligan a la reparación del mismo.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha confirmado lo dicho. Cabe señalar **plazos o condiciones** para la administración y para la terminación de las funciones del administrador. Para las compañías limitadas, el artículo 133 de la Ley de Compañías y el 259 para las anónimas, disponen que en caso de renuncia, el administrador único no podrá separarse del cargo hasta ser legalmente reemplazado, salvo que transcurran treinta días desde la presentación de la renuncia. Esta norma no se aplica a las sociedades civiles colectivas, ni hay perfecta analogía con ellas, pero podría establecerse por disposición estatutaria y parece aconsejable hacerlo para evitar los inconvenientes de la acefalía.

31.11. La remoción o la aceptación de la renuncia del socio a quien se haya confiado la administración por el acto constitutivo de la sociedad, acarrea la **terminación** de la sociedad, como dispone el último inciso del artículo 1976, pero los socios pueden convenir lo contrario: que continúe la sociedad con otro administrador o todos asumiendo esa tarea. Así se reconoce expresamente varias sentencias.

31.12. Libertad de acción del administrador. Después de examinar el nombramiento del administrador y la terminación de sus funciones, conviene examinar, el contenido de su mandato, de lo cual tratan los artículos 1979 a 1984, reservándose el artículo 1985 para tratar de la administración por parte de todos los socios.

El **principio más general** está señalado en el artículo 1981: "El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato; y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer, a nombre de la sociedad, otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella". Es, pues, la voluntad de los socios la que determina la amplitud de las facultades del administrador, tal como la hayan expresado en el pacto constitutivo o en el nombramiento concreto hecho posteriormente. Pero no se admite una limitación de facultades hecha con posterioridad, por lo menos en cuanto a las relaciones con terceros, a quienes se debe notificar cualquier cambio en las atribuciones del administrador, sin lo cual no sería oponible.

31.13. El concepto de **giro ordinario** de los negocios, adquiere importancia, porque señala el ámbito de acción legítima del administrador y permite

presumir sus atribuciones si no han sido fijadas expresamente. El principio de "especialidad" domina el campo societario: cada entidad se ha de dedicar a aquello para lo que se ha constituido y no debe desvirtuar su propia finalidad; así una sociedad para unir los servicios profesionales de varios médicos y repartirse los beneficios, no cabe que se dedique a labores agrícolas o comerciales, etc. Dentro del fin específico de cada sociedad, el administrador obrará con amplias facultades y se presumirá que las tiene en cuanto se refiere a esa finalidad: ese es el giro ordinario de los negocios.

31.14. Aquellas amplias facultades, pueden ser **restringidas** por disposición de los socios. El artículo 1979 se refiere al administrador que sea socio, y tanto si fue encargado de la administración en el pacto social, como si lo fue con posterioridad; en ambas hipótesis tiene que obrar conforme a las normas restrictivas que le hayan impuesto el pacto social o las leyes: puede obrar incluso "contra el parecer de los socios", pero sin transgredir la ley o las condiciones del pacto o del poder que se le confirió.

Los socios tienen derecho de **oponerse** a cuanto signifique ir contra la ley, o extralimitarse de las facultades por ellos conferidas. Aunque el artículo se refiere al socio administrador, esto es aplicable a cualquier administrador, con mayor razón si no es socio.

También admite el mismo artículo la oposición de "la mayoría de los consocios a todo acto que no haya surtido efectos legales". En este segundo caso, se requiere, pues, una mayoría, mientras que en el primero la oposición corresponde a cualquier socio, incluso frente a la mayoría; la razón es evidente: todos tienen que respetar las leyes y su propio pacto, en cambio la simple inconveniencia de un acto o negocio, debe ser resuelta por la **mayoría**. En el caso de simples consideraciones de conveniencia o de oportunidad, solamente se admite la oposición mayoritaria, si el acto "**no ha surtido efectos legales**". Si éstos ya se han producido, sería injusta la oposición, y podría perjudicar a terceros.

31.15. El acto o contrato realizado por el administrador contrariando la justa oposición de los socios, sea por considerarlo ilegal o inconveniente, le **responsabiliza** al administrador frente a los socios por el perjuicio que les puede acarrear. Además, el acto será **nulo** si el administrador obró que-

brantando la ley o los estatutos o reglamentos de la sociedad, siempre que hayan podido ser conocidos por los terceros.

4.16. Se admite la **pluralidad** de administradores y entonces se puede repartir competencias entre ellos, o bien disponer que actúen necesariamente en conjunto, o indistintamente, alguno de ellos. Los socios han de escoger cualquiera de estas formas y los administradores deben sujetarse a lo dispuesto. El artículo 1980 dispone lo siguiente: "Si la administración es conferida, por el contrato de sociedad o por convención posterior, a **dos o más** de los socios, cada uno de los administradores podrá ejecutar por sí solo cualquier acto administrativo, salvo que se haya ordenado otra cosa en el título de su mandato.- Si se les prohíbe obrar separadamente, no podrán hacerlo ni aún a pretexto de urgencia". Nótese que esta norma se da para todo administrador, sin distinguir, entre socios y no socios. El espíritu de la ley se manifiesta favorable a una restricción de poderes en el caso de pluralidad de administradores. El supuesto de la administración colectiva total, es decir de todos los socios, se prevé y se dispone con mayor detalle en el artículo 1985, del que hablaremos luego.

31.17. Con facilidad se producirán **controversias** en estas administraciones plurales, porque los criterios no suelen coincidir en la apreciación de los negocios. La regla es bastante flexible: cada uno puede actuar, siempre que sea dentro de su mandato y con respeto de la ley, y cabe la oposición de los otros, debiéndose resolver por mayoría aquello en que no llegaren a un consenso.

31.18. Los administradores pueden gestionar en nombre de la compañía, y como consecuencia puede cada uno ejercer, no sólo contra terceros, sino **contra otro socio** las acciones para resguardar los derechos de la sociedad; así reconoce la jurisprudencia que se puede demandar el cumplimiento del aporte social o las restituciones por cosas tomadas de la sociedad.

31.19. Dentro de las atribuciones del administrador, la primera consiste en **representar** legalmente a la sociedad, sea en acciones judiciales, en contratos u otros actos jurídicos. La vida entera, en el plano jurídico, de la sociedad se realiza a través de sus órganos representativos, de sus administradores, sean individuos o consejos, grupos, etc., según dispongan los estatutos. Nada se puede realizar en el campo de la gestión administrativa si no es

mediante esta asunción de la personalidad de la sociedad, por esto, los actos valen en cuanto el que actúa tiene dicha representación.

Una sentencia se refiere al caso de la administración por **turno**: De establecerse que la administración se tenga colectivamente por todos los socios, así como un turno en la administración, se entiende que el socio de turno ejerce la representación legal y no será necesaria la comparecencia de todos los socios para demandar una cantidad de dinero.

En las sociedades de **hecho**, la intervención de cualquiera de los socios, dentro del giro ordinario de los negocios, obliga a la sociedad, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

31.20. La **injerencia indebida** en la administración, acarrea responsabilidad a quien se atribuye tales funciones. Así, en las sociedades en comandita, los socios comanditarios, que solamente aportan su capital, no tienen derecho de intervenir en la administración y por esto se les libera de la responsabilidad ilimitada que corresponde a los socios colectivos; pero si uno de los comanditarios interviene en la administración o permite que su nombre figure en la razón social, se hace responsable de la misma manera que los socios colectivos; así está dispuesto por el artículo 1966.

31.21. El artículo 1981 dispone: "El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato; y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer en nombre de la sociedad, otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella". No se hace mención -y habría sido bueno hacerlo- a los **actos judiciales**, tales como presentar demandas o contestar a ellas, apelar de sentencias, desistir de recursos, etc. El artículo se refiere más bien a los actos propiamente administrativos, como son las adquisiciones o enajenaciones. Pero ante el silencio de la ley en lo que respecta a los actos judiciales, pienso que hay que aplicar en primer término las disposiciones civiles respecto del mandato, y supletoriamente, lo dispuesto en la Ley de Compañías.

Se consideran atribuciones que corresponden "naturalmente" al mandatario, según dispone el artículo 2036: "perseguir en juicio a los deudores; intentar acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante

a dicho giro". Por tanto, no toda acción puede ser intentada por el mandatario, sin expresa comisión, y no podría por ejemplo iniciar una acción reivindicatoria o de partición de bienes. Tampoco se ha de considerar que estas acciones especialmente comprometedoras puedan ser iniciadas por el administrador de la sociedad si no se le ha conferido ese encargo en el pacto social o por acto posterior de la sociedad. Además de esto, hay actos judiciales para cuya ejecución expresamente se requiere poder especial, como los de transigir, comprometer en árbitros, desistir del juicio, absolver posiciones o recibir la cosa disputada o tomar posesión de ella según se dispone el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley de Compañías presta más atención a la facultad de representar en juicio y actuar en él por la compañía. Así, para las **Compañías extranjeras** que quieran negociar o contraer obligaciones en el Ecuador, se exige que tengan un "representante que pueda contestar demandas y cumplir las obligaciones respectivas" (Art. 6); para las compañías de hecho, que carecieren de representante, se prevé la suspensión del juicio hasta comprobar la existencia del apoderado o representante (Art. 8). Respecto de las compañías colectivas, el artículo 45 de la ley, confiere a los administradores las facultades para "realizar todos los actos y contratos que fueren necesarios para el cumplimiento de los fines sociales", es decir, que se emplea una fórmula tan amplia y vaga como la del artículo 1981 del Código Civil; pero agrega la ley mercantil, que los administradores "tendrán la representación judicial y extrajudicial" (Art. 45 Inc. 3).

En conclusión, aplicando las normas civiles y comerciales, se ha de entender que el administrador puede y debe actuar en juicio, dentro de los límites que le imponga su mandato y según las disposiciones legítimas de la mayoría, siempre, desde luego, conforme a la ley y necesitando de mandato especial para los actos judiciales que lo requieren.

Borda ha examinado el problema de la intervención en juicio por iniciativa de un socio no administrador y concluye así: "A nuestro juicio, tratándose de medidas urgentes (interrumpir una prescripción, precautorias, etc.) cualquiera de los socios está autorizado a actuar por sí mismo sin necesidad de asentimiento de la mayoría; fuera de esta hipótesis, los socios no pueden, sin previa autorización de la mayoría, iniciar una demanda a la que el administrador se opone.

Para mayor seguridad del comercio, la Ley de Compañías exige que se **inscriba** en el Registro Mercantil el nombramiento del administrador (Art. 13). No puede éste oponer la falta de inscripción ante terceros. El retraso para la inscripción -que debe hacerse en treinta días- es sancionado con multa.

31.22. Las sociedades civiles que hayan adoptado la forma y características de **limitadas o de anónimas**, se someten a la legislación mercantil, la que en materia de administración es bastante más compleja. La Ley de Compañías establece diversos órganos de estas entidades: las asambleas de socios, consejos administrativos, de vigilancia, gerentes o administradores generales o parciales, etc. Además, se admite una gran variedad de modificaciones por los propios estatutos. El artículo 252 señala que la Superintendencia no aprobará la constitución de compañías anónimas si del contrato social no aparece claramente quien o quienes tienen su representación judicial. Esta representación podrá ser confiada a directores, gerentes, administradores u otros agentes. Si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente.

La representación de la compañía -añade el artículo 253-, se extenderá a todos los asuntos relacionados con el giro ordinario o tráfico, en operaciones comerciales o civiles, incluyendo la constitución de prendas de toda clase. El contrato podrá limitar esta facultad. Se necesitará autorización de la junta general para enajenar o hipotecar los bienes sociales, salvo en el caso en que ello constituya uno de los objetos sociales principales o conste expresamente en los estatutos: esto último se dará, por ejemplo en sociedades establecidas para realizar una urbanización y parcelación.

31.23. Después de la representación, la actividad más importante del administrador consiste en **conservar y hacer producir** los bienes de la sociedad: los que han aportado los socios y los que ya se hayan adquirido durante la vida económica de la compañía.

El artículo 1982 dice al respecto: "Corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad; pero no podrá empeñarlos, ni hipotecarlos, ni alterar su forma, aunque las alteraciones parezcan convenientes.- Sin embargo, si las alteraciones hubieren sido tan urgentes que no le hayan dado

tiempo de consultar a los consocios, se les considerará, en cuanto a ellas, como agente oficioso de la sociedad".

Habría sido preferible que el Código se refiriera a todo administrador, y no solamente al "socio administrador". Con mayor razón se ha de aplicar esta norma al administrador que no sea socio.

En cuanto a la autorización de los socios, ha de entenderse que debe tomarse por mayoría. Solamente una modificación del capital que desvirtuara la finalidad del contrato social, no podría aprobarse sino por unanimidad. Por ejemplo, si se ha formado una compañía con la finalidad de edificar en un terreno una casa de apartamentos, no puede una simple mayoría decidir que se venda el único terreno para invertir el dinero en otro negocio; se requeriría una resolución unánime. Mucho menos, un administrador podrá proceder en esa forma sin contar con la aprobación unánime de los socios.

Nótese que la ley civil menciona como actos extraordinarios, que exigen la intervención de los socios, los de **gravamen** prendario o hipotecario, pero no se mencionan los de **enajenación**, a diferencia de la ley comercial que sí admite expresamente las enajenaciones. Parece evidente que en el mundo actual no se puede prescindir de manera absoluta de las enajenaciones y que no se han de considerar como absolutamente prohibidas, sino que se deben autorizar por la mayoría de los socios, o por todos ellos, si se afecta a lo dispuesto en el pacto social.

Así como en el pacto social caben especiales limitaciones, por ejemplo la prohibición total de enajenar o hipotecar inmuebles o determinados muebles, etc., también se puede establecer que el o los administradores procedan a estos actos con mayor libertad, incluso sin necesidad de especial autorización de los demás socios. Respecto de las compañías colectivas, así se establece en los artículos 45 (en cuanto a la limitación de las facultades) y 46 (respecto de las facultades de gravar o enajenar). Estas normas parece que se deben aplicar igualmente a las compañías civiles colectivas o en comandita.

31.24. Efecto de los actos del administrador. Con toda claridad señala el artículo 1983 el distinto efecto de los actos del administrador, según haya o no obrado dentro de los límites del poder: en el primer caso los actos obli-

gan a la sociedad, pero si se ha extralimitado esos actos no obligan a la sociedad sino a él.

Dice así el artículo 1983: "En todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad. Obrando de otra manera, él sólo será responsable". Sin embargo, ya hemos visto que en los casos urgentes, el administrador puede actuar como agente oficioso, procediendo sin consultar a los socios. Estos, si ratifican lo obrado por el administrador hacen propios de la sociedad los efectos de lo actuado sin su consentimiento previo.

La **ratificación** de los actos del agente oficioso puede ser expresa o tácita. Esto último si la sociedad de hecho se aprovecha de los bienes, frutos o derechos adquiridos o bien actúa en nuevos contratos o actos jurídicos que presuponen la validez de lo primeramente realizado. La Ley de Compañías es más puntual al disponer en el artículo 54, que los actos por cuenta propia del administrador dan derecho a la sociedad sea a tomarlos por suyos, o a impugnarlos y pedir indemnización si han causado daño. Este derecho caduca en tres meses.

31.25. Obligación de rendir cuentas. Consecuencia de la responsabilidad asumida es la obligación de rendir cuentas: solamente así se establecerá si se debe o no aprobar lo actuado por el administrador.

El artículo 1984 establece expresamente esta obligación, que debe cumplirse dentro de los períodos establecidos en el pacto social o en el acto por el que recibió la administración. Si no existen estas determinaciones se presume que la obligación debe cumplirse anualmente. "El socio administrador está obligado a dar cuenta de su gestión en los períodos designados al efecto por el acto que le ha conferido la administración; y a falta de esta designación, anualmente". Aquí, observamos que la regla es aplicable, con mayor razón, al administrador que no sea socio.

Sorprende que la Ley de Compañías, que generalmente es más minuciosa que el Código Civil, no se refiere, al menos directamente, a la obligación de rendir cuentas, en la parte general, disponiendo únicamente que los socios tienen derecho a examinar los libros y documentos (Art. 15). Al hablar específicamente de la compañía colectiva, ordena que se rindan cuentas

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

semestrales "si no hubiere pacto en contrario, y además en cualquier tiempo por resolución de los socios" (Art. 53). Lo de "pacto en contrario" no significa que pueda liberarse de toda rendición de cuentas, sino que la periodicidad puede ser otra que semestral.

31.26. Administración de los socios. Intervendrán en la administración todos los socios en dos circunstancias: si así lo han previsto y organizado en el pacto social o por un acto legítimo posterior, o si no han dispuesto nada respecto a la administración. Es, pues, el **régimen normal supletorio,** pero puede también ser expresamente regulado por los mismos socios.

En el pacto social se pueden reservar la administración todos los socios, pero también pueden asumir esta administración cuando se hubiere designado un administrador que llega a faltar, por renuncia o remoción, según lo previsto en el artículo 1976, y en caso de morir el administrador. La sociedad que debería terminar en esas circunstancias, puede continuar, "siempre que todos los socios convengan en ello", sea que designen nuevo administrador o que ellos asuman en común la administración.

"No habiéndose conferido la administración -dice el artículo 1985- a uno o más de los consocios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas en los artículos precedentes, y sin perjuicio de las regla que siguen:

1. Cualquier socio tendrá derecho a oponerse a los actos administrativos de otro, mientras esté pendiente su ejecución o no haya surtido efectos legales;
2. Cada socio puede servirse, para su uso personal, de las cosas pertenecientes al haber social, con tal de que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros;
3. Cada socio tendrá derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensa necesarias para la conservación de las cosas sociales; y,
4. Ninguno de los socios podrá hacer innovaciones en los inmuebles, que dependan de la sociedad, sin el consentimiento de los otros".

El supuesto del artículo trascrito consiste, pues, en que no se haya conferido la administración a uno o más de los socios, es decir, que no se haya excluido expresamente a los demás. Esto sucede también en el caso en que lícitamente se haya confiado la administración a un extraño a la sociedad, lo cual no está prohibido y por tanto está permitido. Pero en esta última hipótesis, como el mandato puede ser revocado, al revocarse efectivamente, los socios asumirán de esta manera expresa la administración común. Ya hemos apuntado que también pueden establecerla en el mismo pacto social o por acto legítimo posterior.

31.27. Esta administración **común** se organiza de varias maneras posibles: una es la que exige intervención **conjunta** de todos los socios; otra, la que permite que uno ejecute lo resuelto por la **mayoría**; y la prevista en el Código Civil, que permite la intervención **indistinta** de cualquier socio, admitiendo solamente que los demás puedan oponerse.

Nada obsta para que los socios adopten esas otras dos formas de administración común, si así lo establecen legalmente en el pacto social o cuando posteriormente tienen facultad de asumir la administración común.

La Ley de Compañías difiere del Código Civil en este punto, ya que en el artículo 50 dispone: "En las compañías en nombre colectivo las resoluciones se tomarán por mayoría de votos, a menos que en el contrato social se hubiere adoptado el sistema de unanimidad. Mas si un solo socio representare el mayor aporte, se requerirá el voto adicional de otro. El socio o socios que estuvieren en minoría tendrán derecho a recurrir a la Corte Superior del distrito apelando de la resolución. La Corte resolverá la controversia de conformidad con los dictados de la justicia y con criterio judicial, tramitándola verbal y sumariamente, con citación del administrador o gerente". Nos encontramos, pues, con dos sistemas diferentes: uno para las sociedades civiles y otro para las mercantiles. No creo que sea mejor el uno o el otro, y cualquiera de ellos está al alcance de los socios, basta que escojan y así lo establezcan en el contrato.

31.28. Examinemos algunos detalles de la administración común indistinta, la prevista en el artículo 1985.

El derecho de **oposición** establecido en el primer inciso, se ha de entender como una apelación a lo que resuelva la mayoría y no como un derecho de obstruccionismo. Un socio, al oponerse no hace prevalecer su voluntad, sino que impide provisionalmente un acto, y se somete a lo que resuelva la mayoría. Esto, naturalmente, debe actuarse oportunamente, y el Código indica expresamente que ha de ser "mientras esté pendiente la ejecución o no haya surtido efectos legales": de nada serviría la oposición cuando se ha consumado el acto.

Si la sociedad consta solamente de dos miembros, la oposición no puede funcionar, evidentemente, en la forma indicada. Sólo cabría, pues, que el socio inconforme objete un acto aún no consumado y consiga de la buena voluntad del otro el que no lo realice y, en caso de no conseguirlo, podría acudir al Juez, si tiene fundamento suficiente su oposición. La ley civil no es tan detallada como la mercantil, en este aspecto, pues la Ley de Compañías permite la oposición de una "minoría" mediante acción judicial, señalando el tribunal competente que es la Corte Superior y determinando que ésta proceda en forma legal y con criterio judicial. La minoría a la que se refiere, implica que deban adoptar una resolución al menos dos socios, por consiguiente, si solamente son dos el total de los socios, queda abierta al socio inconforme la apelación ante la Corte. Pienso que resultaría muy forzado aplicar este sistema mercantil a las sociedades civiles y no encuentro un punto de apoyo para ello en el texto legal.

También es propio de la sociedad civil la facultad, concedida por el inciso 2º, de "servirse, para su uso personal, las cosas del haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros". Esta facultad, no aparece claramente como "administrativa", sino más bien, como una ventaja adicional de la unión de personas, por esto ha sido criticada la norma desde el antiguo derecho francés de la que proviene, y en los derechos modernos en que se conserva. Sin embargo, pienso que es realmente una norma administrativa, si se considera que ese uso personal está delimitado por el "destino ordinario" y se pone a salvo el interés de la sociedad: el interés común puede imponer ciertos usos personales. Por ejemplo, en una sociedad de abogados u otros profesionales que trabajan juntos y se parten las ganancias, naturalmente cada uno utilizará como propios el local, las instalaciones, los servicios de luz,

teléfono, agua, computación, los del personal subordinado, etc. y al hacerlo están sirviendo al beneficio común.

Estos usos personales, desde luego, deben ser moderados, adecuados a la finalidad de la sociedad y no impedir el uso de los demás.

31.29. El derecho de obligar a los demás a **contribuir para las expensas necesarias** para la conservación de las cosas sociales, deriva de la obligación primaria de todo administrador de conservar lo que administra. Se trata, desde luego, de verdaderas expensas "necesarias", no de las meramente convenientes o de sólo lujo -"suntuarias"-.

31.30. "Ninguno de los socios podrá hacer **innovaciones** que dependan de la sociedad, sin el consentimiento de los otros", dice el inciso 4º. Lo primero que llama la atención es que se refiere únicamente a los inmuebles, y en el mundo moderno hay muebles de mayor valor de los otros, y sobre todo, si se han de emplear en los fines de la sociedad, las innovaciones en unos y otros, deberían ser necesariamente autorizadas por la mayoría.

El Código no se refiere solamente a los inmuebles de propiedad de la sociedad, sino a los que "dependan" de ella. Por tanto, no podría un socio alterar el local en el que funciona la sociedad, aunque sea solamente arrendado, o cambiar la destinación de una finca de la que la sociedad es únicamente usufructuaria, transformándola de agrícola en ganadera, talando bosques, etc.

Naturalmente, la autorización de los socios vale igualmente si consta en el contrato social, o si se adopta por resolución unánime o mayoritaria posterior.

32. Obligaciones de los socios entre sí

32.1. Los socios son **dueños** de la sociedad y por tanto tienen derechos, a los que corresponden obligaciones: estamos ante una relación jurídica compleja, plurilateral y regida fundamentalmente por el principio de igualdad, aunque en ciertos casos se sustituye por el de proporcionalidad.

Para conformar la sociedad, lo primero consiste en los **aportes**, y el primer deber de los socios es el de aportar: de allí nace también el derecho de cada uno.

En segundo lugar, todos los unidos por el vínculo de la compañía, han de **conservar** el haber común. Deben, enseguida, hacer **producir** los bienes aportados para ese objeto, y de esto deriva el correspondiente derecho a **participar en las utilidades**.

Durante la vida de la sociedad, se producen pagos, gastos y recepción de dinero, por muy diversos conceptos, y es preciso **imputar** tales ingresos y egresos, en unos casos a los socios y en otros, a la compañía.

De todo lo descrito, se desprende la obligación fundamental de guardarse mutua **fidelidad**, es decir, no realizar nada que vaya contra los legítimos intereses de la sociedad, como sería la competencia desleal. Estos estrechos vínculos creados por el interés común, obligan a los socios a tenerse una especial consideración también en circunstancias económicamente desfavorables, de donde nace el **beneficio de competencia**, que les reconoce la ley.

La misma fidelidad y la consideración prioritaria a las personas mismas de los socios, hace que la sociedad deba **mantener su conformación inicial**, y no puede alterarse fácilmente esa composición: no se admite la renuncia o la separación arbitraria de los socios, ni la inclusión de nuevos socios, sin el consentimiento unánime de los demás.

32.2. Estas relaciones entre los socios están reguladas principalmente por el parágrafo 5° del Título XXVI del Libro I del Código Civil, en los artículos 1986 a 1997, que tratan respectivamente de lo siguiente:

Art. 1986.- Aportes en propiedad o en usufructo.
Art. 1987.- Indemnización por retardo en cumplir el aporte.
Art. 1988.- Peligro de la cosa aportada en propiedad o en usufructo.
Art. 1989.- Saneamiento de evicción del aporte.
Art. 1990.- Remuneración del trabajo y del aporte industrial.
Art. 1991.- Aumento del aporte y facultad u obligación de retirarse.

Art. 1992.- Incorporación de un tercero y asociación particular con un tercero.
Art. 1993.- Reembolso de las cantidades adelantadas por un socio.
Art. 1994.- Reembolso de las cantidades recibidas por un socio.
Art. 1995.- Productos de las gestiones realizadas por los socios en interés común.
Art. 1996.- Imputación del pago hecho a un socio por un deudor suyo y de la sociedad.
Art. 1997.- Responsabilidad de los socios hasta por culpa leve; no compensable.

Además de estas normas, hay que tener en cuenta otros artículos de Código Civil, principalmente sobre las obligaciones en general, algunas disposiciones de la Ley de Compañías y los principios generalmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina. Naturalmente, muchas de estas relaciones pueden ser modificadas por voluntad de los socios, expresada en el pacto social o por legítima resolución posterior.

32.3. Es interesante referirse a la **enumeración** de las obligaciones y derechos de los socios, según algunos autores.

Aubry y Rau señalan las siguientes obligaciones de los socios: 1. Entregar el aporte en el lugar y tiempo establecidos; 2. Garantizar por evicción de lo aportado; 3. Garantizar la cabida del inmueble, y completarla o rebajar el monto del aporte en caso de deficiencia; 4. Reparar cualquier daño ocasionado, sin compensarlo con utilidades alcanzadas en otro negocio; 5. Cuidar los intereses de la sociedad como propios (aquí se trata de la imputación de pagos hechos por terceros); y, 6. Contribuir a cubrir las pérdidas en proporción a las ganancias, salvo pacto que establezca otra proporción.

Los mismos autores tratan de los siguientes derechos de los socios entre sí: 1. Participar en los beneficios; 2. Recibir el reembolso de lo gastado por cuenta de la sociedad; y, 3. Derecho de asociarse con un tercero para explotar su parte social, pero sin introducir al tercero en la sociedad.

Borda se refiere a los siguientes derechos de los socios: 1. Reembolsos; 2. Beneficio de competencia; 3. Excluir a un consocio por justa causa; 4. Asociar a un tercero en su propia parte; 5. Renunciar, con justa causa, si no hay

plazo determinado; 6. Participar en los beneficios; 7. Usar de las cosas de la sociedad, sin perjuicio de la actividad de la sociedad y de los derechos iguales de los otros socios; y, 8. Representar, administrar y controlar la sociedad.

Treviño enumera estos derechos de los socios: 1. Votar en las deliberaciones; 2. Separarse, previo aviso; 3. No ser excluido, salvo causa legal o estatutaria; 4. Vigilancia; 5. Ceder su parte, con el consentimiento unánime de los otros socios; 6. Participar en las utilidades; 7. Participar en la administración; 8. Exigir la rendición de cuentas; y, 9. Pedir la liquidación de la sociedad.

Como se puede apreciar, hay bastante coincidencia, entre autores que se refieren a los sistemas de países diversos: Francia, Argentina, México. También están muy cerca de lo que dispone nuestro texto legal, teniendo en cuenta que el Código Civil Ecuatoriano, trata separadamente de la administración y de la terminación de la sociedad, de suerte que ciertos puntos antes mencionados, hay que dejarlos de lado. Examinaremos a continuación lo que disponen nuestras leyes.

32.4. Los derechos y obligaciones de los socios pueden **modificarse** por el estatuto fundacional. Las normas legales tienen más bien carácter supletorio: rigen a falta de disposiciones adoptadas por quienes libremente han determinado unir sus capitales o trabajos; solamente hay unas pocas normas que son de orden público y que resguardan el mantenimiento de la estructura de la sociedad como tal o que salvaguardan los derechos de terceras personas. Los socios pueden modificar sus relaciones internas por acto posterior al contrato social, pero estas modificaciones han de aprobarse por unanimidad. Como señala Planiol, puede, sin embargo, consentir el mismo pacto social, que sus modificaciones ulteriores se hagan, no sólo por unanimidad, sino también por mayoría. Así lo ha admitido también nuestra jurisprudencia.

32.5. Al hablar de las cláusulas principales del contrato de sociedad, examinamos la obligación básica de los socios: cumplir con su **aporte**, entregando la propiedad o el usufructo de las cosas que se obligaron a aportar. Aquí solamente hay que añadir pocas observaciones.

32.6. La aportación debe cumplirse **en los términos del pacto** social, tanto en cuanto a la calidad de las cosas, como al tiempo y condiciones de su entrega. Si se ha ofrecido dinero, no se puede imponer a los consocios que reciban especies, o viceversa, el que se comprometió a entregar un cuerpo cierto no tiene derecho a exigir que le reciban el precio de esa cosa: los socios, pueden condescender en un cambio por algo equivalente, y aún en esta hipótesis, han de tener en cuenta que terceras personas no deben resultar perjudicadas por un cambio de esta suerte.

Con precisión dice el artículo 54 de la Ley de Compañías que el socio está obligado a "pagar el aporte que hubiere suscrito, en el tiempo y en la forma convenidos". Esto corresponde al mismo espíritu que inspira la norma civil del artículo 1986, y conforme a ese espíritu debe interpretarse.

Si en el pacto no se ha precisado el **monto** de los aportes, resulta lógico pensar que los socios deben hacerlo por igual; así lo establece el Código Civil Alemán, a diferencia de otros códigos, como el de España o el nuestro, que no contienen esa presunción de igualdad.

Otra cuestión que, a falta de cláusula específica en el contrato social, debe presumirse, es que el aporte se da en propiedad o solamente en usufructo; el primer sistema es el que sigue el Código argentino, mientras que la ley española presume el aporte en usufructo. Nuestro Código Civil no contiene disposición al respecto, y solamente señala que las dos formas de aportación son posibles; habrá, por tanto que interpretar la voluntad de los socios ateniéndose a otras circunstancias tales como el valor de las cosas aportadas o declaraciones previas al contrato.

32.7. Treviño considera que cuando un socio se ha comprometido a una obligación de **hacer**, consistente en la realización de un trabajo, y no cumple, la sociedad puede exigir la realización por un tercero a costa del socio obligado, si la sustitución es posible, o bien pedir la rescisión del contrato respecto del socio.

Además de dinero y objetos materiales o servicios, interesa a una sociedad el aporte de **concesiones, patentes, marcas, etc.** en una palabra, bienes inmateriales, derechos apreciables en dinero, con los cuales se realizan negocios o se cumplen finalidades específicas como las de ejercer profesio-

nes, o producir cosas para ser vendidas. Cornejo Costas hace notar la importancia de estos aportes y la conveniencia de que la ley los permita expresamente. También Planiol piensa que es posible aportar un "crédito comercial" o una patente, en propiedad o en usufructo. Considero que en nuestro derecho, nada impide el aporte de estos derechos que se han de considerar como bienes, sean muebles o inmuebles, según los casos.

32.8. Los aportes, que normalmente se fijan con precisión en el contrato social, se hacen efectivos en el mismo momento de **celebrarlo**, o bien se obligan los socios a hacerlos efectivos con posterioridad. En este último caso, hay que señalar plazos o condiciones bien claros, para que se puedan exigir.

Si no se ha efectuado la entrega de las cosas, antes del contrato o en el mismo momento de celebrarlo, se requiere emplear después los modos de transferencia del dominio o de los derechos que sean. Generalmente se requerirá de la **tradición**. La Ley de Compañías, en estos como en muchos aspectos, desciende a detalles reglamentarios, y así dispone en el artículo 10 que se ha de inscribir primero en el Registro de la Propiedad y luego, en el Registro Mercantil; si la sociedad no llegare a aprobarse por la Superintendencia, ésta o el Juez, harán cancelar la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El artículo 43 de la Ley de Compañías, con acierto, hace referencia a los aportes que "el socio entrega o promete entregar". Efectivamente, no es preciso que la entrega sea inmediata y puede quedar la obligación de cumplirla. Se exige, para la aprobación y funcionamiento, que se cubra al menos una parte: el cincuenta por ciento del capital suscrito. Para el caso de las compañías anónimas, se establece en el artículo 161 que no se pueden aportar inmuebles que no correspondan al género de comercio de la compañía, y el artículo 162, aclara que estas aportaciones se hacen en la misma escritura de constitución, de suerte que la inscripción producirá la tradición.

32.9. Obviamente, el aporte de **trabajo o servicios**, solamente puede ser prometido: será muy excepcional que tal aporte se cumpla instantáneamente o en corto tiempo al momento mismo de comenzar la sociedad; por consiguiente, el cumplimiento de esta obligación se prolongará a lo largo de

la vida de la sociedad y podrá exigirse a medida que se requieran y sean posibles tales servicios.

Estas aportaciones consisten en cualquier trabajo o industria, pero no cabe aportar "influencias" o simple renombre o prestigio, aunque sirvan éstos para conseguir una concesión, la adjudicación de una obra u otras ventajas económicamente apreciables en dinero. Esto es lo que se ha llamado "tráfico de influencias", incompatible con un proceder honrado.

Castán establece dos supuestos: a) Que esté determinada la clase de industria o explotación a que se dedicará la sociedad. Entonces el socio industrial debe las ganancias obtenidas en este ramo de industria, pudiendo ejercer por su cuenta y en su provecho cualquier otra actividad; b) Que no esté determinada la clase de industria que deba ser objeto de la sociedad. En este caso, el socio industrial deberá aportar todas las ganancias que obtenga por cualquier clase de trabajo.

La remuneración del que aporta sus servicios a una sociedad, conviene establecer con certeza en el contrato inicial y se evitarán controversias, a veces de difícil solución. Hay que distinguir claramente si se trata de un **socio** que, como los demás, que participará de las ganancias y de las pérdidas; la otra situación jurídica consiste en una relación de **servicios**, por la que ha de recibir un sueldo o salario, aunque éste eventualmente pueda guardar proporción con las ganancias de la sociedad.

El artículo 1990 dice: "Si por el acto constitutivo de la sociedad se asegura a una persona que ofrece su industria una cantidad fija que deba pagársele íntegramente aun cuando la sociedad se halle en pérdida, se mirará esta cantidad como el precio de su industria, y el que la ejerce no será considerado como socio.- Si se le asigna una cuota del beneficio eventual, no tendrá derecho, en cuanto a ella, a cosa alguna, cuando la sociedad se halle en pérdida, aunque se le haya asignado esa cuota como precio de su industria". De este texto legal aparece indudable que la relación jurídica no depende del nombre que le hayan dado las partes, sino de su verdadero **contenido**. Estar a las ganancias y a las pérdidas es propio de un socio, y en cambio, recibir una cantidad fija por el trabajo, independientemente de que la sociedad tenga o no ganancias, es propio de un contrato de servicios, que

podrán ser propiamente laborales o de otra índole, por ejemplo, profesionales de un artista o profesional libre.

Caben también **situaciones mixtas**: que a un socio se le contrate para prestar específicos servicios como obrero o empleado de la sociedad con su respectivo salario o sueldo o bien como profesional libre que se responsabiliza de alguna tarea, como defender como abogado de la sociedad en un juicio o administrar algún negocio o un ramo de ellos. En este sentido, encuentro esclarecedora una sentencia de la casación de Colombia: "No viola el artículo 2117 del Código Civil la sentencia que reconoce el derecho a un sueldo, por remuneración de su trabajo, al socio que ha sido administrador de la empresa. El sueldo de un mandatario de la sociedad, con funciones permanentes, aunque sea socio, no constituye una mayor participación en las utilidades de la empresa por razón de que sus gestiones hayan sido más lucrativas, que es lo que prohíbe aquel artículo".

32.10. Hecho el aporte, el artículo 1986 declara que "los frutos pertenecen a la sociedad desde el momento del aporte". Habría que aclarar que la sociedad tendrá derecho a los frutos desde la fecha en que **debió hacerse el aporte** y si el socio está en mora de entregar la cosa, deberá pagar los frutos correspondientes.

Hay que distinguir el caso del aporte en propiedad y el de solamente usufructo, para los **efectos de la liquidación** de la sociedad. El que aporta solamente usufructo conserva la propiedad y tiene derecho a que se le restituya la cosa en especie. El que aporta la propiedad, deja de ser dueño y recibirá al final la parte que le corresponda en la división del capital, más sus ganancias como socio.

32.11. Incumplimiento del aporte. Siempre que se haya fijado plazo o condición, una vez cumplidos, el socio incurre en mora y debe resarcir a la sociedad los perjuicios que haya ocasionado su demora, así lo dispone el artículo 1987, aclarando que esta responsabilidad surge aún de la culpa leve, es decir, que solamente se exonera por el caso fortuito o fuerza mayor.

Añade el referido artículo que "Comprende esta disposición al socio que retarda el servicio industrial en que consiste su aporte".

Pero, además de la indemnización por el incumplimiento, se produce otro efecto más grave, que está previsto en el artículo 2005: "Si alguno de los socios falta, por su hecho o culpa, a la promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado, en el contrato, los otros tendrán derecho para dar por disuelta la sociedad". Este efecto tan grave, hace suponer que se trata de una situación en que el socio se haya puesto en la imposibilidad de cumplir o haya manifestado que no va a cumplir. El artículo 1987 se refiere a la simple demora (que se sanciona con indemnización) y este artículo 2005 se aplicaría más bien cuando ya resulta imposible conseguir que el socio cumpla con su aporte.

Nada impediría para que se intente la acción judicial para **exigir el cumplimiento** del aporte, e incluso podría ser una acción ejecutiva, si la obligación consta en escritura pública y es determinada, simple, líquida y de plazo cumplido. En tales casos, si se trata de dinero o especies ciertas, daría lugar al embargo de bienes para pagar con ellos la deuda a la sociedad, y si consistiera en una obra cierta, podría hacerse ejecutar por una tercera persona, a cargo del socio incumplido.

La otra opción de los socios perjudicados por el incumplimiento de uno, consiste en "dar por disuelta la sociedad", es decir, darle fin. Esto corresponde a "los otros", es decir los socios cumplidos; pero se plantea la duda de si han de ser todos ellos, la mayoría o si basta que uno desee dar fin a la sociedad, lo cual no aparece del texto del artículo 2005, aunque parece insinuar que han de ser todos ellos. Si se tiene en cuenta que la resolución sobre este asunto reviste la máxima importancia, habrá que inclinarse por la interpretación que exige la unanimidad de los demás socios.

Borda considera que, al menos en el sistema argentino, cabe la solución de que los socios cumplidos excluyan al que incurre en mora de consignar su aporte y continúen con la sociedad, resolviendo esto por unanimidad. Pienso que esta solución equitativa, es perfectamente compatible con nuestras disposiciones legales, ya que el artículo 2005 confiere a "los otros", solamente una facultad, y no les obliga a dar fin a la sociedad. A esta solución parece inclinarse la jurisprudencia nacional.

Estos efectos del incumplimiento del aporte se producen con relación a cualquier clase de aportes, sean los de dinero, especies o industria, con la

variante relativa a que en el último caso, se trata de una obligación de hacer, y si no se realiza, dará lugar a la indemnización y a la eventual terminación de la sociedad.

En el supuesto del aporte de trabajo, como éste se desarrolla normalmente en un lapso largo, puede suceder que inicialmente cumpla el socio y después deje de trabajar, con lo que el aporte habrá sido parcialmente entregado. No hay previsión legal para esta situación de parcial incumplimiento, pero parece análoga a la de simple retraso o incumplimiento puntual; sobre todo, si la falta del socio no resulta esencial para la vida de la sociedad, parece que sería excesivo el pretender la terminación del contrato y más bien debería insistirse en exigir el cumplimiento y en cobrar la indemnización del daño causado. Parecidas consideraciones habría que hacer si el socio industrial no ha cumplido con algún aporte en dinero que debía, además de su industria: habrá que apreciar el valor de esos dos aportes y proceder con un sentido de proporción según la gravedad de la falta. Diez-Picazo menciona sentencias españolas que consideran que aún en las sociedades en que aparentemente sólo se debe aporte de servicios, hay necesidad de un mínimo capital para integrar el patrimonio común. Parece evidente que si el aporte de capital es totalmente secundario, mínimo, no sería razonable dar fin a la sociedad por ese incumplimiento, si en cambio sí se han hecho los trabajos a que se obligaron los socios.

Sentencias de la casación de Colombia distinguen con acierto la resolución de la terminación: en las sociedades que han comenzado a funcionar por los aportes de varios socios, el hecho de que alguno no cumpla, no produce resolución, sino un derecho de los socios cumplidos para pedir la terminación; los actos ya realizados no se anulan y muchas veces no podrían desaparecer, son realidades cumplidas, y solamente para lo futuro no seguirá adelante la sociedad.

32.12. En la **Ley de Compañías** hay varias disposiciones para el caso de incumplimiento del aporte.

El artículo 43 establece que la sociedad colectiva requiere el pago de al menos el cincuenta por ciento del capital suscrito para constituirse. Esto tiene relación con lo expresado más arriba, sobre la necesaria proporción

para la producción del grave efecto de terminación de la sociedad por falta de algún aporte.

Para las compañías de responsabilidad limitada y anónimas, (Arts. 111; 115; 219) se admite expresamente las acciones sea para exigir el cumplimiento del aporte prometido, sea para excluir al socio incumplido (sólo en la de responsabilidad limitada) o proceder ejecutivamente a cobrar sobre los bienes del socio incumplido, o enajenar en subasta pública las acciones del socio moroso, por su cuenta y riesgo (en las anónimas). En cambio, no se contempla, ni para las limitadas ni para las anónimas, la terminación del contrato; esto corresponde a su carácter de sociedades de capitales.

32.13. El aporte a la sociedad es un **título de transferencia** de la cosa o derecho con el que el socio contribuye a la formación del patrimonio social. Se cumple el deber de aportar, haciendo plenamente efectiva y eficaz la traslación del dominio o del derecho, lo cual se verificará normalmente por el **modo** consistente en la tradición.

Perfeccionado el aporte, la sociedad es titular de esos derechos, normalmente el de propiedad; más raramente, del derecho de usufructo.

Como titular, la sociedad percibe los frutos, puede disponer de la cosa o derecho y responderá al final ante el socio, por el aporte recibido.

El artículo 1988 distingue las dos situaciones de aporte en propiedad o en usufructo, para determinar **quien puede perder** la cosa: "Si se aporta la propiedad, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad, según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirla en especie.- Si sólo aporta el usufructo, la pérdida o deterioro de la cosa no imputable a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que hace el aporte.- Si éste consiste en cosas fungibles, en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas o cuyo precio se ha fijado de común acuerdo, en materiales de fábricas o artículos de venta pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta, con obligación de restituir al socio su valor.- Este valor será el que tuvieron las mismas cosas al tiempo del aporte; pero de las cosas que se hayan aportado apreciadas, se deberá la apreciación".

Aparece claramente la intención del legislador de hacer prevalecer lo que hayan dispuesto los socios en el pacto inicial: bien establezcan la obligación de restituir en especie las cosas aportadas, bien solamente su precio. Si nada se ha establecido, se procederá de acuerdo con la naturaleza de las cosas: evidentemente, si son fungibles, si se deterioran por el uso o están destinadas a la venta, solamente se deberá al aportante el precio, y la ley establece la norma precisa para determinar ese precio, sea por tasación aceptada por los socios o por un avalúo hecho posteriormente, pero con referencia al momento de la aportación.

32.14. La sociedad, como dueña, defenderá las cosas aportadas y ejercitará las correspondientes acciones legales para ello. Si fuere vencida, si fuere evicta, tendrá derecho a que el socio que aportó **sanee la evicción**, es decir, reponga a la sociedad en el pleno derecho y disfrute de lo que ha perdido. Esto puede cumplirse entregando otra cosa idéntica o indemnizando plenamente en dinero. La indemnización en dinero, sólo es posible si la cosa evicta no era indispensable, en especie, para los fines de la sociedad; por ejemplo, si por sentencia judicial se pierde el terreno en que se iba a edificar o que se debía parcelar para cumplir así el único fin de la sociedad, es evidente que no será suficiente una compensación monetaria.

El artículo 1989 pone el énfasis en la indemnización de todo perjuicio en el caso de evicción; pero ese saneamiento bien podría consistir en la reposición de una cosa igual, si es realmente sustituible. Es una consecuencia obvia, que si el socio no realiza el saneamiento a que está obligado, equivale a que **no hubiera hecho el aporte**, más otros perjuicios que se sigan por la pérdida jurídica de la cosa aportada.

No menciona el Código -ni la Ley de Compañías- los vicios **redhibitorios** que pudiera tener la cosa aportada. Borda opina que si el socio aportó una cosa cierta, es responsable de los vicios redhibitorios, aunque los socios carecen de acción *quanti minoris*, que es propia de la compraventa y sólo podrán hacer valer la acción redhibitoria. Podrían excluir al socio que puso la cosa viciada, o disolver la sociedad.

Si de hecho un socio no aportó todo cuanto se había comprometido a poner en común y así se llega hasta la terminación y liquidación de la sociedad, es evidente que no recibirá sino la parte proporcional a lo que real-

mente aportó; pero se discute si el incumplido deberá participar en las **pérdidas** en la misma proporción que en las ganancias. Esta última es la regla de nuestro sistema jurídico, pero algunos opinan que debería sobrellevar las pérdidas al nivel de lo prometido, aunque participe en las ganancias solamente en relación con lo que aportó.

32.15. Aumento de aportaciones.- Así como no permite que un socio no aporte lo ofrecido, lo aporte en menor cantidad o de peor calidad, tampoco se le exigirá que aporte más de lo pactado.

Las diversas circunstancias de los negocios o el crecimiento de la actividad social aconsejarán en ciertos casos un incremento de las aportaciones, pero esto tendrá que ser libremente aceptado **por todos** los socios: no se podrá imponer a ninguno esos aportes suplementarios.

El artículo 1991 considera el caso extremo de que "por una mutación de circunstancias no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes", ante tal situación, se trata de salvar la existencia de ella. Si un socio se niega a aumentar su aporte, **puede retirarse** de la sociedad y ésta continuará con los demás socios que sí estén conformes con aumentar el capital. Pero como esto constituye sólo una facultad, el socio que no quiere o no puede contribuir en mayor medida, puede optar por quedarse en la sociedad, solución que en ciertos casos será inconveniente para los otros socios, quienes pueden exigirle que se retire. Así se combina el respeto a la determinación de cada uno y la protección a la sociedad para que continúe con sus actividades.

Este asunto tiene relación con el principio de que la sociedad es un contrato que se funda en la consideración de las **personas** -*intuitu personae*- y con el respeto a lo establecido en el pacto inicial. Un cambio sustancial, lleva a la terminación de la sociedad, pero si de alguna manera se alcanza un acuerdo entre un grupo menor de socios para seguir adelante, la ley favorece esta solución.

Planiol indica que es cuestión discutida si es válida la cláusula para excluir a un socio o si se requiere **pedir al Juez** que declare la exclusión. La misma duda plantea nuestro texto legal que dice simplemente: "deberá retirarse si

sus consocios lo exigen": se entiende que si no se retira voluntariamente, habrá que obligarle judicialmente a que lo haga.

32.16. El hecho de que se regule los casos precisos en que se puede retirar un socio, implica que no puede hacerlo libremente, si existe un plazo o condición, hay que respetarlos y la **renuncia** sería intempestiva.

La doctrina admite **razones que justifican** la renuncia. Borda indica que no es justa causa el haber asumido otras obligaciones, pero sí en el caso de labores públicas de importancia, que deben cumplirse por un deber de ciudadanos. Nosotros tenemos funciones de aceptación obligatoria, como los cargos de consejero provincial, concejal municipal, diputado, etc., y además, algunas de éstas funciones son incompatibles con otras actividades privadas, con lo que se redondea la motivación para una renuncia justificable.

Aunque exista una razón suficiente para la renuncia, ésta debe ser **oportuna**, no extemporánea, como lo sería la presentada cuando está pendiente un negocio que necesita del respaldo de todos los socios o de la debida estabilidad de la sociedad. El socio que se separa intempestivamente tendrá que indemnizar a la sociedad por el perjuicio que le cause.

La renuncia, no basta que se presente, sino que ha de ser aceptada por los consocios. Al surgir controversia, habría que recurrir al Juez.

32.17. Incorporación de un tercero y asociación con un tercero

"Art. 1992.- Ningún socio, aún ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin consentimiento de sus consocios; pero puede, sin este consentimiento, asociarle a sí mismo; y se formará entonces, entre él y el tercero, una sociedad particular, que sólo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad".

La disposición transcrita es otra consecuencia de la invariabilidad del pacto inicial, que no se altera por simple determinación de una parte, sino que requiere del consentimiento de todos los socios. Una vez incorporado legalmente, el nuevo socio tendrá todos los derechos y obligaciones de tal.

No se consiente introducir en la sociedad un **elemento extraño**, pero al mismo tiempo cada socio permanece con entera libertad de administrar su propio interés o parte en la sociedad y de compartir con otro u otras personas las eventuales ganancia y pérdidas. Un socio considera que necesita la asesoría o consejo de otras personas, o que requiere la ayuda de expertos en contabilidad u otros aspectos de la vida social: bien hace en asociarse él con tales personas, pero éstas permanecen ajenas a la sociedad, son solamente socios del socio, no de los demás consocios. Este tercero asociado a una persona se llama *croupier*, en la doctrina francesa.

Estas disposiciones son propias de las sociedades **colectivas**, mas no de las **anónimas**, en las que la regla general es la libre negociación de las acciones, de suerte que cualquiera puede incorporarse o salir de la sociedad. Las sociedades de **responsabilidad limitada** se encuentran en un intermedio entre las sociedades de personas y las de capitales, y para ellas, el artículo 113 de la Ley de Compañías ordena que la transferencia de la participación de un socio a favor de un extraño solamente se la admita con el consentimiento unánime.

Como acabamos de exponer, existe una **rigidez** en cuanto a la conformación humana de la sociedad: no se altera arbitrariamente el pacto inicial. Pero se admite que el mismo pacto contemple la posibilidad de que se produzcan estas alteraciones con la aprobación de una simple mayoría que estaría facultada para aceptar renuncias, para admitir nuevos socios, o permitir incluso una cesión de la condición de socio a otra persona. La libertad contractual puede llevarse hasta estos extremos, que, por otra parte, no perjudican a nadie.

Distinto es el caso de la sociedad en que una de las partes sea compleja: integrada por varios que a su vez forman sociedad. Todos éstos son uno, dentro de la sociedad mayor, y aisladamente uno de ellos no puede, por ejemplo, pedir la liquidación social.

32.18. Reembolso de cantidades adelantadas por un socio

Puede ser que el socio haya facilitado a la compañía recursos útiles **que no estaba obligado** a versar y lógicamente tiene derecho al reembolso más la indemnización del perjuicio que haya sufrido.

En el mundo actual la rapidez e intensidad de los negocios es tal que casi nunca basta el propio capital y se cuenta en mayor medida con el crédito, de instituciones financieras o de otras personas. Dada la estrecha solidaridad que caracteriza a una sociedad, resulta fácil que uno de los socios **adelante dinero** u otros medios para obtener buen éxito en lo que la compañía se propone. Estos préstamos de un socio a la entidad están protegidos y dan derecho al reembolso siempre que se cumplan estas condiciones: 1. Que se hayan verificado con **conocimiento de los socios**, es decir, no contra su voluntad ni en forma clandestina, tal que no hayan podido oponerse; ha de existir más bien una situación que haga presumir la autorización de los consocios; 2. El préstamo se ha de emplear en "**negocios sociales**, contraídos legítimamente y de buena fe": no cabe que un socio pretenda devolución de un dinero gastado en asuntos ajenos al fin social, o en negocios ilegítimos o dolosos de los cuales nunca se deriva un derecho para el que los ha hecho.

Cumplidas esas condiciones, cada uno de los socios debe **contribuir** para el resarcimiento de los gastos hechos por el consocio más los perjuicios que haya tenido que soportar. Esta contribución se hará a prorrata del interés social o cuota de cada socio. "La parte de los insolventes se dividirá de la misma manera entre todos", agrega el artículo 1993. Económicamente equivale a un aumento de capital en proporción a la parte de cada uno.

El supuesto de los adelantos de dinero a la sociedad no distingue entre dinero propio del socio que haya hecho el gasto, o dinero ajeno, tomado en préstamo. El artículo parece referirse sobre todo al caso del préstamo de un extraño, ante quien se ha obligado personalmente un socio. Sin embargo, pienso que se aplica a las dos hipótesis, pues es equitativo equipararlas.

Uno de los supuestos para esta compensación, es que haya habido buena fe. Si no la hubiere, como enseña Borda, el socio únicamente tendría derecho al reembolso del enriquecimiento efectivo de la sociedad.

32.19. Los consocios tienen entre sí el **beneficio de competencia**, y como establece el artículo 1642, solamente se pierde en el caso de una injuria que sea calificada como las que dan lugar a la desheredación. Tal beneficio se aplica exclusivamente a las acciones de unos contra otros, provenientes del contrato de sociedad, y no se podría alegar en otras reclamaciones que no

tengan relación con este contrato, como las que puedan producirse por herencias, otros contratos, por delitos, cuasidelitos, etc. Precisamente un caso típico en que se aplicará el beneficio, será el de estas compensaciones a los gastos hechos por un socio en beneficio de la sociedad. No se exigirá la contribución al socio insolvente y la solidaridad existente entre los miembros, hace recaer la parte del insolvente sobre los demás, incluido el que adelantó el dinero.

32.20. El caso inverso, se considera en el 1994: un socio ha recibido un **adelanto de las utilidades** que le correspondería recibir al final de la sociedad, cuando se haga la liquidación definitiva. Es muy usual que las compañías repartan utilidades anticipadas, calculando las que se han producido en un determinado período, normalmente de un año; también se estila repartir utilidades anticipadas en forma mensual, con cargo a la liquidación parcial que se hará al final del año.

Dice así el artículo 1994: "Si un socio hubiere recibido su cuota de un crédito social, y sus consocios no pudieren después obtener sus respectivas cuotas del mismo crédito, por insolvencia del deudor o por otro motivo, deberá el primero comunicar con los segundos lo que haya recibido, aunque no exceda a su cuota y aunque en la carta de pago la haya imputado a ella".

Supongamos este ejemplo. La sociedad ha vendido a crédito una casa que construyó y el comprador paga uno de los dividendos de su deuda a uno de los socios: éste tiene derecho a su respectiva cuota de ese pago, pero no a todo el pago; si en los dividendos siguientes el comprador va abonando a los otros socios su respectiva cuota, hasta cancelar toda la deuda, no habrá problema alguno, ya que todos habrán recibido lo que les correspondía; pero si el comprador deja de pagar -por cualquier motivo-, no es justo que el socio que primeramente recibió su cuota se quede con todo el dinero y los demás pierdan toda su parte; por esto, ordena el Código "comunicar", es decir, poner en común, repartir a los consocios la suma recaudada.

No se altera la obligación de participar a los consocios el dinero recibido por el hecho de haber otorgado carta de pago imputando todo lo recibido a la cuota del socio que cobra. No se admite esto, ya que equivaldría a dejar al arbitrio de uno el perjudicar a los otros. Incluso si, de buena fe, se pensó

o se convino en que los pagos sucesivos se harían en beneficio de los otros socios, si de hecho no llegan a verificarse, hay obligación de colacionar o comunicar lo recibido, es decir, repartirlo en proporción a la cuota de cada uno.

32.21. Utilidades de gestiones en nombre de la sociedad.- Dice el artículo 1995: "Los productos de las diversas gestiones de los socios en interés común, pertenecen a la sociedad; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa, no tendrá por ese derecho a mayor beneficio en el producto de ella".

Esto guarda relación estrecha con los dos artículos anteriores: todos ellos hacen efectiva la obligación de fidelidad y solidaridad entre los socios, quienes tendrán que repartirse al final de la vigencia del contrato, las utilidades que queden o las eventuales pérdidas, computando en todo caso los anticipos recibidos.

Valga el siguiente ejemplo: una sociedad civil para la explotación agrícola, en la que varios socios aportan sus respectivas haciendas, tasadas de común acuerdo; si cada socio realiza el cultivo de su respectivo inmueble y obtienen diversas ganancias, quedan sujetos a un reparto equitativo, sea por partes iguales si las cuotas eran iguales, o proporcional a la cuota de cada uno; de suerte que el que produjo y recaudó más, deberá comunicar un tanto las utilidades conseguidas, y el que produjo menos, será compensado con lo ganado por los otros, todo en proporción a sus aportaciones (salvo que en el pacto social hubieren determinado otra manera de repartirse las utilidades).

La hipótesis prevista en este artículo, se refiere "a diversas gestiones", pero si se trata de una única gestión, con mayor razón los productos pertenecen a la sociedad y se repartirán entre los socios, en proporción a sus aportes. Esto no se opone a que la sociedad pueda **remunerar el trabajo de un socio**, si lo contrata como empleado u obrero, con relación de dependencia laboral, o como libre profesional que merece su honorario; pero estas relaciones que alteran la marcha ordinaria de la sociedad no se presumen, sino que deben constar claramente y ser el producto de una resolución legítimamente tomada. No podría, por ejemplo, el administrador, atribuirse

un derecho a salario por trabajos extraordinarios que realice, sin conocimiento y aprobación de los socios.

32.22. Imputación de pagos hechos al administrador

El artículo 1996 plantea el caso de una persona con dos deudas: una a la sociedad y otra por crédito personal del socio administrador. Si se verifica un pago que no cubre ambas deudas, ¿a cuál se debe imputar el pago?

Primeramente hay que distinguir si se trata de **dos deudas vencidas** o si solamente una de ellas lo es. Si solamente una deuda está vencida y se verifica el pago, es lógico que se impute a esa deuda que ya se puede exigir, no a la que está aún pendiente de plazo o condición no cumplidos. El supuesto del artículo 1996, se refiere, pues, a dos deudas ambas vencidas.

Dice así el mencionado artículo: "Si un socio que administra es acreedor de una persona que es al mismo tiempo deudora de la sociedad, y si ambas deudas fueren exigibles, las cantidades que reciba en pago se imputarán a los dos créditos, a prorrata, sin embargo de cualquier otra imputación que haya hecho en la carta de pago, perjudicando a la sociedad.- Y si en la carta de pago la imputación no fuere en perjuicio de la sociedad, sino del socio acreedor, se estará a la carta de pago.- Las reglas anteriores se entenderán sin perjuicio del derecho que tiene el deudor para hacer la imputación".

El administrador no se ha de aprovechar de su situación en perjuicio de la sociedad: él como acreedor puede renunciar a sus propios intereses, pero no puede **renunciar** a los de la sociedad en beneficio personal de él mismo. Esta es la razón por la que la imputación hecha por el acreedor a favor suyo no vale si perjudica a la sociedad, en cambio sí vale la imputación que beneficia a la sociedad, puesto que el administrador puede renunciar a su derecho personal.

El **reparto proporcional** de la suma pagada, cuando no cubre las dos deudas totalmente, se entiende, en proporción al capital adeudado a cada uno -a la sociedad y al socio-. Por ejemplo, si una persona debe 100 a la sociedad y 50 al administrador y hace un abono de 30, se ha de imputar como abono a la sociedad 20 y abono al administrador 10. Si éste ha dado carta de pago en que ha imputado los 30 pagados a favor de la sociedad,

vale tal imputación que no significa otra cosa que el administrador ha renunciado a cobrar ese momento la parte de su deuda que podía cobrar. Si al contrario, el administrador ha dado carta de pago imputando todo lo recibido a su crédito personal, tendrá que compensar a la sociedad atribuyéndole la parte que le corresponde, o sea 20, y reteniendo solamente los 10 que son suyos.

32.23. El **deudor** (a diferencia del acreedor) sí tiene derecho de hacer la imputación que más le convenga. Así, teniendo las dos deudas, una a la sociedad y otra al administrador, podrá el deudor escoger entre pagar cualquiera de ellas, si ambas están vencidas; y ciertamente, escogerá pagar la que le resulte más gravosa, porque está cargada de mayores intereses o porque compromete algún bien dado en prenda o hipoteca.

Planiol anota que esta imputación por parte del deudor debiera descartarse cuando la **imputación sea legal**, salvo que hubiera habido un concierto fraudulento entre el deudor y el socio. Este supuesto será muy difícil de probar. En cambio, hay casos en que la imputación debe hacerse por expresa disposición legal, aplicando las normas de la prelación de créditos, que dan preferencia a algunos de ellos sobre otros.

Puig Peña señala que la norma de imputación del pago, no se aplica sino al socio administrador y no, cuando el pago se ha hecho a otro socio que no sea administrador. Indudablemente esta interpretación se ajusta al tenor literal del Código Civil español, que es idéntico en esto al nuestro. Pienso que no hay razón suficientemente fuerte para aplicar una norma distinta en el caso del pago hecho al socio que no administra: cierto que hay menos peligro de abuso que en el caso del administrador, pero la solidaridad y lealtad que se deben los socios parece imperar que también el **simple socio** que recibe una suma de dinero, la impute proporcionalmente al pago de su propio crédito y del de la sociedad, si ambos son igualmente exigibles al momento del pago.

32.24. Responsabilidad de los socios ante la sociedad

Las diversas intervenciones de los socios, administradores o no, originan responsabilidades, no sólo ante terceros, sino ante la sociedad, como persona jurídica que es. En último término dicha responsabilidad afecta a las

relaciones de los socios entre sí: quienes se deben una conducta leal y solidaria, quedan obligados a indemnizarse cuando hayan faltado a esto.

El Código extiende esta responsabilidad hasta las situaciones en las que ha habido **culpa leve**; así ordena el artículo 1997: "Todo socio es responsable de los perjuicios que aún por culpa leve haya causado a la sociedad: y no podrá oponer en compensación los emolumentos que su industria haya procurado a la sociedad en otros negocios, sino cuando esta industria no perteneciere al fondo social".

Se entiende por "**emolumentos**" todo acrecimiento del activo de la sociedad, lo que al terminar ésta se repartirá como ganancias de los socios. En la partición no se reconocerá una porción mayor al socio que "por su industria" haya logrado ese mayor crecimiento económico de la sociedad. Pero hay que anotar dos situaciones en que sí se reconoce una ventaja a favor del socio: 1. Si ha actuado como empleado u obrero, contratado para un determinado servicio (entonces recibirá su sueldo o salario, además de la utilidad que le corresponda como socio). 2. Si esa mayor ganancia de la sociedad se ha producido por una actividad del socio, al margen del negocio ordinario de la sociedad y con la debida anuencia de los socios haya así incrementado el activo social. Por ejemplo, en una sociedad para la explotación de una mina de metales exclusivamente, uno de los socios instala con su dinero aparatos para extraer agua y aprovecharla como agua potable de una población o para regadío, con la consiguiente ganancia: si este negocio, no previsto en el pacto, fue autorizado por los consocios y sus beneficios ingresaron a la sociedad, la equidad obliga a compensar en mayor medida al socio que emprendió en tal actividad y con sus propios medios. En este caso, la utilidad obtenida, "no pertenece al fondo social", como dice el artículo 1997, y aunque esté confundida en el emolumento de la sociedad, debe separarse para el socio que arriesgó su capital y su trabajo.

33. Obligaciones de los socios frente a terceros

33.1. La sociedad como sujeto de derechos, como persona, contrae obligaciones y ejercita derechos, de lo cual deriva su responsabilidad frente a terceros; pero esas responsabilidades sociales recaen de alguna manera en los socios, sobre todo al momento de liquidarse de la compañía: si quedan deudas y no ganancias, los socios, en alguna medida, responderán. Esto

depende de la clase de sociedad, de las modificaciones que se hayan establecido en el pacto social y de la forma en que se hayan contraído las obligaciones.

Los socios por su parte, además de contraer obligaciones recíprocas, que se han explicado en el punto anterior (5), se responsabilizan ante terceros por sus actuaciones en nombre de la sociedad, si se exceden de los poderes recibidos, si obran o negocian en asuntos ajenos a la sociedad o si de cualquier forma intervienen en la administración de la sociedad obteniendo ventajas personales.

33.2. La **regla general** de la responsabilidad de lo socios, según la clase de sociedad, es la siguiente: en las sociedades de capital -la anónima, la de responsabilidad limitada, la en comandita o en comandita por acciones en lo que atañe a los socios capitalistas- se extiende únicamente **hasta el monto del respectivo capital suscrito por cada socio**; en la sociedad colectiva y en comandita en cuanto se refiere a los socios administradores, la **responsabilidad es ilimitada**, o sea que responden con todo su patrimonio personal, cualquiera que haya sido el aporte a la sociedad.

Los **socios comanditarios**, que solamente aportan capital, y que intervienen, contra lo que es normal en estas sociedades, en la administración, se hacen responsables del mismo modo que los socios colectivos, es decir, ilimitadamente.

33.3. La responsabilidad de los **socios colectivos** (o de quienes se asimilan a ellos: comanditario que han intervenido en la administración), se divide entre ellos por partes viriles, por **partes iguales**, aunque sus cuotas sean diferentes. Sin embargo, si han pactado **solidaridad**, se respetará esa decisión.

Aquí se aprecia la diferencia entre la sociedad colectiva civil y la mercantil, ya que en ésta, la responsabilidad es solidaria. También lo es entre los socios comanditados en las sociedades en comandita.

33.4. La responsabilidad frente a **terceros**, se refiere a toda persona con la que la sociedad tiene relaciones jurídicas, contractuales o no contractuales;

entre esas personas, se incluyen también los mismos socios, quienes pueden, por ejemplo vender o comprar a la sociedad.

Los **actos privados** de los socios, cuando actúan por nombre propio, en su propio interés, no afectan a la sociedad ni la obligan, por lo cual la sociedad no responde de las deudas particulares de los socios, en cambio, los socios sí responden de las deudas sociales, como se ha dicho, en proporción a su porción viril. La deuda de la sociedad se considera **mancomunada**, no solidaria (salvo pacto expreso). El acreedor no está obligado a cobrarse previamente con bienes de la sociedad, sino que puede dirigirse directamente contra un socio, ya que **no goza de beneficio de excusión**; puede también entablar demanda **conjuntamente** contra la sociedad y contra los socios.

33.5. Por consiguiente, importa mucho **determinar qué deudas son sociales** y cuáles no lo son. En principio los actos de una persona son a título individual, y tendrá que constar de alguna manera que actúa en nombre de otro, o de la sociedad: esto debe probarse siempre que el sujeto niegue haber obrado en interés de la sociedad.

El artículo 1998 declara: "El socio que contrata a su propio nombre y no al de la sociedad, no la obliga respecto de terceros, ni aún en razón del beneficio que ella reporte del contrato. El acreedor sólo podrá intentar contra la sociedad las acciones del socio deudor.- No se entenderá que el socio contrata a nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, o las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco. En caso de duda se entenderá que contrata a su nombre privado.- Si el socio contrata a nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente, no la obliga respecto de terceros sino subsidiariamente y hasta el valor del beneficio que ella hubiere reportado del negocio.- Las disposiciones de este artículo comprenden aun al socio exclusivamente encargado de la administración".

Si la sociedad **ha hecho suyo el negocio**, invirtiendo por medio de los administradores, o defendiendo los resultados, o cobrando etc., se traslada la responsabilidad a la sociedad. Estas son "circunstancias que manifiestan de modo inequívoco" que el negocio es de la sociedad y le incumbe la responsabilidad.

En el caso de que el **socio contrata a nombre propio**, y no al de la sociedad, no la obliga respecto de terceros "ni aún en razón del beneficio que ella reporte del contrato", dice el inciso primero del artículo 1998. Por consiguiente, los terceros deberán cobrar al socio, no a la sociedad; si bien se les reconoce también el subrogarse al socio en las acciones que éste tenga contra la sociedad: lo que el socio pueda reclamar a la sociedad, podrá ser reclamado por los terceros, acreedores del socio.

Cuando actúa un **administrador** de la sociedad en nombre de ella, la obliga en los términos del mandato, es decir, que no se responsabiliza la sociedad si hay **exceso** en la actuación del administrador; pero aún en este caso responderá la sociedad **subsidiariamente** y hasta el monto de la utilidad, es decir, a falta de solvencia del administrador con su patrimonio personal, y solamente en cuanto la sociedad se haya enriquecido por el acto o contrato respectivo. Por ejemplo, si en una sociedad civil colectiva dedicada al traslado de personas o cosas, el administrador, sin estar autorizado para ello, compra un vehículo, deberá responder con su propio patrimonio, si no alcanzare, se cobrará a la sociedad, como el vehículo ha entrado en el haber de la sociedad y la enriquece, deberá pagar todo el valor del mismo. Si el administrador estuvo autorizado para un negocio hasta una determinada cuantía y se sobrepasa en la obligación contraída, responderá de la misma manera en cuanto al exceso, pero la sociedad igualmente responderá subsidiariamente y hasta el monto del beneficio obtenido.

33.6. Cómo **redunda la obligación** de la sociedad en los socios.- Las obligaciones de la sociedad colectiva, frente a terceros, se cumplen con el patrimonio de la sociedad, como es lógico. Si ese patrimonio se agota totalmente en el pago de las deudas, nada podrán retirar los socios por concepto de aportes y mucho menos de utilidades, que no existen. Finalmente, si las deudas superan al patrimonio, los terceros tienen derecho de **cobrar a los socios en proporción a sus aportaciones**, aumentándose la participación de cada socio en la medida necesaria para cubrir totalmente las obligaciones, en el caso de uno o más que sean insolventes.

Este **sistema se altera** si los socios han establecido responsabilidad solidaria, o responsabilidad en otra proporción distinta de su participación social. Tal mutación del sistema solamente se admite con la aceptación de todos los socios y siempre que figure en el título de la obligación; esa aceptación

de todos los socios puede ser directa, interviniendo todos ellos, o bien mediante poder especial conferido por todos ellos. Por ejemplo, si el administrador acepta una letra de cambio en la que se dice que responderán solidariamente sus socios y herederos, no se produce tal solidaridad de los socios, salvo que hayan consentido todos ellos en asumir esa responsabilidad.

Se **altera también el sistema**, cuando no se han cumplido los requisitos de constitución de la sociedad, es decir, si se trata de una de mero hecho, o cuando el acto del que surge la responsabilidad ha sido fraudulento, doloso o por vías de hecho, ya que en tales casos corresponderá a quien haya cometido el ilícito. Desde luego, no rige el mismo sistema en las sociedades comerciales, en las que la norma es la solidaridad, y para las cuales se aplica también el artículo 17 de la Ley de Compañías que responsabiliza a quienes ordenaron o ejecutaron los actos ilícitos, a los que obtuvieron provecho y hasta lo que valga éste, y a los tenedores de los bienes, para el efecto de la restitución.

El artículo 1999 dice así: "Si la sociedad colectiva está obligada respecto de terceros, la totalidad de la deuda se dividirá entre los socios, a prorrata de su interés social, y la cuota del socio insolvente gravará a los otros.- No se entenderá que los socios están obligados solidariamente o de otra manera que a prorrata de su interés social, sino cuando así se exprese en el título de la obligación, y éste se haya contraído por todos los socios, o con poder especial de ellos".

33.7. La regla del artículo que se acaba de transcribir se aplica, por disposición del artículo 2001, también a los **socios comanditados** en la **sociedad en comandita**: ellos tienen las mismas responsabilidades que los socios colectivos. Por el contrario, los comanditarios, que únicamente aportan capital y tienen prohibida la intervención en la administración de la sociedad, solamente tienen la responsabilidad limitada hasta el monto de su aporte, son socios capitalistas, como los de la sociedad de responsabilidad limitada o los de la anónima: solamente responden hasta el monto del capital que han aportado. Así se establece en el artículo 1965 y 1974. Los socios comanditarios que permiten la inclusión de su nombre en la sociedad o se inmiscuyen en su administración, contraen la obligación propia de los socios colectivos, según el artículo 1966.

Sin embargo, si han **suscrito un capital y no lo han aportado en su integridad**, deberán completar la parte no versada a la sociedad o pagar a los acreedores hasta esa cantidad, ya que realmente contrajeron la obligación de aportar todo lo que suscribieron, y si aún no se transfiere la propiedad de la cosa a la sociedad, cabe su embargo para satisfacer el crédito personal del socio.

33.8. Como consecuencia de lo anteriormente explicado, los acreedores no pueden embargar los bienes aportados por los socios, para cobrarse deudas de los socios. En cambio, **embargarán la cuota del socio**, o bien, esperarán a la liquidación de la sociedad, para cobrar entonces sus créditos, sobre el emolumento: la parte de capital y ganancias que le corresponda al socio.

A los acreedores de un socio se les concede también **acción indirecta y subsidiaria** contra la sociedad, esto es, la misma acción que tiene el socio contra la sociedad cuando por un acto de un individuo se ha enriquecido el bien común, por esto es indirecta. Se concede como subsidiaria, porque el acreedor solamente cobra así a la sociedad, a falta de posibilidad de cobrar al socio.

Finalmente, el artículo 2000 permite a los acreedores embargar las **asignaciones** que se hagan a su deudor por cuenta de beneficios sociales. Supongamos una sociedad colectiva civil en la que varias costureras han puesto en común sus máquinas de coser, telas y otros materiales, además de un aporte en dinero, estableciendo que recibirán una anticipación de utilidades, mensualmente, calculando los ingresos y egresos; una de las modistas ha comprado su máquina a plazo y no puede pagarla: el vendedor no puede embargar la máquina -que entró al patrimonio de la sociedad y ya no es de la deudora-, pero sí puede embargar la **cuota social**, o la parte del emolumento que le corresponde, o bien, **la asignación** que recibe la deudora mensualmente por cuenta de utilidades.

El acreedor que embarga la cuota social, no puede intervenir en la administración de la sociedad ni pedir la partición. Esta regla de que los bienes que ya han salido del dominio del socio y entrado en el de la sociedad no se pueden embargar por deudas del socio tiene una **excepción**: si estos bienes fueron hipotecados antes de aportarse a la sociedad, o por lo menos,

no se inscribió todavía su transferencia a la sociedad cuando se inscribió ya la hipoteca a favor de un tercero, éste tendrá derecho de embargarlos. Se da preferencia a **quien primero haya inscrito**.

33.9. Como resumen de todo lo anterior, encuentro oportuno resumir cuanto explica sobre esta importante materia el Dr. Emilio Cornejo Costas, refiriéndose al sistema argentino, pero aplicable al nuestro, por ser similar:

1. El comerciante individual responde ilimitadamente, con todo su patrimonio.
2. Los socios civiles responden ilimitadamente, por partes iguales para cada socio, aunque sus aportes y su participación en beneficios no sean iguales (en el Ecuador no es por partes iguales sino por partes proporcionales a la cuota de cada socio). En caso de insolvencia de alguno de los socios (y si el patrimonio de la sociedad no alcanza para pagar) su parte será absorbida por los otros socios, aquí sí en proporción al interés social de cada uno, salvo que se haya pactado expresamente la solidaridad.
3. Las sociedades de hecho comerciales y sociedades irregulares, responden ilimitadamente y solidariamente, sin subsidiaridad, ni limitaciones que se funden en el contrato social.
4. En la sociedad colectiva, los socios responden ilimitada, solidaria y subsidiariamente.
5. En la sociedad en comandita, los socios comanditados responden solidariamente, subsidiaria e ilimitadamente. Los socios comanditarios obligan solamente su capital aportado, al cual limitan su responsabilidad. El comanditario responde como el comanditado si se inmiscuye en la administración o si permite que su nombre figure en la razón social.
6. Sociedades de capital e industria. -Aquí los socios capitalistas, a la inversa de los en comandita, responden ilimitada, solidaria y subsidiariamente. El socio industrial solamente por las ganancias que le corresponderían, y responde como capitalista si es que la sociedad actúa con una razón social y su nombre figura en ella.
7. Sociedades de responsabilidad limitada. -Responden limitadamente, por el capital suscrito con cada socio, una vez que se ha integrado dicho capital; hasta dicha integración, la responsabilidad es ilimitada y solidaria.
8. Sociedades anónimas. -La responsabilidad se limita al capital suscrito por cada socio. Los fundadores y directores responden ilimi-

tada y solidariamente por los actos hasta la inscripción definitiva de la sociedad en el Registro.

9. Sociedad accidental o en participación. Sólo responden ilimitadamente el o los socios gestores y los otros socios cuando se hace conocer el nombre de ellos con su consentimiento.
10. Cooperativas. -Los socios se limitan a responder por el monto de sus cuotas sociales suscritas. Los fundadores y consejeros responden ilimitada y solidariamente por sus actos hasta la constitución regular de la cooperativa.

Hay casos especiales de responsabilidad por objeto ilícito, por actividades ilícitas de una sociedad con objeto lícito, por violación de expresas prohibiciones, en el caso de representación de menores, y otros.

Como observa Carlos A. Ghersi, en la moderna sociedad de consumo, con enorme influjo de los medios de comunicación social para la promoción de los contratos y una fuerte limitación de la libertad por las condiciones del ambiente, se acentúa la responsabilidad objetiva, que prescinde de las consideraciones de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones; esto tiene especial aplicación en el caso de las obligaciones de las sociedades, que recaen en determinada medida sobre el patrimonio de los socios, como se ha explicado.

33.10. En nuestra **Ley de Compañías** existen abundantes normas sobre la responsabilidad de las diversas clases de sociedades y de sus respectivos socios. Estas normas se aplican a las sociedades mercantiles y también a las civiles que hayan escogido el seguir las reglas comerciales; se aplican siempre a las compañías de responsabilidad limitada, anónimas y comanditas por acciones, aunque su finalidad sea meramente civil. Las principales disposiciones están contenidas en los artículos: 6, 7, 11, 12, 13, 17, 30, 31, 52, 54, 56, 58, 72, 73, 74, 81, 91, 115, 125, 204, 220, 256, 263, 265, 307, 281, 301 y 307.

34. Terminación de la sociedad

34.1. Las causas de disolución de la sociedad son **múltiples**: algunas afectan a toda clase de sociedades, otras son propias de algunas de ellas, como las civiles o las comerciales, o más específicas, propias de la sociedad colectiva, comandita, de responsabilidad limitada o la anónima.

Hay que distinguir las causas que implican una **culpa** de un socio o de la misma sociedad, y aquellas que no suponen ninguna culpabilidad, como el caso de cumplimiento del plazo o condición.

Se pueden **clasificar** según atañen a las personas, a las cosas, a la actividad de la sociedad. Las hay señaladas por las leyes y otras que dependen de lo establecido en el pacto social. La clasificación de mayor trascendencia es la que distingue las causas que operan de **pleno derecho** y las que requieren una **acción,** judicial o no, por parte de los socios.

34.2. El **Código Civil** trata de la terminación de la sociedad en el parágrafo 7º del Título XXVI del Libro IV, que comprende los siguientes artículos:

Art. 2002 Terminación por plazo o condición. Posible prórroga.
Art. 2003 Terminación por finalizar el negocio.
Art. 2004 Terminación por insolvencia o por extinción de la cosa común.
Art. 2005 Terminación por incumplimiento en el aporte.
Art. 2006 Terminación por extinción de aporte que no es reemplazado.
Art. 2007 Terminación por muerte. Excepciones.
Art. 2008 Continuación con los herederos, en ciertas sociedades.
Art. 2009 Derechos de los herederos del socio difunto.
Art. 2010 Terminación por insolvencia de un socio. Caso de continuación de la sociedad.
Art. 2011 Terminación por consentimiento unánime de los socios.
Art. 2012 Terminación por renuncia de un socio. Cuando puede renunciar.
Art. 2013 Notificación y aceptación de la renuncia.
Art. 2014 Renuncia de mala fe o intempestiva.
Art. 2015 Definición y efectos de la renuncia de mala fe.
Art. 2016 Definición y efectos de la renuncia intempestiva.
Art. 2017 Caso del socio que se retira sin renunciar.
Art. 2018 Momento desde el cual la terminación surte efectos para terceros.
Art. 2019 Partición de la sociedad que se disuelve.

34.3. En la **Ley de Compañías** se trata de la terminación de la sociedad en múltiples lugares, principalmente en los siguientes artículos:

Art. 3 Prohíbe la formación y el funcionamiento de compañías contrarias al orden público.
Art. 31 Si no se cumplen formalidades, cualquier socio puede separarse y termina la sociedad; 159 para las de responsabilidad limitada.
Art. 60 La muerte del socio comanditario no produce terminación.
Art. 362 Terminación por muerte.
Art. 84 Exclusión de un socio en comandita; 111 en compañía limitada.
Art. 302 Renuncia de socio en comandita; 361 en otras sociedades.
Art. 305 Insolvencia de socio en comandita; 362 y 366, en otras sociedades.
Art. 231 Terminación por resolución de los socios en limitadas; 361 en otras.
Art.361 Pérdida de gran parte del capital.
Art.3 Prohibición legal que sobreviene.
Arts. 3, 9, 11, Sanción de conducta ilícita.
Arts. 3 y 159 Declaración de nulidad de la constitución.
Art. 338 Transformación, absorción, fusión.
Reforma introducida por la Ley 31 de Registro Oficial 199: 28-may-1993
Escisión.
Art. 341 Disolución voluntaria para proceder a transformación
Art. 359 Inactividad durante dos años (Reforma legal en RO 222: 29-jun-1989).
Art. 361 Traslado del domicilio principal a país extranjero.
Art. 361 Quiebra de la Compañía.
Art. 361, numeral 13 Causa fijada en el contrato social.

En especial para las sociedades en nombre colectivo el artículo 362 contempla estas causas de terminación: Inhabilidad de un socio para el ejercicio del comercio; uno o más socios en concurso de acreedores; muerte de un socio, salvo excepciones. Estas causas son aplicables también a las compañías en comandita por acciones, en cuanto afectan a los socios que se obligan solidariamente.

La compañía Limitada, puede terminar específicamente, por disminución del número de socios a menos de 15, si no se transforma en tres meses.

34.4. Terminación por **cumplimiento del plazo o condición**. Esta es la forma más natural de terminación de toda sociedad: si se ha contratado para un cierto tiempo, y bajo una condición, cuando ha transcurrido el

plazo o se ha producido el hecho del que pendía la condición, lógicamente termina la sociedad, ya que esa fue la voluntad de obligarse que manifestaron los socios, y debe cumplirse.

Esta causa **obra de pleno derecho**: produce, sin más trámite, la terminación de la sociedad. Ahora bien, si surge controversia entre los socios, porque algunos consideran cumplida la condición y otros no están de acuerdo, tendrá que ser resuelto el caso por el Juez, interpretando el contrato y recibiendo las pruebas sobre los hechos discutidos.

Terminada la sociedad, en este caso y en los demás que vamos a examinar, continúa, sin embargo la **persona jurídica** para los efectos de pagar las deudas, responder a las reclamaciones de terceros y efectuar la liquidación de la compañía. Una sentencia de la Corte Suprema dice al respecto: "Disuelta una sociedad continúa subsistiendo para los efectos de la liquidación. Liquidada la sociedad, no se extingue el mandato constituido con anterioridad a la liquidación; es por tanto, legítima la personería del mandatario".

Si los socios de una sociedad que ha terminado **se reparten voluntariamente** los bienes, firman un acta reconociéndose plenamente satisfechos en sus derechos y renunciando a toda reclamación y piden y obtienen del Juez la aprobación de esta transacción, nada pueden reclamar después, ya que han actuado legalmente.

La continuación de las actividades sociales, en orden a cumplir las obligaciones contraídas y proceder a la liquidación, es un asunto que calificó el Dr. Arroyo del Río de "asunto no sencillo" y sobre el cual se han formulado varias teorías: 1. Terminada la sociedad continúa una mera comunidad (Pardesus, Daveville, Malpeyre, Jourdain y Stolfi). 2. Disuelta la sociedad se sigue una ficción legal de supervivencia (varios autores franceses). 3. Terminada la primitiva sociedad y continúa una "sociedad en liquidación", sometida a régimen especial de atribuciones restringidas. 4. Terminada la sociedad, continúa la persona jurídica para las necesidades de la liquidación (teoría seguida modernamente por muchos, como Salandra, Vivante, Fischer, Copper, Navarini y Siburu).

Las diversas teorías coinciden en ciertos aspectos: Terminada la sociedad, ya no puede continuar con la misma plenitud de facultades; la capacidad se

restringe a las operaciones de liquidación. El Dr. Arroyo concluye que ya no podrían los socios prolongar la vida social; esto pudieron hacerlo antes, cuando aún funcionaba normalmente. Tal valiosa opinión se basa en las disposiciones vigentes del Código de Comercio, antes de la promulgación de la Ley de Compañías, pero considero que se puede sostener igualmente ahora, y que es aplicable también a los sociedades civiles. Expresamente lo declara el artículo 379, de la Ley de Compañías, para las mercantiles: "La compañía disuelta conservará su personalidad jurídica, mientras se realice la liquidación. Durante este proceso, a la denominación de la compañía, se agregarán las palabras "en liquidación".

El inciso segundo del artículo 2002 del Código Civil dice: "Podrá, sin embargo, prorrogarse por consentimiento unánime de los socios, y con las mismas formalidades de la constitución primitiva". En concordancia con esta norma, la Ley de Compañías dispone en el artículo 368, que la voluntad debe ser manifestada por el máximo organismo de gobierno de la compañía, elevada a escritura pública y presentada a consideración de la Superintendencia, antes del vencimiento del plazo de duración.

Naturalmente, como el contrato es simplemente consensual, no se requieren esas formas solemnes sino en los casos en que la ley las exige. En los demás casos, se deberán emplear simplemente las mismas solemnidades utilizadas para el pacto primitivo, que generalmente consistirán en escritura privada.

Observa Puig Peña que si la decisión de prorrogar la vigencia del contrato de sociedad se toma antes de llegada la fecha de terminación, continuará la **misma** compañía, en tanto que si se resuelve esta continuación después de vencido el plazo o la condición, entonces se formará una nueva sociedad. Este asunto no es meramente teórico, sino que afecta a la permanencia de las cauciones, las obligaciones activas y pasivas y la prescripción.

Uno de estos aspectos, está previsto en el inciso tercero del artículo 2002: "Los codeudores de la sociedad no serán responsables de los actos que inicie durante la prórroga, si no hubieren accedido a ésta". Quien garantizó un negocio de la sociedad, continúa afianzándolo hasta que termina, pero, obviamente, no cauciona nuevos negocios o actos de la sociedad, salvo que voluntariamente asuma estas nuevas obligaciones.

7.5. Terminación cuando **no existe plazo ni condición**. Situación substancialmente diferente a la estudiada en el punto anterior, es la de las sociedades por tiempo indefinido y para varios negocios o una categoría de actividades que no se pueden considerar agotadas en un momento determinado. En estas compañías, los socios conservan el derecho de hacer terminar la sociedad de diversas maneras.

En primer lugar, es evidente que, si se presenta una **causa legal** de terminación, cualquiera de los socios podrá reclamar que se proceda a la liquidación, si la terminación es de pleno derecho, o bien que se declare judicialmente la terminación y luego se liquide. También el Superintendente de Compañías puede declarar esta terminación de oficio o a petición de parte, como dispone el artículo 369 de la Ley de Compañías.

La terminación se solicitará por todos los socios o por uno sólo, en caso de existir causa legal. Como observa Planiol, uno sólo podría lograr la terminación contra la voluntad mayoritaria, puesto que se trata de aplicar la ley.

Pero, además de causas legales, se presentan causas que hacen imposible la continuación de la sociedad o que la vuelven inconveniente. La doctrina admite que también en estas circunstancias, que han de ser apreciadas por el Juez, se dará por terminada la sociedad. Por ejemplo, la enfermedad o la ausencia larga de un socio, o un estado de ánimo permanente que rompe el sentido de solidaridad, la mutua sospecha de actuaciones dolosas, el asumir algún socio funciones públicas que impiden la marcha normal de la sociedad, etc.

Punto más difícil es el relativo a si un socio puede pedir la terminación por **incumplimiento de las obligaciones** de otro socio. En principio, en los contratos sinalagmáticos se concede la acción resolutoria por incumplimiento; pero el contrato de compañía es plurilateral y da origen a una organización con personalidad jurídica, lo cual afianza la estabilidad de la sociedad. Existe alguna sentencia de nuestra Corte Suprema que indirectamente acepta la terminación por incumplimiento. En otro caso, se considera que no hay motivo suficiente: "La ocupación del dinero social, de parte de un socio, no da lugar a la disolución de la sociedad, cuando no consta que esta ocupación procede de un acto arbitrario, y cuando la suma ocupada y sus intereses se ha reintegrado a la caja social. Tampoco da fundamen-

to para disolver la sociedad, el haber entrado un socio en el desempeño de la gerencia, si este hecho, sobre no contravenir substancialmente a los estipulado en el contrato social, es impuesto por la necesidad de atender al objeto y fines de la compañía".

Parece, pues, que hay que distinguir entre incumplimientos esenciales y ligeras faltas de los socios: los primeros dan origen a que se termine la sociedad, pero no las segundas.

Entre los incumplimientos de los socios, ocupa un lugar importante, el relativo a la aportación prometida. Si ésta falta totalmente, no cabe continuar con la sociedad; pero si solamente falta alguna parte de menor cuantía, no sería razonable acabar con la compañía, sino más bien exigir el cumplimiento al socio en mora, o convenir en que su cuota se reduzca proporcionalmente a la falta. Corresponde al Juez apreciación de la importancia relativa del incumplimiento.

34.6. La **falta del aporte** ofrecido, está expresamente considerada como causa de terminación de la sociedad, en el artículo 2005 del Código Civil, pero calificando dicha falta: "si por su hecho o culpa", algún socio no cumple su promesa, los otros podrán pedir la terminación. De donde se deduce que, si no hay aporte por fuerza mayor o caso fortuito, no podría pedirse la terminación; pero esta conclusión rigurosamente lógica, no resulta equitativa, ya que la sociedad mal podrá funcionar si falta un aporte importante: habría que distinguir esta mayor o menor trascendencia del aporte, más que exigir que sea por culpa que no se haya hecho el aporte.

Se ha de entender, además, que el aporte tiene que ser **oportuno**, en el tiempo establecido, o si no se ha determinado plazo, en un lapso razonable, y mientras pende el plazo -o eventualmente una condición-, no cabría pedir la terminación.

El ya citado artículo 2005, con mucho acierto, se refiere tanto a la aportación de cosas, como a la de servicios: "Si alguno de los socios falta por su hecho o culpa, a la promesa de poner en común cosas o industrias que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar por disuelta la sociedad".

Como observa Lacruz, la falta definitiva de la aportación del socio industrial da fin a la sociedad, aunque no sea culpable, por ejemplo, si el socio que debía contribuir con su trabajo queda imposibilitado por una enfermedad, o pierde la habilitación legal para ejercerlo.

34.7. El simple **disentimiento** de un socio, no es nunca causa de terminación de las compañías comerciales, ni de las civiles con plazo o establecidas para un negocio de duración limitada o que por su misma naturaleza debe durar un cierto tiempo. Si por ejemplo, varios escritores han formado una sociedad civil para redactar en común una obra, al terminar ésta terminará la compañía, pero no antes por simple voluntad de uno de ellos, salvo que así lo hayan previsto y establecido en el pacto inicial.

Nuestro sistema civil admite en principio la **renuncia**, cumplidos los requisitos de no existir tiempo fijo, existir una causa grave o haberse previsto en el contrato el derecho de renunciar. La renuncia debe notificarse a los consocios y no tiene validez sino cuando se ha presentado de buena fe y oportunamente (no intempestivamente). Así se establece en los artículos 2012 a 2016, que, además, precisan lo que se ha de entender por mala fe y por renuncia intempestiva:

"Art. 2012.- La sociedad puede expirar también por renuncia de uno de los socios. Sin embargo, cuando la sociedad se ha constituido por tiempo fijo, o para un negocio de duración limitada, no tendrá efecto la renuncia, si por el contrato de sociedad no se hubiere dado la facultad de hacerla, o si no hubiere grave motivo como la inejecución de las obligaciones de otro socio, la pérdida de un administrador inteligente que no puede reemplazarse entre los socios, enfermedad habitual del renunciante que le inhabilite para las funciones sociales, mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas, u otros de igual duración".

Nótese que aquí se dan varios ejemplos de causas que justifican la renuncia y, entre ellos, se menciona el incumplimiento de las obligaciones de un consocio; esto podría originar también la acción judicial para pedir la terminación, si el incumplimiento es grave, pero queda igualmente la posibilidad de evitar el juicio renunciando oportunamente.

"Art. 2013.- La renuncia de un socio no surte efecto alguno sino en virtud de la notificación a todos los demás.- La notificación al socio o socios que exclusivamente administran, se entenderá hecha a todos.- Los socios a quienes no se hubiere notificado la renuncia, podrán aceptarla después, si vieren convenirles, o dar por subsistente la sociedad en el tiempo intermedio".

Deja alguna duda este artículo, ya que menciona la **aceptación** como un requisito para la eficacia de la renuncia, pero refiriéndose solamente a los socios que inicialmente no fueron notificados. La primera parte del artículo da la impresión de que con la sola **notificación**, siempre que sea a todos los consocios (o a quien les representa), ya produce su efecto la renuncia. Sin embargo, parece más lógico que los socios deban calificar y resolver si la renuncia es o no legal: ellos tendrán que aplicar el pacto o considerar la gravedad de las motivaciones, y si no hay acuerdo entre ellos y el que renuncia, se deberá acudir al Juez. Se asegura la igualdad de derechos de los socios y se apremia al cumplimiento de la notificación a todos ellos, al dar a quienes no fueron notificados inicialmente. El derecho de escoger entre aceptar la renuncia y dar por terminada la sociedad desde el momento de la primera notificación (a los otros consocios) o admitir el valor de los actos realizados posteriormente a dicha notificación y hasta el momento en que ellos conocen de la renuncia. Sería preferible que la ley se refiriera clara y directamente al **derecho de aceptar o rechazar la renuncia** por parte de la mayoría de los socios, con la facultad de apelar ante la justicia en caso de discordia.

"Art. 2014.- No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente".

"Art. 2015.- Renuncia de mala fe el socio que lo hace para apropiarse una ganancia que debía a la sociedad. En este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito.- Podrán así mismo, excluirle de toda participación en los beneficios sociales, y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas".

"Art. 2016.- Renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales. La sociedad continuará

entonces hasta la terminación de los negocios pendientes, en que fuere necesaria la cooperación del renunciante.- Aun cuando el socio tenga interés en retirarse, debe aguardar para ello un momento oportuno.- Los efectos de la renuncia de mala fe indicados en el inciso final del artículo precedente, se aplican a la renuncia intempestiva".

La falta de oportunidad es, pues, tan grave como la mala fe, en cuanto a los efectos: pérdida de las ganancias y participación en las pérdidas. La diferencia entre la mala fe y la simple actuación intempestiva, por lo demás, resultará bastante sutil.

34.8. El **retiro ilegal** de un socio produce también la terminación de la sociedad, equivale a una renuncia, aunque será más difícil de concretar en la práctica cuando se produce este abandono **de hecho**. No se ha de pensar que una simple ausencia momentánea o la falta de cumplimiento de alguna obligación secundaria que corresponda a los socios, bastará para dar por extinguida la compañía. Se requiere una actitud que manifieste inequívocamente el ánimo de renunciar, aunque no se haya presentado tal renuncia. Si la renuncia ilegítima termina la sociedad, este abandono ha de producir el mismo efecto.

La poca claridad de una conducta, lleva a pensar que la separación de hecho no producirá la disolución de la sociedad de pleno derecho, sino que ha de ser declarada, sea por la aceptación unánime de los socios, o por resolución judicial.

El artículo 2017 trata de este raro caso, mediante una remisión: "Las disposiciones de los artículos precedentes comprenden al socio que de hecho se retira de la sociedad, sin renuncia".

Es evidente que el socio que se retira ilegalmente, tendrá todas las responsabilidades y deberá indemnizar por los perjuicios que cause. En principio tal actitud "de hecho", hace presumir la mala fe, pero los perjuicios efectivos sí tendrán que probarse. Cabe, desde luego, que el socio justifique su actitud y demuestre que se debió a caso fortuito o fuerza mayor, que le liberan de tales responsabilidades.

34.9. Terminación por insolvencia.- La insolvencia de la sociedad o la extinción del patrimonio, motivan la terminación de la sociedad, puesto que no realizaría sus finalidades sin los medios necesarios.

Semejante a esta causal es la disminución del patrimonio en términos que quiten solvencia a la sociedad. Por esto la Ley de Compañías ordena la disolución de las anónimas que hayan perdido el cincuenta por ciento de su capital o más (Art. 361).

En cambio, la **insolvencia de uno o más socios**, por sí misma no afecta a la sociedad, si bien originará la terminación si es que el socio, por esa situación, no es capaz de cumplir sus obligaciones sea de administrar la sociedad, sea de aportar con su trabajo o capital. En estas circunstancias, los demás socios podrán solicitar la disolución, aplicando el artículo 2005 en concordancia con el artículo 2010 del Código Civil. En éste se dice: "Expira, así mismo, la sociedad por la incapacidad superveniente o la insolvencia de uno de los socios. Podrá, sin embargo, continuar la sociedad con el incapaz o fallido; y en tal caso el curador o los acreedores ejercerán sus derechos en las operaciones sociales". Se deduce que corresponde a los demás socios resolver si ha de continuar o no la sociedad, contando con el representante legal del socio incapacitado y teniendo en cuenta la grave situación que se producirá al permitir que intervengan los acreedores en la administración. La resolución de los socios debe ser unánime para poder continuar, y si no están todos de acuerdo, ha de darse por terminada la sociedad, ya que el artículo 2011 exige la unanimidad para tan grave resolución. En estos casos, no se produce de pleno derecho la terminación, sino que se requiere orden judicial. Así se reconoce en una sentencia.

No se produce la terminación de la sociedad por el **perecimiento de una cosa** aportado por un socio, salvo que ella constituya el objeto principal y medio necesario para el funcionamiento de la sociedad.

Este caso y el análogo de haber aportado un socio el **usufructo** de una cosa, que luego se hace imposible de disfrutar, están previstos en el artículo 2006.

34.10. La muerte de uno o más socios da origen a la terminación de la sociedad, cuando se trata de sociedades de personas, pero no si son de

capitales. Por esto, no terminan las sociedades anónimas y en las comerciales de cualquier especie. Tampoco terminan las civiles en comandita, si el fallecimiento es de uno de los socios que solamente aportan capital, en cambio sí termina si muere uno de los socios comanditados o uno de las sociedades colectivas. La muerte de un socio de compañía de responsabilidad limitada, no termina la sociedad, como dispone el artículo 59 de la Ley de Compañías.

La muerte puede también determinar la terminación de la sociedad, si es que el número de socios resulta insuficiente para continuar la sociedad, como está previsto para las sociedades de responsabilidad limitada, que han de contar por lo menos con quince, y en las en comandita, siempre que no se incorporen nuevos socios en el plazo de tres meses (Art. 361 Num. 8).

Aún en las compañías que deben terminar por muerte de un socio, este efecto no se produce, si en el contrato **se ha previsto la continuación**, sea con los socios restantes o bien con los herederos del fallecido. Y también podrían los socios resolver de modo unánime continuar la sociedad entre los que quedan, una vez producida la muerte, pero los herederos del difunto tienen derecho a que se liquide la parte social de su causante.

Los **herederos** o legatarios del fallecido no tienen derecho de continuar en el lugar del *de cuius,* (salvo en las sociedades de capital), pero los socios restantes podrían aceptar unánimemente su incorporación como nuevos socios, en lugar del muerto: esto equivale a un nuevo contrato social.

Bien se puede **estipular en el pacto social** que al fallecer uno de los socios, continúe la sociedad con los restantes, dejando a salvo la liquidación de la parte del difunto, que se deberá a los herederos. También cabe prever para estas circunstancias, que se ha de dar una cantidad fija a los herederos. La continuación con los restantes, mediante liquidación parcial, **resulta imposible** si es que solamente queda un socio, o si el número de los sobrevivientes no permite cumplir con disposiciones estatutarias.

Producido el óbito, se requiere que **llegue a conocimiento** de los administradores; mientras tanto no se dará por terminada la sociedad.

"Aun después de recibida por éstos la noticia, las operaciones iniciadas por el difunto, que no supongan una aptitud peculiar en éste, deberán llevarse a cabo", dice el inciso 3 del artículo 2007. Pienso que, igualmente deben **concluirse los negocios iniciados** en vida del socio y no acabados al momento de recibirse la noticia de su muerte, aunque él no haya intervenido directamente en tales operaciones: el interés de la sociedad y de los terceros que hayan contratado con ella así lo exige.

"Art. 2008.- La estipulación de continuar la sociedad con los herederos del difunto se subentiende en las que se forman para el **arrendamiento** de un inmueble, o para el laboreo de **minas**, y en las **anónimas**". En estas, evidentemente, no importa mayormente la subsistencia de un socio, porque implican más bien el empleo de un capital en esas actividades.

34.11. No solamente la muerte del socio produce el efecto de la terminación de la sociedad, sino también la del **árbitro** que, conforme al artículo 1971, debía establecer la proporción de ganancias y de pérdidas correspondientes a los socios, si no ha llegado a esa determinación. Cualquier socio tiene la facultad de pedir entonces la terminación de la sociedad. Esta norma parece un tanto excesiva, puesto que estaría abierto el camino de pedir al Juez que establezca lo que ha de corresponder a cada socio, pero la disposición legal es clara: se puede pedir la terminación de la sociedad.

34.12. Los sucesores del socio difunto se encontrarán, pues, en **dos situaciones diversas**: o no entran a formar parte de la sociedad de su causante, o bien, ocupan el lugar de él y la sociedad continúa. El artículo 2009 establece los efectos de una y otra hipótesis.

"Art. 2009.- Los herederos del socio difunto que no hayan de entrar en sociedad con los sobrevivientes, no podrán reclamar sino lo que tocare a su causante, según el estado de los negocios sociales al tiempo de saberse la muerte; y no participarán en los emolumentos o pérdidas posteriores sino en cuanto fueren consecuencia de las operaciones que al tiempo de saberse la muerte estaban ya iniciadas.- Si la sociedad ha de continuar con los herederos del difunto, tendrán derecho para entrar en ella todos, exceptuados solamente los que, por su edad o sexo o por otra calidad, hayan sido expresamente excluidos en la ley o en el contrato.- Fuera de este caso, los que no

tengan la administración de sus bienes concurrirán a los actos sociales por medio de sus representantes legales".

Es decir, que los herederos tienen el derecho, pero no están obligados a continuar con la sociedad. Esto origina que puedan pedir la **liquidación parcial**: que se calcule y se les entregue lo que habría correspondido al causante; y la sociedad continuará con los demás socios. En dicha liquidación se ha de considerar la restitución del capital aportado y la participación en las ganancias obtenidas o las pérdidas que haya que cubrir, todo ello, cortado a la fecha en que se recibió la noticia de la muerte. Solamente las "operaciones iniciadas", o pendientes, al momento indicado, se liquidarán una vez concluidas.

El **conjunto** de los sucesores ocupará el lugar del difunto y entre ellos se dividirá la participación conforme corresponda por cuota hereditaria.

Si alguno de los **herederos no es apto** para participar de la sociedad, se ha de entender que su parte deberá acrecer a la de los otros herederos, de este modo, no se alterará la proporción de las cuotas de los socios sobrevivientes. La incapacidad legal de ejercicio, no obsta para que el heredero forme parte de la sociedad: actuará por él su representante legal.

34.13. Si en el contrato de sociedad se ha estipulado que ésta continuará con los sucesores de cualquiera de los socios que falleciere y efectivamente muere uno de ellos, se produce una **situación especial**, que está regulada por el artículo 1277: en el inventario de los bienes dejados por el difunto deben incluirse "los bienes sociales", es decir, su parte en la sociedad, sin perjuicio de que todos los asociados sigan administrándolos hasta la expiración de la sociedad, y sin que por ello se les exija caución alguna. Es realmente una situación peculiar, porque los bienes sociales siguen siendo bienes sociales y se siguen administrando regularmente, por lo cual no se puede exigir caución; por otra parte, lo que correspondía al difunto debe ser inventariado, para que se puedan realizar las operaciones de partición y para establecer los bienes que respaldan el pago de las deudas que haya tenido el causante. Como la sociedad no está liquidada, resulta imposible saber cuáles bienes en concreto corresponden al de *cuius,* y entiendo que sería preciso enumerar todos los bienes sociales, para establecer así la

cuantía de la parte que le corresponda al difunto y que ha pasado a los herederos.

Es frecuente que el patrimonio de una persona fallecida haya comprendido además de sus bienes propios y exclusivos, otros, pertenecientes en parte al causante y en parte a terceros, o totalmente extraños, pero administrados o puestos en la tenencia o posesión del de *cuius*. El artículo 1357 ordena que en estos casos de confusión de bienes, se proceda a la **separación de patrimonios**. Los bienes aportados a una sociedad y las ganancias a que dan derecho, están en tal caso. La separación se realizará normalmente mediante liquidación -total o parcial- de la sociedad, la cual por regla general termina por muerte de uno de los socios; si, excepcionalmente no termina ni se liquida, se deberá aplicar el artículo 1277: se realiza el inventario, incluyendo los bienes sociales, pero sin sustraerlos por esto de la administración propia de la sociedad. Al llegarse a la partición hereditaria, únicamente se adjudicará la cuota social, si no ha precedido liquidación de la sociedad, y serán los herederos a quienes corresponda esa cuota los que hayan de intervenir en la liquidación de la sociedad; verificada esa liquidación recibirán el pago de su cuota en bienes concretos de la sociedad que terminó, o el valor que corresponda por ellos.

34.14. La **resolución unánime** de los socios, da término a la sociedad, como prescribe el artículo 2011. Este derecho no está limitado por ninguna condición o tiempo y puede ejercerse tanto cuando la sociedad ha comenzado ya a actuar, como si todavía no ha tenido ninguna actividad.

Naturalmente, los socios no pueden soslayar las responsabilidades asumidas, y la terminación da origen a la liquidación, en la que primeramente se atenderá al pago de deudas, si las hay. Por esto, no cabe que los acreedores se opongan a esta terminación, como tampoco pueden ellos provocar la extinción de la sociedad, contra la voluntad de los socios y sin causa legal.

La Ley de Compañías contiene también esta forma de terminación, en el artículo 361 numeral 4, indicando que tal resolución ha de ser "conforme a la Ley y al contrato social". Este pacto, podría, en efecto, permitir la disolución por resolución de **una mayoría** determinada de socios, aunque no sea por voluntad unánime. También en el artículo 231 se prevé que la Junta

General de socios de una anónima, puede resolver acerca de "la fusión, transformación, disolución y liquidación".

34.15. Termina la sociedad si el **objeto** de ella llega a ser ilícito.- Por ejemplo, se ha establecido para realizar cambios de divisas, y una ley posterior prohíbe estos negocios; un grupo de arqueólogos forman sociedad para una investigación científica en cierto lugar del país, pero se prohíben después las excavaciones en ese lugar, etc. Esta causa está señalada en el artículo 3 de la Ley de Compañías, que prohíbe no sólo la formación, sino también "el funcionamiento" de compañías contrarias al orden público o a las leyes.

34.16. La sentencia judicial o la resolución de la Superintendencia de Compañías que declaren la **nulidad de la constitución** de una sociedad, producen también el efecto de hacerla terminar, y en este caso, será con **efecto retroactivo**, porque en realidad simplemente se reconoce que no ha llegado a existir un contrato válido. Sin embargo, pueden producirse situaciones de hecho, de sociedades que hayan comenzado a funcionar, a contraer obligaciones, y que se declaran posteriormente nulas, por falta de forma, por objeto o causa ilícitos u otros motivos, en tales casos, los socios o quienes hayan intervenido en los respectivos actos serán responsables, además de las personas indicadas en el artículo 17 de la Ley de Compañías.

Caso distinto sería el de la sociedad que, teniendo un fin legal, sin embargo procede, actúa sistemáticamente contra la Ley o realiza actos de tal gravedad, que justifiquen la intervención de las autoridades para disolverla. La Ley de Compañías se refiere también a estos casos en varios artículos.

34.17. Efectos de la terminación de la sociedad

Hay que distinguir los efectos con relación a los socios y con respecto a terceros. Para **los socios**, el efecto fundamental consiste en cesar sus derechos y obligaciones hacia la sociedad o hacia los consocios y poder reclamar la liquidación y partición. Estos efectos se producen instantáneamente cuando la sociedad se disuelve de pleno derecho o cuando se declara por sentencia ejecutoriada; en este segundo caso, algunos efectos tendrán efecto retroactivo hasta la fecha de la causa de disolución, la que ha de servir para determinar el monto del patrimonio en ese momento y los derechos

de cada uno. Si la terminación se produce por muerte o por otros hechos que deban probarse, no surte efecto la terminación sino desde el momento en que se conoce la causa de la extinción.

En cuanto a los efectos para terceros, están precisamente indicados en el artículo 2018: "La disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros, sino en los casos siguientes: 1. Cuando la sociedad ha expirado por la legada del día cierto prefijado para su terminación en el contrato; 2. Cuando se ha dado aviso de la disolución en un periódico del cantón, o por carteles fijados en tres parajes de los más frecuentados del mismo; y, 3. Cuando se pruebe que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios.

Por su parte los **acreedores** de la sociedad disuelta pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes de la sociedad tales como se encontraban al momento de la terminación, sin que se les pueda perjudicar por los actos que posteriormente realicen los socios en orden a la liquidación o partición; si ilegalmente hubieren pasado algunos de esos bienes a poder de un socio, igualmente podría embargarse dentro del juicio seguido contra la sociedad. Durante el proceso de liquidación y partición, los acreedores pueden intervenir como terceros interesados, para vigilar que todo se haga conforme a la ley y se comience, precisamente, por cubrir las obligaciones pendientes de la sociedad. Una vez hecha la liquidación y partición, ya no cabe sino intentar las acciones contra los socios, ya que la sociedad ha dejado totalmente de existir.

34.18. Liquidación de la sociedad

Terminada la sociedad se ha de proceder a su **liquidación**, es decir, a establecer la situación patrimonial definitiva y transformar los bienes existentes en dinero u otras especies que puedan partirse. La liquidación culmina con la **partición**, o entrega a los socios de lo que a cada uno corresponde.

Los **actos jurídicos** que implica este proceso son los siguientes: formación del inventario actualizado; pago de las deudas o asignación de bienes o dinero para cancelar tales obligaciones; determinación de lo que corresponde a cada socio por cuenta de sus aportaciones; determinación de lo que corresponde a cada socio en calidad de ganancias, si las hay o de pérdi-

das que deba responder personalmente cada uno y, asignación concreta de sumas de dinero, especies u otros bienes, con los que se satisface lo que corresponde a cada socio por capital y beneficios.

Durante la liquidación la sociedad no emprenderá en nuevas negociaciones, pero sí se deben terminar los asuntos pendientes y para este efecto se prorroga la vigencia del mandato de los administradores. Sin embargo, en las sociedades comerciales que se disuelvan por quiebra, quien asume la representación es el síndico de la quiebra, en los demás casos, será nombrado un **liquidador**; éste no se requiere en las sociedades civiles.

El Código Civil, en el artículo 2019 se refiere directamente a la partición de los bienes sociales, pero es obvio que dicha partición será el resultado final del proceso de liquidación previo. La Ley de Compañías es más detallada en este aspecto y aporta muchas normas prácticas de índole reglamentaria. La Ley civil se remite en cuanto a la partición, a las disposiciones del mismo Código para la sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, hay que tener en cuenta algunas **disposiciones especiales** relativas a las compañías, que prevalecerán sobre las reglas de la partición hereditaria.

Como en la sociedad puede haber aportes en especie, y éstos, en cuanto a la propiedad o a solamente el usufructo, se presenta una diferencia grande con la sucesión por causa de muerte, en la que se parten los bienes del causante. Efectivamente, al socio que aportó solamente el usufructo, se le devuelve este derecho y se consolida su propiedad, que en realidad nunca salió de su poder, si bien quedó desmembrada durante la sociedad. En cuanto al que aportó la propiedad de un bien, sobre todo si es inmueble, si se ha conservado hasta la partición, puede adjudicarse a quien fue su dueño, pero no es un deber hacerlo, sino que se ha de reconocer el precio que tuvo cuando se aportó, salvo que se haya determinado en el contrato un valor para restituirse en la partición (Art. 1988 Código Civil).

Otra diferencia marcada con la participación hereditaria, se produce cuando un socio ha aportado solamente **su industria**; evidentemente este socio, que no participa en las pérdidas, debe recibir la porción de utilidades que corresponde a su trabajo, pero no participa en la distribución del capi-

tal que aportaron los otros socios. Si hay pérdidas, este socio pierde su trabajo, ya que sólo esto aportó, y del mismo modo, solamente participa en las ganancias obtenidas, pero no en lo que aportaron inicialmente los otros socios (Art. 1973 Código Civil).

Planiol anota las siguientes importantes **consecuencias** de la remisión a las reglas de la partición hereditaria: 1° Son aplicables las reglas sobre la forma de la partición; 2° Sobre la conformación de los lotes; 3° Sobre garantía de evicción; 4° Sobre rescisión por lesión enorme; 5° El principio del efecto declarativo de la partición, en virtud del cual cada socio se reputa haber sucedido por sí sólo e inmediatamente en todos los bienes que se le asignan en su lote, sin haber sido nunca propietario de los bienes atribuidos a los demás socios.

En cambio, hay otras normas de la sucesión hereditaria, que **no son aplicables** a la partición de los bienes sociales; según Aubry y Rau es el caso del retracto sucesorio, la penalidad para el que tomó arbitrariamente una cosa del haber común y la posible reclamación de los acreedores que no hayan intervenido en la partición y demuestren que los socios procedieron fraudulentamente. Pienso que también sirven en nuestro sistema estas observaciones.

Si después de terminada la partición se descubre alguna omisión o error, puede rectificarse o completarse con una partición complementaria, si aparecen nuevos bienes o si han de asumir los ex-socios nuevas deudas.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR FUNDADA EN 1620 QUITO

CAPÍTULO III
EL MANDATO

35. Definición y caracteres del mandato

35.1. Esta figura jurídica es una de las que más ha evolucionado desde sus orígenes en el Derecho Romano, hasta los códigos contemporáneos, de aquí y por la notable analogía con otros institutos jurídicos, resulta **difícil su definición**.

35.2. En todo mandato hay **un encargo** de una persona a otra, de ejecutar en su nombre alguna cosa, pero esta clase de misiones se ejecutan también a través de contratos de servicios materiales o inmateriales.

Lo que distinguió originariamente al mandato fue su **gratuidad**, pero hoy día casi todo mandato es remunerado. Se ha planteado como criterio diferencial el que en todo mandato hay **representación**, pero ahora se admite el mandato con representación o sin ella. Lo específico del mandato radica más bien en que lo encargado a otro ha de tener un **carácter jurídico**, no de mera obra material o intelectual sin directa categoría jurídica. Si yo encargo a otro que cultive mi finca, que vigile la entrada de mi casa o que me pinte un retrato, habré hecho contratos de prestación de servicios, mientras que si encargo vender o comprar, arrendar, seguir un juicio, hacer una transacción judicial etc., estoy dando un verdadero mandato.

35.3. La primera acepción que da el Diccionario de la Real Academia, de la palabra "mandato", es la de "orden o precepto que da un superior"; pero en el contrato de mandato hay más bien en encargo **a un igual**, no a un inferior o subordinado. En los contratos de servicios, en cambio, sí hay esa **subordinación**.

A veces se emplea la palabra "mandato", en el sentido de orden o disposición, no de una autoridad, sino de la ley, así, por ejemplo, en el artículo 2311 que dice "por mandato de la ley".

35.4. El mandato guarda **estrecha relación con la representación.**- Cuando ésta se establece por la ley, a favor de las personas que no pueden administrar sus bienes por sí mismas, es decir, a favor de los incapaces, entonces la representación es legal, mientras que se establece la **representación voluntaria** entre personas capaces, mediante el contrato de mandato. Aunque cabe mandato sin representación jurídica, el contrato mira a producir efectos jurídicos a favor de otra persona por quien se actúa. Esto determina que muchas normas jurídicas dadas para la representación, sean aplicables al mandato.

35.5. En nuestras leyes se usan como **sinónimos "mandato" o "poder"**, aunque estrictamente, el mandato confiere un poder; el poder nace del mandato, cuando es un poder dado convencionalmente. Hay también poderes originados en la ley, como los que corresponden a las "potestades", paterna o marital.

El vocablo "poder" se emplea en el Código Civil y en otras leyes, en la acepción de "capacidad de disponer" o "tener la posesión de una cosa"; así se dice en el artículo 204: "El cónyuge podrá renunciar mientras no haya entrado en su poder alguna parte del haber social, a título de gananciales".

Otro sentido, próximo al anterior pero no idéntico, es el de "estar en capacidad de hacer algo o ser lícito", esto es lo que jurídicamente "se puede", se tiene poder para hacerlo. De este modo se emplea en el artículo 301: "Si el padre no pudiere o no quisiere representar al hijo (...)".

Sobre la distinción entre mandato y poder, dice el Dr. Carlos Manuel Larrea: "El mandato es un **contrato perfecto** en tanto que el otorgar poder es un mero **acto** unilateral, que puede no tener consecuencias si no se acepta el poder, si no llega a nacer el contrato de mandato".

35.6. Desde luego, no hay que confundir el mandato civil con el **mandato público**, que consiste en el conjunto de atribuciones y de responsabilidades que corresponden a quien ejerce una función oficial de gobierno o

administración del Estado o de sus diversos organismos: el mandato presidencial, el de un Diputado, Alcalde o Juez, etc. Sin embargo, quienes ejercen un mandato público, se asimilan en muchos aspectos a mandatario civil.

Las atribuciones de quienes ejercen un cargo público son las **señaladas por la ley** y no provienen de un acto arbitrario de voluntad, como sucede en el mandato civil. De esta diferencia fundamental derivan muchas consecuencias sobre los límites del poder, sobre la responsabilidad de quien lo ejerce y sobre los efectos de para terceros, de los actos realizados en el ejercicio de tales funciones.

35.7. Algunos **códigos extranjeros** definen el mandato siguiendo la línea del primitivo contrato del Derecho Romano, así el Código de Francia (Art. 1984), el de España (Art. 1709), Suiza (Art. 1684), Alemania (Art. 622), Perú (Art. 1627), Venezuela (Art. 1684). En estos se pone atención a la **gratuidad** del contrato, lo cual no coincide con la corriente contemporánea que permite el mandato remunerado.

Con mayor acierto, el Código de México (Art. 1546), el de Italia (Art. 1703), de Argentina (Art. 1869) y el nuestro, destacan el aspecto **jurídico** del mandato. El Código español ha sido duramente criticado por los comentaristas ya que su definición deja muy desdibujado el mandato: "es aquel en virtud del cual se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta y encargo de otra"; esto no permite diferenciarlo del contrato de prestación de servicios. El Código francés pone el énfasis en la representación, pero puede haber mandato sin representación. El de México dice con mayor exactitud: "es el contrato en virtud del cual una persona, el mandatario, se obliga a realizar o ejecutar, por cuenta del mandante, los **actos jurídicos** que éste le encarga.

35.8. Nuestro Código define así en el artículo 2020: "Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.- La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario".

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

La "gestión de uno o más negocios", se entiende, por todo el contexto, que se refiere a **negocios jurídicos** y no de otra índole. Habría sido, preferible usar la precisa expresión de los Códigos mexicano y argentino: "negocios jurídicos". En el caso específico del mandato para el juicio, se da al mandato un nombre también especial: procuración judicial; en este caso, el carácter jurídico del encargo llega al máximo grado. Nótese que en la misma definición del artículo trascrito, se menciona al "procurador", como un mandatario. El término "mandatario", abarca todos los casos, es genérico, mientras que el de "procurador se refiere específicamente a la actuación en juicio".

De la definición aparece, en todo caso, que el mandato tiene carácter contractual, que es un **contrato bilateral** y que el encargo que se hace, origina una obligación **principal** del que lo recibe: la de ejecutar la gestión que se le ha confiado. Nada se dice, y con acierto se calla, en cuanto a **remuneración**, para estar con la corriente moderna que se aparta en esto de la tradición romana.

No se destaca suficientemente en este artículo, la **representación** que voluntariamente concede el comitente y recibe el mandatario. Nuestro Código regula la representación del mandante por el mandatario, en varios artículos, pero deja entrever que en ciertos casos puede darse mandato sin representación: cuando el apoderado obra a nombre propio aunque en interés del comitente.

35.9. Ilustra mejor la noción del mandato el recuerdo de su historia, de sus orígenes. En el Derecho Romano, aparece como un encargo de confianza, como un acto de **amistad**, mediante el cual interviene una persona a favor de otra, pero sin que exista todavía el concepto de la representación voluntaria. El amigo que actúa, lo hace a su propio nombre y asume las responsabilidades y derechos que derivan de sus actos; después, por medio de otro negocio jurídico, hará pasar los efectos a otra persona. A veces se procede así, para que triunfe la equidad sobre el rigorismo del derecho quiritario, favoreciendo la adquisición de derechos por parte de quienes no son ciudadanos. El concepto de representación aparece tardíamente, en la Edad Media, con Bartolo de Sassoferrato y triunfa definitivamente en el Derecho Moderno a partir del Código de Napoleón.

Otro aspecto del mandato que varía sustancialmente desde el Derecho Romano hasta la actualidad es la gratuidad, que ha cedido el paso a la remuneración. El carácter **gratuito** dependía precisamente del concepto de encargo de confianza, de relación fraternal o de amistad, mientras que en el mundo contemporáneo predomina el sentido de relación **profesional** y por lo mismo, remunerada.

A medida que desaparecieron esas notas características del Derecho Romano, se hizo más difícil distinguir el mandato de otros contratos y así surgió la doctrina de que el punto diferencial radicaba en que los contratos de prestación de servicios implicaban una **subordinación**, la que no se da en el mandato. Pero este punto de vista debe matizarse debidamente, como observa Castán, la subordinación es más bien propia del contrato de servicios **laborales**, pero no de los de carácter profesional, aunque es también verdad que el mandato va unido a los servicios profesionales de ciertas personas, principalmente de los abogados. Puig Peña considera con acierto que es propio del mandato el hacerse cargo de "negocios susceptibles de llevar aparejada una función de representación, aunque puedan realizarse obrando o no en nombre del comitente".

35.10. Las **características** del mandato son las siguientes: es un contrato **consensual**; que puede ser tanto gratuito como remunerado; cuando es gratuito, se considera **unilateral**, mientras que si hay remuneración, resulta bilateral.

Algunos califican al mandato de **contrato preparatorio**, pero Castán y otros sostienen que no se celebra para preparar relaciones jurídicas, sino más bien para extinguirlas por el pago. No parece que se deba generalizar ni lo uno ni lo otro, en tales casos el mandato prepara un nuevo contrato, y en otros, extingue anteriores relaciones jurídicas. Lo que aparece en una y otra situación es la **intermediación**: una persona obra a favor de otra, sea representándola o bien actuando a nombre propio para trasladar después los efectos jurídicos.

Lacruz caracteriza el mandato como "un mecanismo de cooperación", por lo que guarda analogía con la representación de incapaces y con la agencia oficiosa. También considera que es nota distintiva la "ajenidad", es decir, que sirve para cuidar de los negocios de otro. Finalmente, el carácter de

contrato de confianza hace que predomine la consideración "*intuitu personae*".

Diez-Picazo resume así los caracteres propios del mandato: "es un contrato consensual, productor de obligaciones principales, recíprocas o sólo para el mandatario –según medie o no, retribución- y de marcado carácter personal: la confianza del mandante en el mandatario es su trasfondo".

En la situación actual de la legislación y la doctrina, aparece como la característica más saliente del mandato la de ser un contrato destinado a realizar **negocios jurídicos a nombre de otro**. Así es como se adquieren derechos o se contraen obligaciones para otra persona, de quien se ha recibido el mandato; y son variadísimas estas acciones, aunque todas han de ser predominantemente jurídicas. No hay mandato en el encargo de arar un campo, de transportar una mercancía o edificar una casa, mientras que sí lo hay si se da poder para contratar obreros que cultiven el campo, tomar un seguro o fletar el transporte de la mercancía o se autoriza para celebrar los múltiples contratos convenientes para edificar una casa. Ciertamente que las acciones materiales de arar el campo, guiar un camión, etc., también tienen una vertiente jurídica ya que originarán responsabilidades, pero para que exista mandato se requiere algo más que una simple redundancia en lo jurídico: se pide una cierta capacitación directa para actos o negocios propiamente jurídicos.

35.11. Figuras análogas

Ya hemos expuesto que la **representación** está íntimamente vinculada con el mandato, sin que pueda confundirse con él. Generalmente en todo mandato habrá representación; al menos en la doctrina contemporánea predomina este criterio. Pero hay también la representación legal de quienes ejercen una potestad (padre o madre), de quien administra la sociedad conyugal, de los tutores y curadores y de los representantes de las personas jurídicas; además, hay caso de representación sin mandato y al margen de las situaciones que se acaban de mencionar, siendo el más notable el de la agencia oficiosa.

35.12. La **agencia oficiosa** consiste en la actuación voluntaria en nombre de otro, quien no ha conferido ese encargo, pero que posteriormente ratifi-

ca lo actuado y asume así las obligaciones contraídas. El Código la define en el artículo 2186: "La agencia oficiosa o gestión de negocios, es un cuasi-contrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos". La finalidad que se persigue es la misma que en el mandato: obrar jurídicamente en interés de otro, pero mientras en el mandato esto se realiza por un encargo recibido, en la agencia oficiosa, se asume la gestión de los negocios ajenos sin tener mandato. Las relaciones entre las partes son similares, puesto que el gerente asume una responsabilidad frente al titular de los asuntos que maneja y aquel titular se obliga frente a terceros siempre que ratifica o que se aprovecha de la gestión realizada. Aquel cuyos negocios han sido llevados por otro no puede dejar de reconocer los beneficios que dicha acción le haya enriquecido.

"Las obligaciones del agente oficioso son las mismas que las del mandatario" dice el artículo 2187, pero esto ha de entenderse únicamente en cuanto a la relación con la persona para quien ejercita su actividad, puesto que, frente a terceros, el agente oficioso será el único responsable, si sus actos no son ratificados por el beneficiario. Aún en la relación con el principal hay alguna diferencia, puesto que el agente se responsabiliza plenamente y sólo se exime de tal responsabilidad cuando se hace cargo de los intereses ajenos para salvarlos de un peligro inminente, en cuyo caso responde sólo por dolo (Art. 2391).

35.13. Hay formas de mandato que se **simulan** bajo la apariencia de otros contratos que efectivamente se celebran y surten efectos, pero provisionalmente, para luego hacer pasar los beneficios y las responsabilidades al verdadero interesado, al mandante oculto. Se suelen llamar, negocios mediante **testaferro** o "**presta nombre**".

35.14. El artículo 420 del Código Civil emplea la expresión "**mandato judicial**", pero esta no significa un instituto distinto del mandato, sino que quiere decir simplemente "orden judicial", la que se da mediante un decreto judicial. Se refiere a la potestad del tutor o curador para constituir una hipoteca o servidumbre sobre los bienes raíces del pupilo; la representación legal, se limita mediante la intervención del Juez, para proteger mejor los intereses del incapaz, y la autorización judicial completa la aptitud para representar al incapaz.

35.15. En cambio, sí es verdadero mandato la "**procuración judicial**".- Es una especie dentro del género mandato. Este mandato específico confiere poder para actuar en juicio en nombre del mandante y todos los efectos se producen a favor o en contra del mandante. El procurador no es parte del juicio, sino que actúa en nombre y representación de una de las partes; puede también representar a varias personas que forman una sola parte y que precisamente por esto deben tener un representante común (Art. 1341, Código Civil).

Está definido en el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil: "Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio por otro". Dadas las delicadas funciones que deben desempeñar, los procuradores judiciales, a diferencia de los mandatarios comunes, deben reunir ciertos requisitos, el primero de los cuales consiste en ser abogados (salvo ciertos casos previstos en la ley) su mandato se diferencia del ordinario, porque es siempre **solemne**: se confiere por escritura pública o por escrito reconocido ante el Juez de la causa (Art. 40, Código de Procedimiento Civil). Existen también especiales **inhabilidades** para el ejercicio de este mandato, que se prohíbe a muchos altos funcionarios, a los empleados que intervienen en el juicio y también a los ministros de cualquier culto (Art. 41). La procuración judicial está sujeta a **reglas especiales**, como la del artículo 42: "La incapacidad del procurador no le inhabilita para sustituir el poder" e implica responsabilidades también sui generis, como la obligación de legitimar la personería con la debida oportunidad (Art. 43).

Para ser procurador judicial se requiere -por regla general- ser abogado, pero no todo abogado que interviene en juicio, lo hace en calidad de procurador. La función propia del abogado es la de aconsejar, dirigir jurídicamente al cliente, pero es éste quien toma decisiones trascendentales como las de apelar o no de una sentencia, desistir del juicio o de la instancia o transar, para estos actos de singular importancia, el abogado necesita tener mandato de su cliente o por lo menos que éste ratifique lo actuado en su nombre, de otro modo no obligarían a quien es parte en la litis.

35.16. Los servicios prestados por personas que han debido prepararse con **largos estudios**, generalmente **universitario**, se sujetan a las reglas del mandato, como ordena el artículo 2022, siempre que su actividad "esté

unida a la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros". No se refiere, pues, esta norma a toda profesión académica o liberal, sino a aquellas que implican representación, lo cual es típico de la abogacía. En otras carreras universitarias no suele darse la **representación**, y no originan mandato. No basta, por tanto, que se trate de servicios inmateriales, como son los del médico, el arquitecto, el ingeniero, el auditor, etc., sino que estas actividades profesionales solamente implicarían mandato, si llevan consigo la facultad de **representar**.

35.17. En el Derecho comercial hay figuras especiales de mandato o afines a él, que no corresponde estudiar en esta sede, pero que al menos se deben nombrar. El **corretaje** se distingue, según explica Fueyo, en que el corredor no actúa en nombre del comitente, sino en nombre propio. El corredor es más bien un "mediador" que acerca a dos posibles partes para que negocien entre sí. La naturaleza jurídica de este intermediario se ha discutido; la doctrina alemana y algunos comentaristas españoles como Castán, Pérez González y Alguer, definen este contrato como aquel en que una de las partes (corredor) se compromete a indicar a otra (comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico o a servirle de intermediario en esa conclusión, a cambio de una retribución, llamada comisión o premio. Visto así, el corretaje no es propiamente un mandato y se acerca más al contrato de servicios profesionales, pero se remunera el resultado, solamente si hay éxito; algunos lo consideran simplemente un contrato innominado, un "*facio ut des*".

El Código de Comercio define los **corredores** como "agentes reconocidos por la Ley para dispensar su mediación a los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos" (Art. 74). Tienen un carácter semipúblico, que los asemeja a los notarios pues deben optar por oposición para ser nombrados por el Presidente de la República, previo rendimiento de caución (Arts. 75 a 77).

También los **martilladores** ocupan una situación pública, en ejercicio de la cual representan a otro; el artículo 104 del Código de Comercio los define como "oficiales públicos encargados de vender públicamente, al mejor postor".

35.18. El **Factor**, según dispone el artículo 117 del Código de Comercio, "es el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño". Más adelante, se indica que los factores pueden tener "poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomiende" (Art. 120), de donde aparece claramente que hay dos clases de factores: unos que son mandatarios y otros que son simplemente empleados que prestan servicios. La calidad de trabajadores, sometidos a las leyes laborales, no siempre resulta fácil de establecer: los linderos entre el contrato de servicios y el de mandato no son tan precisos y es la jurisprudencia la que ha ido matizando la diferencia.

En términos generales se afianza en la jurisprudencia que para que el contrato sea de mandato y no de prestación de servicios, el poder ha de ser **general** y entrañar **representación**; si el contrato confiere solamente atribuciones restringidas, de índole administrativo, internas y no de representación ante terceros, entonces se configura como contrato de servicios.

35.19. Los **dependientes de comercio**, según los casos, pueden ser o no ser mandatarios. En principio, son empleados subalternos de un comerciante (Art. 123 Código de Comercio), pero pueden recibir expresamente la facultad de ejecutar en nombre del principal determinadas operaciones concernientes a su giro (Art. 125), en estas circunstancias ya ejercen un mandato. En el artículo 126 se señalan ciertas acciones que un dependiente solamente puede realizar si se le ha autorizado mediante escritura anotada y publicada: firmar la correspondencia, girar, aceptar o endosar letras de cambio, o libramientos, suscribir obligaciones y otras acciones propias del agente viajero.

Tanto los factores como los dependientes, si actúan como mandatarios, deben dejar constancia al firmar, que obran por poder y en tal caso obligan a sus principales al cumplimiento de los contratos que celebren, sin quedar ellos personalmente obligados, salvo por las responsabilidades laborales si ellos a su vez tienen obreros o empleados a sus órdenes (Arts. 129; 130 Código de Comercio).

35.20. El contrato de **comisión** se define en el artículo 374 como "el que ejerce actos de comercio, en su propio nombre, por cuenta de un comiten-

te". Queda claro que el comisionista no es por ello mandatario; y se reafirma esto, en el artículo 377 que dice: "Si el negocio encomendado se hiciere bajo el nombre del comitente, los derechos y la obligación que produce se determinarán por las disposiciones del Código Civil sobre el contrato de mandato". De modo que la comisión comercial se desvirtúa en el momento en que hay verdadera representación, y entonces comienza regirse por las normas civiles.

35.21. El **endoso** de una letra de cambio o de un pagaré a la orden, se convierte en verdadero mandato cuando es endoso "valor al cobro", "para cobrar" o "por procuración", tal como dispone el artículo 426 del Código de Comercio. En esa situación, el portador puede ejercer todos los derechos que se deriven del título de crédito, pero solamente puede volver a endosar a título de procuración; los obligados solamente pueden invocar contra el portador las excepciones que podrían oponer al endosante.

35.22. Quienes **administran una sociedad** por disposición de su estatuto, son órganos representativos de la misma, y el Código los llama varias veces "mandatarios", en el sentido de que tienen los mismos poderes que ellos; para los efectos de la renuncia o de la revocatoria de sus poderes, el artículo 1978 se remite expresamente a las reglas del mandato.

Hay verdadero mandato en los casos previstos en el artículo 1979 y siguiente, por los cuales, en la sociedad colectiva, uno de los socios asume la representación por resolución de los socios: los otros confieren un mandato al que ha de administrar en su nombre y en nombre de la sociedad.

35.23. La simple **recomendación** de negocios ajenos no es mandato, según declara expresamente el artículo 2025, con cierta cautela: "en general". Equivale a decir que en otros casos sí hay mandato. El asunto resulta confuso, y la ley deja al buen criterio del Juez el determinar en que casos hay mandato y en cuales no, "según los términos de la recomendación". La norma general, de todos modos, es que en la duda se ha de preferir considerar que no hay mandato.

Entra en consideración aquí, el género de actividad que se recomienda. Así, en una sentencia se declara que no existe mandato por cuanto lo que se recomendó fue el traslado de una mercancía, lo cual no implica facultad de

representar ni actividad propiamente jurídica; esta sentencia tampoco acepta que haya contrato de transporte, por no existir precio, siendo éste natural en el contrato de transporte.

Puede sin embargo, tratarse de gestiones de índole jurídico, pero que no llegan a ser objeto de un verdadero mandato, sino de mera recomendación, por no existir una relación causal, que obligue realmente a una parte a obrar en nombre de la otra; este fue el caso resuelto en otra sentencia que no admitió la existencia de mandato, en un encargo de hacer las gestiones para vender una casa; esta relación fue más bien la de un corredor y no de un mandatario.

En la vida diaria, los recomendados para recibir pagos periódicos, de cuotas, arrendamientos, etc., presentan esta situación ambigua, que origina dificultades de calificación de la naturaleza de la relación jurídica, como puede comprobarse en algunos casos judiciales.

35.24. Mucho más lejos del mandato se halla el **mero consejo**. El artículo 2023 dice: "El negocio que interesa al mandatario sólo, es mero consejo, que no produce obligación alguna.- Pero si este consejo se da **maliciosamente**, obliga a la indemnización de perjuicios".

El punto decisivo consiste en que el negocio ha de tener alguna importancia para el mandante, pues, si no tiene ningún interés en ello, no hay mandato, sino mero consejo. Ahora bien, ya que el mero consejo no origina ninguna obligación, se entiende que la malicia del consejo ha de ser tal que conduzca efectivamente a actuar de manera perjudicial; esto se producirá, si hay engaño, o si la influencia del consejero es tal que el aconsejado procede razonablemente al seguir sus indicaciones; de otro modo, no cabría responsabilizar al que solamente aconseja, ya que la otra persona permanece libre de aceptar o no lo indicado.

Para que exista mandato se requiere que haya un encargo de algún asunto (con trascendencia jurídica), y quien encarga debe tener interés, sea personalmente o porque desea favorecer a un tercero. Si absolutamente no afecta al supuesto mandante, no hay en realidad mandato. En cambio, nada impide que, además del interés del mandante, se dé también un interés del

mandatario o de una tercera persona: esto no quita ni disminuye el necesario interés del mandante, y no desvirtúa el contrato.

Por consiguiente, el mandato puede ser en interés: 1. Sólo del mandante; 2. Del mandante y del mandatario; 3. Del mandante y de un tercero; 4. Del mandante, el mandatario y un tercero; y, 5. Del mandatario y un tercero; 6. Sólo de un tercero. Lo único que desvirtúa el mandato, bajo este aspecto, es la total carencia de interés del mandante: se trataría de un negocio ajeno, en el que no tendría por qué intervenir y no se justificaría que confiera poder a otro para ello.

36. Clases de mandato

36.1. De la exposición anterior, aparecen varias clases de mandato, según los puntos de vista, criterios de clasificación o aspectos que se consideren.

36.2. La distinción del mandato **público** del **privado**, se refiere al ámbito de aplicación y atribuciones así como las leyes que rigen a uno y otro. El primero corresponde a las autoridades del Estado y se rige por la Constitución y las leyes de **Derecho Público**. De una u otra manera, todo funcionario público representa, ejerce un mandato, dentro del desempeño de sus funciones y sus atribuciones están precisamente marcadas por las leyes. En cambio, el mandato privado surge de la **voluntad autónoma** de las personas, se establece mediante contrato y tiene la extensión y alcance que las partes le quieran dar, dentro de un marco muy genérico señalado por la ley.

36.3. El mandato privado puede ser **civil** o **mercantil**, según se destine a conferir poderes para actos de una u otra especie, y ello determina que las formas, las relaciones y responsabilidades que derivan, se rijan por las normas civiles o las mercantiles. Cabe que un mandato habilite para ambas clases de negocios jurídicos, en cuyo caso se han de observar las reglas de ambos cuerpos legales.

Las disposiciones de ciertas **leyes especiales**, matizan el mandato con alguna característica peculiar. Tal sucede con el mandato que ejercen en nombre de los empleadores sus subordinados, en cuanto a las relaciones laborales con los empleados u obreros que están bajo su dependencia; se trata de un mandato civil, pero con algunas características *sui generis*.

36.4. En cuanto al contenido mismo de la relación entre mandante y mandatario, surge la distinción entre el mandato **representativo** y el que carece de representación. El primero es en el mundo contemporáneo el mandato propiamente dicho, o por excelencia, y cuando no hay representación, se trata de una figura muy similar, pero no exactamente idéntica al mandato. En el mandato **sin representación**, el mandatario ejecuta los actos jurídicos en su propio nombre, aunque en interés y por cuenta del mandante, a quien deberá trasladar los efectos jurídicos con los correspondientes actos.

El artículo 2055 reconoce dos maneras de actuar del mandatario: a nombre del **mandante** o **a su propio nombre**; "si contrata a su propio nombre no obliga al mandante, respecto de terceros".

36.5. Se distingue el mandato **oneroso** del **gratuito**, según tenga o no tenga remuneración el mandatario, por su acción. Cuando el mandato es oneroso, asume plenamente las características de un contrato **bilateral**, ya que cada parte se obliga hacia la otra, y aún se debe considerar **conmutativo**, porque las obligaciones de cada uno dependen del cumplimiento de la otra parte. En cambio, en el mandato gratuito prevalece la voluntad del mandante y directamente sólo origina obligaciones del mandatario, aunque ambas partes tendrán lógicamente deberes, se considera más bien un contrato **unilateral**.

36.6. La clasificación que presenta mayores dificultades, pero al mismo tiempo tiene enorme trascendencia práctica, es la del mandato **general** y **especial**. Indudablemente, la amplitud de facultades concedidas al encargado pueden varias indefinidamente, y en una cuestión de grados, resulta arbitrario poner el límite en un punto determinado; caben mandatos más o menos amplios, y se habla de poderes generales y "generalísimos", todo lo cual es bastante relativo.

La mayor o menor extensión de las facultades concedidas, se puede referir a **un negocio** especial y único, en cuyo caso no cabe duda de que el mandato se ha de calificar de especial; o bien puede abarcar **varios actos** de la misma especie, o **negocios jurídicos de diversa índole**. La práctica o costumbre usual, y la jurisprudencia, han ido matizando estos conceptos de las dos clases de poderes.

36.7. También se estudiará a propósito de los deberes y derechos de las partes, los casos de mandato **simple o plural**. El artículo 2030 establece que puede haber uno o más mandantes y uno o más mandatarios, y la administración de éstos será conjunta o separada, variando los casos en que la división de atribuciones haya sido establecida en el contrato o posteriormente por convenio entre los diversos encargados.

36.8. Hay el mandato **directo**, que es el más frecuente, pero también se da el derivado o **indirecto**, cuando el mandatario ha nombrado a su vez otra persona que le represente en el ejercicio de sus funciones. Se suele decir "delegación del mandato", pero también se produce una subrogación, con efectos bastante distintos.

36.9. La forma del contrato origina otras clasificaciones: **mandato oral o escrito; expreso o tácito**. De esto se dirá algo a propósito de la forma o solemnidades.

37. Capacidad jurídica para este contrato

37.1. Hay que distinguir la capacidad que se requiere **para celebrar el contrato de mandato**, tanto activa como pasivamente, y por otra parte, la capacidad del apoderado **para realizar diversos actos** jurídicos; este segundo aspecto, sigue las reglas generales.

37.2. El **comitente** ha de tener la capacidad necesaria para contratar y para encargar a otro el negocio jurídico de que se trate. El absolutamente incapaz, obviamente no puede dar mandato; estas personas están sujetas a representante legal. En casos especiales les representa el Juez o el fiscal.

Los **relativamente** incapaces, podrán conferir mandato para aquellos negocios que ellos mismos podrían realizar. Así el menor adulto que esté emancipado, administra su peculio y da mandato válido a otra persona para que lo administre; pero este mismo incapaz relativo no dispone libremente de los bienes, no puede por ejemplo donar inmuebles u otros bienes de gran valor, y para esto no puede conferir mandato válido, sin completar su parcial incapacidad con la correspondiente autorización judicial.

En el régimen vigente antes de la reforma del 4 de junio de 1970, la mujer casada era relativamente incapaz, pero, por excepción, podía conferir mandato válido a su marido. Hoy el matrimonio no altera la capacidad de los cónyuges. El mandato del uno al otro es perfectamente posible y válido, conforme al artículo 218 del Código Civil y como lo era incluso antes, pero ya no es una excepción, sino que tienen la misma capacidad que si fueran solteros.

Son hábiles para nombrar procuradores judiciales los que pueden comparecer en juicio por sí mismos, según dispone el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil.

37.3. Universalmente se admite una mayor flexibilidad en cuanto a la capacidad **del mandatario**, esto se debe a que supuesta la capacidad del comitente, éste tendrá la sensatez de encargar sus asuntos a quien le parezca apto para cuidar de ellos. Naturalmente no hemos de admitir que se de mandato válido a un absolutamente incapaz, ya que cuanto ejecute sería absolutamente nulo y no sujeto a ratificación; pero, tratándose de incapaces relativos, la ley permite completar su deficiente habilidad jurídica con la autorización de otras personas; esto sucede con los hijos de familia menores adultos y con los pupilos que no sean absolutamente incapaces, y que actúan válidamente si obtienen la autorización de sus representantes legales, o a falta de ellos, del Juez. Resulta, pues, lógico permitir que una persona capaz confíe sus negocios a un relativamente incapaz.

Pero lo que se acaba de decir, no se aplica a la realización de actos que exigen especiales solemnidades o que se reservan exclusivamente a los plenamente capaces. Este es el caso de la **intervención en juicio**: si se ha conferido poder a una persona relativamente incapaz, el proceso en que ésta ha intervenido no se anulará por tal circunstancia; pero, probado el hecho de la incapacidad, dejará de contarse con el procurador y continuará el juicio con el poderdante.

El artículo 2032 del Código Civil dice: "Si se constituye mandatario a un menor, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán surtir efecto sino según las reglas relativas a los menores". De esta manera la ley combi-

na la protección debida a los incapaces y garantiza la eficacia de un negocio que en realidad interesa a una persona capaz, como debe serlo el mandante. Este artículo se aplica únicamente a los **menores adultos**, ya que los impúberes son absolutamente incapaces.

En el Código de Comercio se establecen especiales normas de capacidad para algunos negocios: no pueden ser corredores los menores, aunque estén autorizados para el comercio (Art. 80 Num. 3); puede ser factor toda persona que tenga la libre administración de sus bienes; sin embargo, puede serlo el hijo de familia y el menor emancipado que hubiere cumplido catorce años, si están autorizados expresamente.

Si una persona capaz confiere poder a un incapaz, éste puede aceptar o no aceptar el nombramiento; en el caso positivo, debe desempeñar sus funciones, pero no se le priva de la acción para que se declare nulo el mandato por su incapacidad. No es admisible, sin embargo, esa acción de nulidad para liberarse de responsabilidades provenientes de dolo, ni es equitativo que el mandatario se enriquezca sin causa, por lo que el mandante en todo caso podrá exigir que se le transfieran los bienes o créditos que le correspondan y que estén en manos del incapaz.

Además de la capacidad general, hay que considerar la **específica para ciertos actos**, que consiste en legitimación o poder de disposición. Las normas legales que imponen requisitos de esta índole, se refieren al titular de los derechos, es decir, al comitente y no al mandatario. Por ejemplo, se prohíbe el ejercicio del comercio al Presidente de la República y a otros altos funcionarios, lo cual implica que ni ellos directamente, ni a través de mandatario pueden hacer esos negocios. Se recurre a veces a la intervención de un mandatario, pero si se obra en fraude de la ley, los actos tendrán la misma nulidad que si hubieran sido directamente ejecutados por aquellas personas.

38. Objeto

38.1. El objeto del contrato de mandato consiste en la ejecución de **algún negocio jurídico** o de un conjunto de ellos. Las precisiones respecto del contenido del encargo, su modo de realizarse y la responsabilidad que trae consigo, se tratan a propósito de los deberes y derechos de las partes, pero

aquí es conveniente señalar las características principales de dicho objeto, considerado abstractamente.

38.2. El encargo que se hace al mandatario consiste en cumplir actos **administrativos,** aunque puede comprender también actos de **disposición**. Lo más normal y generalizado es que el comitente pide al mandatario que conserve, cultive y defienda determinados bienes, haciéndoles producir lo que es ordinario; las facultades que naturalmente corresponden al encargado de ejecutar esa voluntad, son, por consiguiente, de orden administrativo. Estos son los poderes "naturales" del mandatario, es decir, los que le corresponden mientras no conste otra cosa.

El artículo 2036 dice: "El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo los unos y los otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se hayan encomendado.- Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial".

Todo el artículo está redactado pensando en el mandato general o el especial para un ramo más o menos amplio, y principalmente para los asuntos referentes a la administración de capitales, industrias o tierras agrícolas. Pero hay que tener en cuenta que puede darse mandato para **actos especiales**, como para expresar el consentimiento matrimonial, aceptar una donación; en estos negocios singulares, las facultades del mandatario son mucho más precisas y restringidas.

El mandante puede, ampliar o restringir las **facultades naturales** del mandatario, y éste debe acatar la voluntad del primero. El artículo 2035 ordena: "El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo". Lo jurídicamente natural, es pues, mantenerse en el "**giro administrativo ordinario**", lo que equivale a decir, lo que es normal, lo usual en el asunto que se ha encargado.

38.3. Puig Peña opina que el objeto del mandato "ha de proyectarse sobre actos o servicios de gestión, posibles, lícitos y determinados y, sobre todo, que no tengan matiz personalísimo". Encuentro plenamente aplicable a nuestro Derecho estas cualidades abstractas que ha de tener el objeto del mandato.

Efectivamente, la gestión o administración que se encarga, debe ser posible, lícita y determinada. Un encargo imposible carece de eficacia jurídica, sería por ejemplo el caso del poder conferido para adquirir algo que ya pertenece al mandante. Cualquier acción ilícita que se confíe a la realización de otro, sigue siendo ilícita y no puede originar derechos en quien comete una transgresión de la ley. Y la indeterminación total del mandato equivaldría a no dar ningún mandato.

La exclusión de los actos **personalísimos** corresponde al designio de la ley de resguardar una esfera rigurosamente privada, en la cual la voluntad del sujeto no puede ser reemplazada por la de otro y ni siquiera transmitida por interpuesta persona. Estos actos son principalmente los actos testamentarios y los relativos al ejercicio de las potestades paterna o marital. Nada se opone, en cambio, a que dentro del desempeño de esas funciones, una persona encargue determinadas acciones jurídicas para la ejecución de su voluntad.

38.4. El objeto del contrato puede ser algo que interese en común al mandante y el mandatario, o a los dos y un tercero, pero no cabe mandato en **interés exclusivo del mandatario**; esto equivaldría a una mera recomendación sin trascendencia. El artículo 2023 toma en consideración este caso, para excluir el mandato y para determinar la responsabilidad que habría si el consejo se da maliciosamente y produce algún perjuicio. El acto que bajo la apariencia de un mandato, indujera a error o a una actuación dañina, acarrea a quien lo hace, la obligación de reparar el perjuicio.

38.5. No es admisible una **oposición de intereses** entre el mandante y el mandatario. Así el comisionado no puede comprar o vender al comitente ya que las situaciones de comprador y vendedor son naturalmente antagónicas: el vendedor desea alcanzar el mejor precio y el comprador el más barato. Si el mandatario comprara algo del comitente o le vendiera a éste algo suyo, estaría en definitiva contratando consigo mismo, asumiendo a la

vez la posición de vendedor y de comprador. Esta prohibición de comprar o vender algo para sí mismo, se extiende a otros contratos en que se transfiere el dominio o se produce cualquier desplazamiento de capital o derechos, en una palabra, en cualquier contrato bilateral.

Se exceptúa el caso de que el mandante haya **expresamente autorizado** al mandatario el adquirir algún bien del primero, o le haya dado poder para venderle lo que pertenece al comisionado. En estos casos, en realidad, la precisión del poder elimina el conflicto de intereses: si el comitente señala la cosa y el precio, el mandatario sería un mero ejecutor de la voluntad del mandante. Igualmente se prohíben los contratos de préstamos entre las dos partes, aunque se aceptan algunas excepciones que hemos de considerar al hablar de la administración del poder.

Tampoco es admisible que el mandatario represente simultáneamente a dos personas con intereses contrapuestos entre sí, salvo así mismo, que ambas partes hayan precisado todos los detalles y éstos se cumplan.

39. Forma o solemnidad

39.1. Desde su origen y hasta ahora el mandato es contrato simplemente **consensual**, que por sí mismo no exige una forma especial; las solemnidades se hacen necesarias por la índole de las gestiones encargadas, tanto para la prueba como para contar con un documento habilitante necesario para la validez de ciertos actos.

39.2. El consentimiento se expresa por escrito, oralmente, o incluso de modo tácito, con el mero silencio. Como es un contrato bilateral, los dos consentimientos deben coincidir y se han de expresar de alguna de esas maneras; cabe, por tanto, que la actitud de una parte sea expresa y la de la otra tácita, o ambas igualmente expresas o tácitas.

El artículo 2027 dice: "El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico".

La oferta, orden o encargo activo, más difícilmente se hará de modo tácito; casi siempre será expresado de palabra o por escrito.

39.3. Más fácil resulta interpretar el silencio del mandatario como **aceptación**, siempre que vaya unido a, por lo menos, un principio de cumplimiento del encargo. Esta aceptación del encargo sella el contrato, lo perfecciona, ya que antes solamente existe la voluntad unilateral del que desea confiar sus negocios. Tal aceptación puede ser igualmente expresa o tácita y manifestada por escrito o de simple palabra oral.

El artículo 2028 desarrolla este punto: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.- Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.- Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halla todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra manera, se hará responsable en los términos del artículo 2071". En otras palabras, no se admite la renuncia intempestiva del que ya aceptó, y se entiende que tiene tal carácter, cuando por las circunstancias, el comitente no está en aptitud de atender al negocio ni de nombrar otro mandatario; ciertamente será bastante difícil la prueba de esta situación, salvo algunos casos evidentes, como los de grave enfermedad o larga ausencia del lugar.

Tanto la doctrina como la práctica bancaria consideran como un mandato las órdenes de **transferencias** de fondos dadas por un cliente a su banco. Si tales órdenes no se cumplen, ocasionan graves perjuicios.

39.4. De todas formas, para **probar las obligaciones**, cuando su cuantía pasa de dos mil sucres (cantidad que tendrá que actualizarse), se requiere que exista un principio de prueba por escrito, como lo exige el artículo 1727, por lo cual los mandatos conviene que consten por escrito, para hacer posible su prueba. Varias sentencias han admitido la sola prueba de testigos para probar el mandato en cuestiones laborales para las que no se requiere constancia escrita sino pasada así mismo cierta cuantía.

39.5. Si el objeto del mandato consiste en modificar **derechos o cargas reales relativas a inmuebles**, se requiere que tales actos se hagan median-

te escritura pública y en consecuencia, también el mandato debe hacerse con tal solemnidad.

39.6. La **procuración** para juicio debe conferirse por escritura pública o por escrito reconocido ante el Juez de la causa.

39.7. Hay casos en los que se presume el mandato por expresa **disposición de la Ley,** como sucede en las sociedades colectivas, en las que conforme al artículo 1985, "No habiéndose conferido la administración a uno o más de los consocios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas en los artículos precedentes (...)".

40. Administración del mandato

40.1. El Código Civil, en el parágrafo 2° del Título XXVII, trata de las atribuciones y responsabilidades del mandatario. Los deberes y derechos de éste, son correlativos de los derechos y obligaciones del comitente; sin embargo, el Código reserva para otro parágrafo, el 3º el centrar la atención en las obligaciones del mandante.

De todos estos variados temas trataremos a continuación, clasificándolos según se refieren a: Las facultades ordinarias del mandatario; las facultades extraordinarias; los actos que se le prohíben; el mandato plural; las situaciones especiales; las responsabilidades de una y otra parte en sus relaciones; las obligaciones de informar y de rendir cuentas. Dejamos para el punto siguiente lo relativo a las relaciones con terceros, y finalmente, la terminación del mandato.

40.2. Las **facultades naturales** del mandatario consisten en la gestión o administración del giro ordinario que se le haya confiado. Esta es la administración ordinaria, que comprende fundamentalmente actos de conservación, cobro de créditos, pago de deudas, reparación y defensa de las cosas o negocios recibidos.

Si el mandato no contiene más detalladas especificaciones, se ha de entender que se extiende exclusivamente a estas **facultades ordinarias**. En caso

de duda, debe interpretarse el contrato de suerte que se reconozcan estas facultades y sólo ellas.

40.3. "El mandatario **se ceñirá rigurosamente a los términos** del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo", dice el artículo 2035, de suerte que es la voluntad del comitente, expresada en el contrato, la que ha de prevalecer, salvo alguna extensión que se contemple expresamente en las leyes.

La **interpretación del contrato** asume enorme importancia en esta materia, y debe realizarse conforme a las reglas generales de tal hermenéutica, teniendo en cuenta las costumbres y lo que la jurisprudencia ha ido precisando al respecto.

Puig Peña resume así algunos detalles que la jurisprudencia de España ha precisado en orden a los límites del mandato, o los poderes ordinarios: a) Hay que estar a los términos literales, pero entendidos conforme a la intención con que se han empleado; b) En la duda, se aplica el refrán de que quien puede lo más, puede lo menos; c) Se consideran excesos: 1. Comprar en mayor precio o vender en menor precio del indicado; 2. No observar el requisito de aprobación por el mandante, cuando éste se ha reservado tal potestad; 3. Celebrar el negocio sin esperar instrucciones anunciadas; 4. Operaciones ajenas al objeto; 5. No contar con la cooperación de personas o entidades señaladas para el efecto; y, 6. Enajenar, cuando sólo se debía administrar.

Nuestros tribunales igualmente han resuelto algunos casos que contribuyen a demarcar los límites de las facultades ordinarias del mandatario, algunas de esas sentencias se relatan a continuación.

Habiéndose conferido mandato por escritura pública, el mandatario debía sujetarse estrictamente a los términos de dicho documento, no teniendo en consecuencia otras facultades que las simplemente administrativas, y siendo necesario poder especial para cualquier otro negocio que exceda de la simple administración.

El mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, en éste se le facultaba para obtener la desocupación del inmueble que se

SIB - UCE

describe en la escritura y que al momento se hallaba ocupado en forma ilegal por una familia extraña; en caso de venta, se le autorizaba para interponer los recursos legales y judiciales en orden a obtener la desocupación; estas facultades, en cambio, no autorizaban al mandatario para impugnar judicialmente un contrato de promesa de venta del mismo inmueble.

Habiéndose conferido mandato, por escritura pública, para que un abogado represente como procurador judicial en el juicio de divorcio, este mandatario podía intervenir, sin necesidad de que se precise la causal por la que se intentaría la acción de divorcio. Distinto sería el caso de que se tratara de divorcio por mutuo consentimiento, para el que requeriría un mandato expreso para proceder de dicha forma.

Si se ha confiado cobrar varias deudas, esto no implica que el mandatario pueda pagar a los acreedores del mandante, con el dinero recaudado; esta segunda facultad debía constar debidamente documentada, por tratarse de asunto de mayor cuantía.

El reconocimiento de un hijo ilegítimo es un acto personal, pero no se excluye el que sea realizado por medio de apoderado; en tal caso se requiere, dada la calidad del acto solemne y auténtico, que el poder conste también por instrumento público, no siendo admisible una simple carta de autorización .

Bien puede el mandatario a quien se le confiere poder general, aceptarlo para uno o más litigios y rehusarlo para otros. En esta resolución se aprecia cómo la voluntad del mandatario completa y modifica la determinación del poder, conferido más ampliamente por el comitente.

El poder general conferido por un marido a su mujer no le faculta para contratar a su propio nombre ni para constituir fianzas a favor de terceros porque estos actos accesorios no son propios de la administración de los bienes del mandante y se requeriría cláusula especial, pues la fianza es considerada por la ley como contrato de mayor gravedad que la enajenación de bienes.

El poder conferido para demandar, cobrar y recibir lo que se deba al poderdante, no autoriza al apoderado para administrar las cantidades recibidas

de los deudores de aquél. En consecuencia, puede el primero exigir del segundo, la inmediata entrega de esas cantidades. Es acto de administración el cobro de todo cuanto se adeude a la herencia.

El mandatario no puede aceptar el cargo de liquidador conferido a su mandante ausente, si no consta en el poder cláusula especial que le capacite para tal aceptación. Esa cláusula es indispensable para la validez de la aceptación, porque no se trata de un acto de mera administración de bienes, sino de uno de aquellos que imponen al mandante obligaciones de carácter personal.

La facultad de celebrar promesa de venta de un inmueble requiere de cláusula especial, y si existe ésta, no autoriza por sí sola a efectuar la venta del inmueble y a cobrar su precio y pagar con él a los acreedores hipotecarios, cuestiones distintas de la simple promesa de venta.

Habiéndose conferido poder a una persona para que represente al interesado en un juicio de inventario, no ha de entenderse que tal poder es también para el correspondiente juicio de partición.

40.4. Algunas **disposiciones legales**, no contenidas en el Título sobre el Mandato, determinan ciertas facultades que competen al mandatario.

El artículo 1674 establece que: "El mandatario puede oponer al acreedor del mandante, no sólo los créditos de éste, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación. Pero no puede compensar con lo que el mismo mandatario debe a un tercero lo que éste debe al mandante, sino con voluntad del mandante". En el primer supuesto, la compensación beneficia al mandante, ya que lo adeudado por su mandatario le sirve para extinguir la obligación que tiene hacia una tercera persona: el mandatario paga por el comitente con su propio crédito, por tanto, aparentemente nada pueden sufrir ni el poderdante ni el acreedor, sin embargo, se pide que el mandatario preste garantía de que el mandante dará por firme la compensación.

Según dispone el artículo 687 del Código Civil, "pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios o sus representantes legales", y en el inciso 4° se agrega: "La tradición hecha por o a un mandatario debidamen-

te autorizado, se entiende hecha por o al respectivo mandante". Tanto el representante legal como el mandatario han de actuar dentro de los límites de sus poderes, y uno y otro pueden realizar el hecho material de dar o recibir, siempre que se inscriba en las facultades que les corresponden: todo dependerá del título por el que se ejecutan esos actos y si se encuadra o no la acción jurídica en los términos del poder.

El artículo 690 insiste en esta obligación de mantenerse dentro de los límites del mandato en lo referente a la tradición: "Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere, además, que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal"; así, pues, tanto los representantes legales como los mandatarios, que son representantes voluntarios, no tienen otras atribuciones que las que han recibido sea por disposición legal o por la voluntad del comitente. Tan es así, que el error del mandatario invalida la tradición (Art. 694), el que no es mandatario (o representante) no puede conferir justo título en nombre de aquél a quien no representa (Art. 719).

El mandatario puede tomar posesión en nombre del mandante. El artículo 735 prevé esto: "La posesión puede tomarse, no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario o por sus representantes legales". Nótese, además, que el comitente toma posesión aún sin su conocimiento, siempre que haya dado mandato; a falta de éste, se trataría de una agencia oficiosa y surtiría solamente efecto a favor de quien ratificara lo actuado en su nombre (Art. 736).

40.5. Puede apreciarse, a través de los ejemplos anteriormente expuestos de jurisprudencia y disposiciones legales complementarias, que no resulta fácil circunscribir el ámbito de las facultades normales del mandatario. El artículo 2036 trata de hacerlo, refiriéndose a los "actos de administración" y lo "tocante al giro", además de dar unos cuantos ejemplos, por cierto, los más salientes entre aquellos actos. El siguiente artículo pone en guardia frente a expresiones que pueden parecer englobar mucho y que, sin embargo no confieren mayores poderes y el artículo 2038 extiende un tanto las facultades del mandatario, al reconocerle el derecho de utilizar los medios adecuados para la finalidad que se le haya cometido. Estos tres artículos deben entenderse en su conjunto, ya que los tres se dirigen a clarificar el contenido normal del mandato. He aquí sus textos:

"Art. 2036.- El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, pertenecientes los unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar acciones posesorias e interrumpir prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.- Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará poder especial".

"Art. 2037.- Cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales.- Por la cláusula de libre administración se entenderá solamente que el mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula".

"Art. 2038.- La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligara a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato".

Insisto en que, de la lectura atenta de estas disposiciones se concluye que el legislador desea hacer prevalecer la voluntad del mandante y conferir al mandatario rigurosamente sólo las facultades necesarias para cumplir el encargo, lo cual incluye, esto sí, el empleo de los medios adecuados.

El segundo inciso del artículo 2037 resulta un tanto tautológico, ya que ordena interpretar la "cláusula de libre administración", como dispongan las leyes que se deba interpretar. Equivale a una remisión general a la legislación, en todo lo que se diga sobre la libre administración, pero realmente no se encuentra en la legislación otras disposiciones que las de los mismos artículos que se acaban de citar. Más acertado sería remitirse a las precisiones que la jurisprudencia haya establecido o establezca.

40.6. En el Título sobre el Mandato, se señalan algunos actos que **requieren cláusula especial** o una expresa autorización del comitente; unos, se

indican directamente y otros de modo indirecto. En el primer grupo están los siguientes: 1. Transigir; 2. Comprometer en árbitros; 3. Deferir el juramento; 4. Vender; 5. Recibir el precio de lo vendido; 6. Hipotecar; 7. Prestar dinero al comitente; 8. Tomar prestado dinero del mandante; 9. Colocar el dinero en préstamo. (Indirectamente entran en esta categoría); 10. Cobrar deudas del poderdante, que no entren en el giro ordinario; 11. Pagar sus deudas, si así mismo, exceden del giro ordinario (Art. 2036); 12. Intentar acciones judiciales distintas de las posesorias o las destinadas a interrumpir la prescripción; 13. Comprar cosas que no sean necesarias para la conservación, cultivo o producción de lo que se ha encargado al mandatario. Hay otros negocios jurídicos que también requieren poder especial, pero que no se mencionan en este Título, sino en otros lugares del Código Civil, como son los siguientes: 14. Novar; 15. Constituir una sociedad; 16. Proceder a división de bienes; 17. Aceptar una donación; 18. Constituir al mandante en fiador; 19. Aceptar herencias. Además, la doctrina y el mismo Código, de manera indirecta, exige poder especial para los actos de índole personal, principalmente: 20. Contraer matrimonio; 21 aceptar el reconocimiento como hijo; 22. Reconocer a un hijo; 23. Impugnar el reconocimiento; 24. Repudiar una herencia. A todos estos actos habría que añadir los de carácter procesal, que no se permiten al Procurador judicial, sin intervención del cliente, y los de orden comercial o sometidos a leyes especiales, por ejemplo, los de minería (para denunciar una mina), de propiedad intelectual etc. Examinemos a continuación estos casos.

40.7. "La transacción es un contrato por el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual", define el artículo 2348. Y en el artículo 2350 se declara: "Todo mandatario necesita poder especial para transigir.- En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir". Por consiguiente, la facultad debe ser dada con la mayor precisión, respecto del acto mismo, que implica normalmente ceder o renunciar en alguna medida los propios derechos, y en cuanto a los objetos sobre los que recaerá la transacción.

En el artículo 2348 leemos: "La facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa". Por lo tanto, el comitente que desee conferir estas dos facultades ha de mencionarlas expresamente y la designación de la una, no acarrea el poder de realizar la otra.

Se explica la razón de esta exigencia legal, en una sentencia: "Por la transacción se hace el abandono de una pretensión o de un derecho que se cree tener, y ello importa, por esto, una disposición o una enajenación de este derecho, por esto se requiere poder especial".

La jurisprudencia ha corroborado la necesidad de esta cláusula especial para las transacciones, y la forma de conferir el poder ha de ser adecuada para acto de tanta trascendencia.

El Código de Procedimiento Civil en el artículo 44 establece que el procurador judicial necesita cláusula especial para: 1. Transigir; 2. Comprometer el pleito en árbitros; 3. Desistir del pleito; 4. Absolver posiciones y deferir el juramento decisorio; y, 5. Recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella.

40.8. El hecho de "comprometer", es decir, someter a **arbitraje**, es un negocio jurídico arriesgado, porque, aunque la resolución de una controversia mediante árbitros tiene ciertas ventajas, está menos controlada jerárquicamente. De aquí que se considere un acto que no se debe realizar sino con el expreso consentimiento de la parte capaz de darlo, y se prohíbe respecto de asuntos que interesan a incapaces sometidos a representación legal, salvo expresa aprobación judicial (Art. 425 Código Civil).

La palabra "comprometer", se emplea también en el sentido de contraer una obligación, así se usa, por ejemplo en los artículos 2054 y 2238; pero el artículo 2045, se refiere, indudablemente al "compromiso en árbitros", y no a cualquier obligación; aunque habría sido preferible que el Código dijera expresamente "comprometer en árbitros".

40.9. "El mandatario no podrá **deferir al juramento decisorio** sino a falta de otra prueba", dice el segundo inciso del 2045. El artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, que enumera el juramento decisorio entre los actos para los que el procurador requiere de poder especial.

Si el compromiso en árbitros implica algún riesgo, mayor es el que se corre al dejar la suerte del litigio pendiente de lo que diga, con juramento, la parte contraria: todo depende de la veracidad y honradez del contrincante. Resulta, pues, evidente que este peligro solamente se ha de asumir por parte de

quien es dueño de sus derechos y puede disponer de ellos con plena capacidad; no puede hacerlo el incapaz, y tampoco se consiente al que cumple un encargo, pero no es dueño, por esto el mandatario necesita esta expresa autorización del comitente. Además, el artículo transcrito agrega que "sólo a falta de otra prueba" se ha de recurrir al juramento decisorio; si hubiere otras pruebas suficientes, no sería lícito que el procurador -tal vez por comodidad- defiriera el asunto al juramento de la parte contraria, aunque esté autorizado para ello por su poderdante.

40.10. El artículo 2046 menciona el "poder especial para **vender**", y precisa que tal cláusula "no comprende la facultad de **recibir el precio**". Se trata, pues, de dos negocios jurídicos que no entran en las facultades ordinarias del apoderado, y el poder especial para lo uno, no implica el otro. También aquí, el que desee conferir estas dos facultades, las ha de enumerar expresamente en el contrato.

La **venta** que requiere de poder especial, se entiende que es la que tiene por objeto enajenar bienes del mandante que no estén naturalmente **destinados a la venta**; es decir, que el "giro ordinario" que da facultades al apoderado en el artículo 2036, puede consistir precisamente en vender mercancías; tal sucede en un almacén o tienda de expendios. Pero no podrá el mandatario vender el negocio mismo, o el local en que funciona, o los instrumentos para la medición, peso y contabilidad, como los equipos electrónicos del almacén, etc., sin autorización del dueño.

El mandatario que está autorizado para enajenar la totalidad de unos bienes válidamente puede vender una parte de ellos, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

40.11. Por otra parte, el artículo 1598 declara que: "El poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por sí sólo para **recibir el pago de la deuda**". Hay un paralelismo entre las dos restricciones: recibir el precio de la venta y recibir el pago de una deuda. Incluso, en ciertos casos, la deuda puede provenir de la compraventa: el precio adeudado.

La **diputación para el cobro** es un mandato especial, y se puede conferir de varias maneras. El artículo 1596 dice: "La diputación para recibir el pago

puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor. La diputación para recibir el pago puede, pues, estar incluida en un mandato general o en un mandato especial, pero se ha de expresar la voluntad del comitente de dar esta específica facultad. La forma de conferir la facultad es la que varía y se facilita al extremo de que basta la comunicación a determinada persona; dicha orden puede transmitirse incluso verbalmente o por medios electrónicos, siempre que conste la autenticidad.

40.12. "La facultad de **hipotecar** no comprende la de vender, ni viceversa", dice el artículo 2047 y así refuerza la necesidad de cláusula especial para vender, lo mismo que para hipotecar. Los dos actos requieren específicos poderes.

El artículo 2383 afirma que "no se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad de enajenarla", lo cual establece la evidente analogía entre la hipoteca y la **prenda**: para ambos actos, que implican disposición o gravamen, se requiere plena capacidad, y también para ambos, si se realizan por medio de otra persona, suponen poder especial.

40.13. Los contratos en que se da **contraposición de intereses** no pueden ser realizados por la misma persona, desempeñando la representación de una de las partes y actuando a la vez en nombre e interés propio. La ley admite, sin embargo algunas excepciones, siempre que conste la expresa voluntad del comitente de realizar estos actos de adquisición, venta o préstamos activos o pasivos, con su propio comisionado.

Dice el artículo 2048: "No podrá el mandatario, ni por sí ni por interpuesta persona, **comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender**, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante". Para que haya compraventa se requiere estar de acuerdo las partes en cuanto a la cosa y el precio, pero en el caso de unirse en una misma persona la doble calidad de comprador y vendedor, por actuar a nombre de otro, se suma al requisito del acuerdo en cuanto a la cosa y el precio, el de la expresa aceptación de la persona del contratante: el comisionado no puede ni comprar ni vender a su poderdan-

te, si él no le autoriza explícitamente. La fijación por parte del comitente, del precio y demás condiciones, dejando en total libertad al mandatario para escoger la persona, implicaría una autorización para que sea el mismo encargado quien compre o venda, siempre que se ajuste rigurosamente a las condiciones de precio, calidad de la cosa y otras especificaciones dadas por el primero.

40.14. El artículo 2049 establece: "Si se le encargare tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente. Pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante".

La razón del diferente régimen de los préstamos a favor del comitente y los que le obligan a él, consiste en que al **dar dinero a mutuo**, lo más importante es la solvencia del deudor y no podría ser el mandatario Juez de su propia solvencia, como nadie puede ser Juez y parte a la vez. Por esto, si el mandante confía en el apoderado, bien podrá éste recibir el dinero a mutuo, pero no puede tomarlo sin expresa autorización del dueño del dinero. En cambio, si se trata de conseguir un préstamo a favor del poderdante, el apoderado puede prestarle su propio dinero, siempre que sea en las condiciones de interés establecidas en el contrato o, a falta de esta especificación, al interés corriente: a quien recibe el préstamo no le importa quien sea el prestamista, sino solamente que el interés que deba pagar sea aprobado por él.

40.15. Independientemente de lo que se acaba de decir sobre el préstamo a favor del propio mandatario, éste no puede colocar a **interés el dinero** de su mandante, salvo que haya sido autorizado para ello. Esto se desprende indirectamente, del texto del mismo artículo 2049 que parte de la hipótesis de que estuviere "facultado para colocar dinero a interés". Esta facultad debe darse expresamente, tanto por el texto de este artículo, como porque no se incluye en las facultades ordinarias que se señalan en el artículo 2036.

Ahora bien, si el negocio encargado es precisamente el de prestar dinero, no se requiere que el apoderado en cada caso tenga la aprobación del mandante: allí el giro ordinario consiste en esas operaciones de mutuo y para ellas está autorizado el mandatario. Deberá solamente observar las condi-

ciones lícitas que le haya impuesto el poderdante, en cuanto a plazos, garantías e intereses.

40.16. El mandatario debe **cobrar los créditos** a favor de quien le ha encargado de sus negocios, pero estas deudas han de ser "del giro ordinario", según se expresa el artículo 2036. Para este efecto, puede incluso seguir juicios a los deudores. Pero de la concesión de estas facultades se desprende indirectamente, que el apoderado no está facultado para cobrar otras deudas o para iniciar otras acciones judiciales, que no entren en ese "giro ordinario".

40.17. Entre las facultades ordinarias se incluyen las de "intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante de dicho giro (ordinario)", de aquí se deduce que las **acciones judiciales** permitidas, son aquellas que se dirigen a conservar los bienes o impedir su pérdida; esa es la finalidad de las acciones posesorias y de las que se inician para interrumpir una prescripción que obre en contra de los intereses del actor. En cambio, para otras acciones que no tengan esa finalidad o que no estén circunscritas en el "giro ordinario", el procurador necesita poder especial.

El caso más saliente es el de la acción **reivindicatoria**, en la que se discute el dominio de una cosa y que compromete seriamente el patrimonio de quien la intenta y de quien es demandado. Si no se fundamenta debidamente esta acción puede causar grave daño al propietario que no tendrá otro medio para salvar su propiedad. Además, se debe considerar que una acción sin el debido fundamento ocasiona la condena en costas y aún da origen a indemnizaciones por daños o perjuicios que eventualmente se sigan.

Parecidas consideraciones deben hacerse respecto de otras decisivas acciones judiciales como las de apeo y deslinde, negatoria de servidumbre, partición de bienes, petición de herencia y otras en las que de modo definitivo se juegan grandes intereses. Desde luego, las acciones judiciales relativas al **estado civil**, por afectar directamente a la persona, no se pueden entender concedidas de modo genérico y el mandatario solamente podrá intentarlas en virtud de cláusula especial.

40.18. Si la venta de cosas del comitente está sujeta a especiales limitaciones, que acabamos de exponer, también la **compra** en su nombre, no es indiscriminada o extensiva a cualquier cosa. El mandatario puede comprar "los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le haya encomendado" (Art. 2036). Aquí los términos son bastante amplios, pero de todos modos, excluyen cuanto no tenga relación con el objeto del mandato: Lo que se le haya encomendado.

No se justificarían compras ajenas al giro ordinario, bajo el pretexto de haberlas considerado de ocasión o muy ventajosas para el comitente.

40.19. La **novación** es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida, según define el artículo 1644. Para este delicado negocio jurídico se exige especial poder, tal como ordena el artículo 1645: "El procurador o mandatario no puede novar, si no tiene especial facultad para ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente, o del negocio al que pertenece la deuda".

En el artículo transcrito queda muy claro el concepto de la "libre administración", como poder muy amplio y suficiente para todo lo relativo al giro del asunto encargado; esta comisión puede referirse a todos los negocios del comitente o a un ramo de ellos, pero dentro de lo que se haya especificado en el poder, si se ha dado "libre administración", se autoriza también para novar. Si no hay cláusula de libre administración, no entra esta facultad entre las ordinarias del apoderado y solamente podrá novar con especial autorización.

40.20. Como es de la esencia del contrato de **sociedad** el que los socios pongan alguna cosa en común (Art. 1959), hay en la constitución de ella un acto de enajenación por parte de cada uno, y si no se considera facultad ordinaria del mandatario el vender (salvo lo destinado a la venta), con mayor razón se ha de excluir de sus atribuciones ordinarias la de formar una sociedad. Este contrato implica una serie de responsabilidades frente a los otros asociados y frente a terceros, que exceden del límite del giro ordinario de los negocios de una persona, por esto, se debe considerar como un acto de administración extraordinaria.

40.21. Los actos de mayor trascendencia en cuanto afectan al patrimonio, no entran en la ordinaria administración, tal es el caso de la **partición de bienes**, sea que se realice por acuerdo voluntario o que siga el procedimiento judicial. Ciertamente que el artículo 1343 exige autorización judicial para que "los tutores o curadores, y en general los que administran bienes ajenos" procedan a la partición, de donde se deduce que no hay inconveniente para que el que administra bienes ajenos, no por disposición de la ley sino por mandato, no necesita tal autorización; pero la exigencia de este requisito de la intervención del Juez, revela la importancia que da el derecho a estos actos, y se deduce que no son cuestión ordinaria y corriente, sino excepcional.

40.22. Para **aceptar una donación**, se requiere "poder especial o poder general para administrar sus bienes", dice el artículo 1427, en forma un tanto ambigua. Pienso que debe entenderse en el sentido de que si el poder no es especial, ha de ser un poder general con libre administración, sin restricción alguna, que permita presumir la facultad de aceptar donaciones. Es verdad, que hay mucho menor riesgo en recibir una donación que en hacerla o proceder a otros actos de disposición de los bienes, pero de todas formas, la aceptación de liberalidades puede entrañar la asunción de obligaciones, a veces cuantiosas y graves y que pueden superar el valor de lo que se recibe, por lo cual se ha de considerar como un acto de administración extraordinaria.

40.23. Si el mandatario no está autorizado para contraer deudas, fuera del giro ordinario, mucho menos puede tener la facultad de obligar a su comitente como **fiador**. La fianza implica obligarse y, muchas veces, pagar por otro; tan es así, que el artículo 1413 declara que la fianza no constituye donación "si el deudor es solvente", de lo que se deduce que sí equivale a una donación en el caso del deudor insolvente; ahora bien, la calificación de la solvencia del principal obligado no suele ser fácil y el riesgo que corre el fiador es evidente. Por estas razones concluimos que para tales actos se requiere poder especial.

40.24. La **aceptación o repudio de herencia** tiene por lo menos la misma grave significación que la referente a una donación, Las herencias, si están sobrecargadas de deudas, suponen un empobrecimiento para quien las recibe sin beneficio de inventario, y, por el contrario si se trata de una

herencia saneada, el repudiarla sería perder unos bienes y derechos, tal vez cuantiosos. Son, pues indudablemente actos extraordinarios que requieren de poder especial para que actúe el apoderado.

40.25. Los actos de **índole personal**, requieren de mandato especial para que puedan realizarse por medio de representante y en esta categoría entran los que se refieren al estado civil: contraer matrimonio, impugnar o defender la validez del matrimonio judicialmente, disolverlo por divorcio, reconocer hijos o ser reconocido, así como el repudio y la impugnación de tales reconocimientos. Para estos actos se requiere poder especial, y si se trata de actos "personalísimos", ya no se pueden realizar por interpuesta persona y se excluyen totalmente de las facultades de cualquier mandatario. Para contraer matrimonio, el artículo 101 exige la comparecencia de los contrayentes "sea personalmente o por medio de apoderado con poder especial"; igual requisito pide el artículo 107 para el divorcio por mutuo consentimiento; no hay disposición específica para el divorcio por causales de ley, pero tratándose de un juicio y de extraordinaria importancia, que produce el mismo efecto que el divorcio por mutuo consentimiento, es obvio que la razón legal obliga de igual manera: se requiere poder especial. Para el reconocimiento, el artículo 34 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, exige la intervención del padre y la madre, o "un mandatario", pero se entiende que ha de ser con poder especial; el artículo 35 reafirma la opinión de que el mandato requerido es el especial.

40.26. En cuanto a las facultades que requieren cláusula especial para la actuación de los **procuradores en juicio**, el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil enumera las siguientes: 1. Transigir; 2. Comprometer el pleito en árbitros; 3. Desistir del pleito; 4. Absolver posiciones y deferir al juramento decisorio; y, 5. Recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella. Pero es evidente que existen muchos otros actos para los cuales no tiene facultades ordinarias el procurador judicial, sino que solamente podrá ejercitarlas en virtud de poder especial, como son los relacionados con las relaciones de familia en cuanto se tramiten en juicio, como la disolución de la sociedad conyugal, y en general toda acción o defensa judicial que no entre en el "giro ordinario" de los negocios del mandante.

41. Actos prohibidos para el mandatario

41.1. Además de cuanto es ilegal o ilícito para cualquier persona, existen determinados actos que la ley no le permite. Algunos de ellos, dependen de la naturaleza misma del acto y otros de la relación existente entre el mandante y el apoderado. Sin embargo, no siempre se trata de prohibiciones insalvables, sino superables, cumpliendo requisitos especiales, pero que, de todos modos significan obstáculos legales superiores a los existentes en el caso de la administración extraordinaria, lo que justifica que se llamen actos prohibidos.

41.2. El artículo 2043 parte del supuesto de que el apoderado no está facultado para **donar** bienes del mandante, y como excepción, señala que no se comprende en esta prohibición las "ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio". Estas propiamente no son donaciones, sino una forma de retribución de servicios eventuales, pero hace bien el Código en indicar que no hay obstáculo legal para estos gastos. En cuanto a las donaciones propiamente dichas, solamente podrían realizarse en caso de que el mandante expresamente las hubiera autorizado; tal vez el único motivo de un mandato será, en ciertos casos, el de hacer una donación y entonces, lógicamente, no hay inconveniente y el cumplimiento del contrato exige que se done lo que haya dispuesto el dueño.

41.3. Ya hemos dicho que el mandatario no puede comprar o vender al mandatario, salvo que éste haya fijado exactamente las condiciones para la venta o la compra, de suerte que estos actos son de administración extraordinaria. Pero, si se suma a la natural oposición de intereses entre comprador y vendedor, el hecho de que el comisionado haya intervenido en un **litigio**, representando a una de las partes; en tal caso, quien ha actuado como procurador judicial, de ninguna manera puede adquirir los bienes litigiosos.

Tal prohibición se contiene en el artículo 1737: "Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, **procuradores**, o secretarios, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio; aunque la venta se haga en subasta pública".

41.4. Quedó ya expuesto lo relativo a la oposición de intereses en cuanto a préstamos de dinero y cómo el mandato conferido para tomar prestado sí permite al apoderado prestar su propio dinero, siempre que cumpla las precisas exigencias de plazo, tasa de interés etc. mientras que es verdadera prohibición, la que existe para el caso contrario: el mandatario no puede **constituirse en deudor** por préstamo a mutuo de la persona a quien representa, puesto que no es indiferente para ella la identidad del deudor; la solvencia del deudor no puede ser juzgada por el mismo deudor.

41.5. En otros negocios se presentará oposición de intereses entre el poderdante y el apoderado, y entonces surge la prohibición para que actúe éste.

Tal situación puede darse cuando el mandatario tenga que **escoger** entre realizar un acto a favor personal o a favor del mandante, no siendo posible satisfacer ambos intereses.

41.6. Se prohíbe expresamente al mandatario aprovecharse en beneficio personal de las **ventajas que obtenga** en los negocios de su mandante, sea porque ha conseguido mejores precios u otras condiciones más favorables que las planteadas por el mandante.

Establece al artículo 2051: "En general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar el encargo con mayor beneficio o menor gravamen que el designado por el mandante, con tal de que bajo otros aspectos no se aparte de los términos del mandato. Se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato.- Por el contrario, si negociare con menor beneficio o más gravamen que el designado en el mandato, le será imputable la diferencia".

Este artículo, contiene tres prohibiciones: 1. Apropiarse de la ventaja obtenida en un negocio en condiciones más favorables que las previstas por el mandante; 2. Establecer precios más bajos en las compras o más altos en las ventas, cuando las otras circunstancias o condiciones no sean favorables al mandante; y, 3. Contratar en condiciones menos favorables, por ejemplo tomar dinero a un interés más alto, o comprar con un plazo distinto del autorizado o sin la debida garantía, etc.

41.7. Si está vedado al mandatario excederse de los límites del poder, también se le prohíbe cumplir rigurosamente el mismo, cuando ese cumplimiento produciría un **evidente perjuicio**. Se presume que se encarga un negocio para obtener ventaja y no para causarse a sí mismo un perjuicio; por tanto, si por imprevisión, por cambio de circunstancias o por cualquier otro motivo, el cumplimiento del mandato resultaría dañino para el mandante, el apoderado debe abstenerse de realizar el negocio ordenado.

42. Situaciones especiales

42.1. Una serie de circunstancias originan algunas mutaciones en el mandato. Expondremos a continuación los casos siguientes: 1. Mandato plural; 2. Delegación y sustitución del mandato; 3. Imposibilidad de poder consultar al comitente; 4. Imposibilidad de cumplir lo encomendado; 5. Mandato no representativo y, 6. Mandato irrevocable.

42.2. "Puede haber uno o más mandantes, y uno o más mandatarios", según dice el artículo 2030. Generalmente se contrata solamente entre un comitente y un apoderado, pero la **pluralidad** de personas, cabe en ambas posiciones contractuales.

42.3. Si varias **personas encargan** el mismo negocio a un mandatario, dependerá de la relación que una a los comitentes, para determinar cuales hayan de ser las obligaciones del encargado del negocio hacia esas personas. Si forman una sociedad, el mandatario se entenderá con el administrador o administradores de la sociedad; si se trata de un grupo de capitalistas, tendrá que responder ante cada uno, salvo que hayan establecido otra cosa.

42.4. La pluralidad de mandatarios está prevista en el artículo 2031: "Si se constituyen dos o más mandatarios, y el mandante no ha dividido la gestión, podrán dividirla entre sí los mandatarios; pero si se les ha prohibido obrar separadamente, lo que hicieren de este modo será nulo".

Hay, pues, dos posibilidades fundamentalmente: que los varios comisionados hayan recibido gestiones separadas o divididas por el comitente, en cuyo caso se trata de varios mandatos independientes; o bien que todos hayan sido encargados de realizar el mismo negocio, y entonces, se admite que ellos se dividan la gestión, de común acuerdo; pero el comitente puede

prohibir esta división y tal veda implica la nulidad de lo actuado en contravención de su voluntad.

La pluralidad de mandatarios se inspira normalmente en la consideración de la complejidad o gran intensidad de tareas que exige un mandato: de allí la posibilidad de dividir la administración, para lograr una mayor eficacia. Pero también ocurre que el mandante tiene desconfianza y espera que entre varios, ejecutarán mejor el encargo y se controlarán mutuamente; por esto, si ha prohibido la división, y los mandatarios contrarían esa voluntad, los actos que realicen serán nulos.

42.5. Dentro de la administración del mandato, el Código trata de la **delegación y sustitución** del poder, en los artículos 2039 a 2042:

"**Art. 2039.**- El mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para ello, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios. Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente autorización de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, y el delegado era notoriamente incapaz o insolvente".

Se consideran **tres hipótesis** diversas: 1. Que el mandante haya prohibido delegar el mandato; 2. Que no haya prohibido ni permitido expresamente; y, 3. Que expresamente haya permitido la sustitución; en este último caso se consideran todavía dos posibilidades que producen diversos efectos: a) Que el mandante haya designado la persona a quien se podrá sustituir o delegar el mandato; b) Que la designación de la persona se haya dejado a la voluntad del mandatario.

1. Si el apoderado ha delegado a pesar de que **se le prohibió** hacerlo, el acto no puede obligar al mandante, frente a terceros. Sería absurdo que, contra su voluntad le impusiera el apoderado unas obligaciones que no ha consentido; sin embargo, se admite que el poderdante **ratifique** lo obrado contra esa su determinación y entonces hace suyo el negocio y se responsabiliza, porque el acto de ratificación es acto soberano. El artículo 2040 dice: "La delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante, no da derecho a terceros contra el mandante, por los actos del delegado".

No dice la ley cual sea la relación entre el mandante y su mandatario en este caso de desobediencia formal contra su prohibición de delegar, pero se ha de considerar como un abuso o extralimitación del poder que ocasionará la máxima responsabilidad del que ha incumplido el contrato y le privará del derecho a remuneración. No se plantea la resolución del contrato, puesto que basta que el mandante lo revoque, sin necesidad de recurrir a juicio, salvo que se trate de mandato irrevocable, lo cual es una excepción.

El apoderado que, violando la prohibición ha delegado, quedará también obligado ante los terceros que contraten con su delegado, ya que no puede escudarse en su propia falta para eludir la responsabilidad.

2. En el caso de **no haberse prohibido ni permitido** expresamente la delegación, se presume que está autorizado el mandatario para sustituir el poder. Esta es una facultad natural, que se modifica por la prohibición expresa, y que a falta de ella se entiende concedida, aunque no se haya dado expresamente esta facultad.

No altera las relaciones contractuales el hecho de que el comitente conozca o no conozca el hecho de la delegación hecha legalmente, así lo ha reconocido la jurisprudencia y es conforme a la razón natural. En cambio hay que tener muy en cuenta la legalidad de la sustitución, no bastando que en juicio se demuestre la autenticidad de ella, como también ha sido reconocido en una sentencia.

El mandatario puede sustituir su poder totalmente o sólo parcialmente, es decir, confiriendo un nuevo encargo para determinadas actuaciones. En ambos casos obrará por la autorización expresa o tácita de su mandante y aún sin la voluntad inicial de éste, pero en virtud de ratificación posterior. En todos los casos de obrar legalmente, obliga al comitente frente a los terceros y conserva sus derechos.

3. Cuando la delegación ha sido autorizada expresamente al mandatario, se constituye -dice el artículo 2041-, "entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que sólo puede ser revocado por el mandante y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandante".

Se deduce del texto del artículo 2039, que en este caso de expresa autorización para delegar, el primer mandatario queda desligado de sus obligaciones, ya que se establece esta nueva relación con el segundo mandatario, o sea con el delegado debidamente autorizado. Así lo ha entendido la jurisprudencia.

Pero esta norma sufre una modificación cuando la delegación, si bien autorizada por el comitente, recae en persona que él no ha escogido y ésta resulta "notoriamente incapaz o insolvente". Es decir, que el mandatario que entrega sus facultades a la persona que designó el mandante, se libera de toda responsabilidad; pero si es el apoderado el que designa a la persona que le sustituye, solamente se libera si ha escogido bien, pero si ha nombrado al que no reúne los requisitos de capacidad y de solvencia, responderá de los actos del sustituto, como si fueran actos suyos (del mandatario primero).

"El mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo", dice el artículo 2042. De manera que, el comitente queda siempre debidamente resguardado: puede ejercer acciones directas contra quien designó mandatario y también contra el sustituto. Los terceros que contratan, igualmente están protegidos por la ley porque pueden demandar al delegado con el que contrataron, o al mandatario que delegó, o al dueño del negocio. La situación más débil es la del mandatario que delega, ya que éste solamente tiene acciones en caso de haber procedido con la debida autorización y, en último término, se defenderá con la acción de enriquecimiento sin causa, que supone probar una verdadera ganancia que se haya producido a su costa.

42.6. La situación que impida al mandatario **poder consultar**, razonablemente justifica que proceda con alguna mayor libertad. Siempre ha de interpretar el mandatario la voluntad del comitente, como norma fundamental de su actuación, y en la duda le queda el recurso de consultar; pero si por distancia, enfermedad, u otro motivo no es posible tal consulta, tendrá que recurrir a presunciones o interpretación de acuerdo con las costumbres.

La ley reconoce esta mayor amplitud de los poderes de quien se ve imposibilitado de consultar; dice el artículo 2052: "Las facultades concedidas al

mandatario se interpretarán con alguna más latitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante". En todo caso, se deben aplicar las normas del Código sobre la interpretación de los contratos, contenidas principalmente en los artículos 1576 a 1582, y por analogía, cabe remitirse también a las normas de la interpretación de la ley, no en vano los contratos son ley entre las partes; así se ha procedido en alguna sentencia.

42.7. Otra situación especial que se presenta es la de **no poder cumplir** el mandato en la forma como lo desea el comitente. El encargado tiene que obrar estrictamente dentro de los límites del poder que se le ha dado, pero múltiples razones pueden hacer imposible la ejecución del mandato conforme a los términos del mismo; entonces caben dos actitudes: abstenerse de actuar o bien actuar de forma un tanto diversa, excediendo los límites del mandato.

En principio, el mandatario se puede abstener, si no es posible cumplir la estricta voluntad del poderdante; pero si de tal abstención se siguiere un grave daño para el mandante, deberá actuar de la forma más cercana a las instrucciones recibidas, aunque no sea idéntica a la orden que se le dio.

El artículo 2054 dice: "El mandatario que se halle en imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no está obligado a constituirse en agente oficioso; le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan.- Pero si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio.- Compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que le imposibilite llevar a ejecución las órdenes del mandante".

Aparece claro que la primera obligación del apoderado consiste en resguardar los intereses del mandante, de modo que no sufran perjuicio; por esto, aunque no ejecute el negocio encomendado, debe tomar las providencias conservativas oportunas. En segundo lugar, ha de procurar la mayor ventaja posible para su comitente y, dentro del cumplimiento del poder recibido, ha de optar por la actitud más conveniente: sea la de abstenerse, o la de realizar algo análogo a lo indicado.

42.8. Caso muy singular, pero de frecuente ocurrencia, es el del **mandato no representativo**, en el que el mandatario obra por encargo de un comitente, pero actúa a **nombre propio** y no del mandante. Es decir, que el apoderado obra a favor de su mandante, pero no en su nombre; al hacerlo en nombre propio, se compromete directamente él, y solamente mediante un nuevo negocio jurídico hará pasar los efectos de su acción a quien le delegó para esto. La relación jurídica se establece entre el mandatario y los terceros mientras que no se produce entre el mandante y dichos terceros.

Así se establece en el artículo 2055: "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante. Si contrata a su propio nombre, no obliga al mandante, respecto de terceros".

Importa mucho que el mandatario **deje constancia** de cuándo obra en representación del mandante y cuando no es así. En principio los actos de una persona se supone que se refieren a su propio interés y patrimonio, y si obra por otro, ha de manifestarlo y probarlo, según la índole del respectivo acto. Pero, habiendo recibido mandato y estando obligado hacia su mandante, el apoderado que realiza el negocio previsto entre los dos, tendrá que ceder a favor de su mandante la ventaja que se produzca, ya que está obligado a preferir el interés del mandante al suyo propio. La constancia de que obra en representación de otro, interesa sobre todo a las relaciones con terceros: si actúa como representante, el acto o negocio atañe directamente al mandante, en cambio que los terceros solamente se relacionan directamente con el mandatario cuando obra a nombre propio.

42.9. El mandato es naturalmente revocable, pero excepcionalmente puede asumir el carácter **de irrevocable**.

Para que se considere irrevocable, se requiere que el mandato **no sea en exclusivo interés del mandante**. Solamente el interés del mandatario o de un tercero justifica que se confiera el poder con carácter irrevocable. El caso extremo de interés de terceros y de necesidad de dar irrevocabilidad al mandato, se produce en materia comercial, sobre todo en el fideicomiso comercial.

La doctrina precisa que el mandato irrevocable solamente cabe cuando se trata de un **negocio singular** o específico, ya que si abarca el manejo de

todos los asuntos del mandante, es evidente que exclusivamente a él le interesará ese conjunto de negocios.

También se requiere una limitación en el tiempo, por plazo expreso o tácito, o bien que dependa de la naturaleza temporal del asunto. Una delegación irrevocable, sin límite de tiempo impondría una especie de servidumbre personal, incompatible con el respeto de la libertad. Se plantea qué sucederá si quien ha otorgado mandato calificándolo de irrevocable, sin embargo lo revoca. La equidad responde que, ya que ha existido un interés del mandatario o de terceros, debe ser respetado y si la revocatoria les causa algún perjuicio, tanto el apoderado como los terceros tendrán derecho a indemnización.

43. Responsabilidades que surgen del mandato

43.1. Las responsabilidades derivan **del cumplimiento** o del incumplimiento del contrato; en el primer lugar, su contenido normal consiste en la realización de lo que se ha obligado cada parte a hacer; así, en el mandato, el comitente debe proporcionar los medios adecuados al mandatario y le ha de retribuir, mientras que al apoderado le corresponde realizar los negocios que se le hayan encargado, observando rigurosamente los límites del mandato.

43.2. Las responsabilidades de las partes, por su **incumplimiento**, se traducen normalmente en la obligación de indemnizar a la otra parte.

43.3. En el contrato de mandato, hay que considerar, además, las responsabilidades **frente a terceros**, ya que la esencia de esta convención está en realizar actos o contratos con terceros y éstos adquirirán derechos sea con relación al mandatario, con su mandante o con ambos.

43.4. Muchas de estas responsabilidades han aparecido ya en la exposición de los actos y contratos que el comisionado puede realizar, pero es conveniente insistir aquí en la consideración de tales responsabilidades, sobre todo para hacer referencia a su extensión o intensidad.

43.5. La responsabilidad del mandatario se extiende hasta la **culpa leve**, en el cumplimiento de su encargo. Con mayor razón responderá si ha incurri-

do en culpa grave o en dolo, pero no se le exige la extremada diligencia que obliga hasta por una culpa levísima, casi insignificante.

El artículo 2033 prescribe esta responsabilidad hasta por culpa leve, permitiendo una apreciación más o menos severa según la voluntariedad con la que el mandatario haya aceptado el encargo: "El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.- Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.- Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga".

El mandatario debe en todo caso obrar con la mediana diligencia que un buen padre de familia pone en sus propios asuntos, y con ese cuidado normal, ha de cumplir las instrucciones recibidas, sin extralimitarse; precisamente la responsabilidad surge por **incumplimiento del poder**, o por **exceso** en la realización del encargo, no ejecutándolo como se le pidió que lo haga.

El mencionado artículo está en perfecta concordancia con lo dispuesto en el 1563, según el cual el deudor responde de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; esto es lo normal en el mandato y se acentúa esta ventaja de ambas partes, cuando el mandatario tiene derecho a remuneración. En cambio, si el mandato es gratuito, la regla general del artículo 1563 le impondría solamente responsabilidad por la culpa lata, pero aunque la utilidad del mandato sea únicamente para el comitente, la ley responsabiliza al apoderado hasta de la culpa leve, por tratarse de un contrato de confianza y de libre aceptación. Precisamente por esto, el artículo 2033 gradúa la estrictez con que se podrá exigir el cumplimiento del mandatario, según haya sido su voluntariedad en aceptar el encargo. La "repugnancia" o resistencia opuesta por el apoderado, debe ser, desde luego objetiva y se puede probar por hechos externos de fácil apreciación, por ejemplo, la persona que ya tiene múltiples ocupaciones o funciones públicas de gran trascendencia, es razonable que no quiera cargarse con encargos privados de otras personas, mientras que el profesional que se dedica habitualmente a ciertos negocios y saca de ellos su ganancia, no rechazará la oportunidad de cumplir un mandato remunerado que se encuadre en su actividad normal, como es el caso de los corredores de

bienes inmuebles o los que se dedican a colocar dinero ajeno a mutuo. Estos segundos tendrán mayor responsabilidad o se les exigirá con mayor estrictez el cumplimiento de la normal responsabilidad hasta por culpa leve.

El hecho de que no se exija al mandatario responder de la **culpa levísima**, corresponde precisamente a la naturaleza del mandato que no puede ser dado en su exclusivo interés, tal como dispone el artículo 2023, que considera "mero consejo", al aparente mandato que solamente fuera en interés del apoderado.

Desde luego, la apreciación de las circunstancias en las que se ha de considerar que ha existido culpa leve, será difícil y solamente la jurisprudencia irá matizando este concepto.

43.6. La gravedad de la responsabilidad puede **modificarse** por convenio entre las partes, dentro de ciertos límites, y también se altera en ciertas circunstancias especiales.

No pueden los contratantes exonerar del **dolo futuro**, ya que esto significaría pactar la impunidad de actos que la ley condena; pero sí podría el mandatario extremar su responsabilidad obligándose voluntariamente hasta por culpa levísima y aún parece razonable en apoderamientos de especial delicadeza, como los que atañen al estado civil o a juicios penales en los que se pone en riesgo la honra o la libertad.

En el caso de los mandatos múltiples, de varios mandantes o varios apoderados, según la doctrina hay solidaridad entre los mandantes, pero no entre los mandatarios, salvo que así asuman este riesgo voluntariamente. Si varios han asumido el mismo encargo e incurren en culpa lata, que se asimila al dolo, habrá responsabilidad solidaria, porque así se aplica la responsabilidad cuando se trata de hechos ilícitos.

43.7. Si el mandatario actúa fuera de su mandato, excediéndose en las facultades recibidas, no obliga a su comitente, sino que la responsabilidad es exclusivamente suya; salvo que el mandante ratifique y haga así suyo el negocio. También puede descargarse el mandatario probando que el acto ha beneficiado a su poderdante y en virtud de que no se admite el enriquecimiento sin causa, reclamará la compensación correspondiente.

La posibilidad de ratificar lo hecho por el apoderado es muy amplia: no tiene límites de tiempo ni exigencias específicas de forma; cabe incluso la ratificación tácita.

En el campo procesal es quizá más grave la responsabilidad de actuar sin el debido poder, ya que se producirá la **nulidad** de lo actuado, con todas sus consecuencias; pero la ley facilita la ratificación.

43.8. No produciéndose la ratificación, el apoderado que obró fuera del mandato responderá también ante los terceros a quienes haya perjudicado su actuación, salvo que ellos hayan conocido o debido conocer que actuaba sin facultades. En este último supuesto, no podrían alegar los terceros contra el mandante ni contra el mandatario, sino únicamente en lo que realmente les haya beneficiado el acto realizado, es decir, mediante la acción de **enriquecimiento sin causa**.

En principio la responsabilidad del mandatario, por excederse de los límites de su poder, se refiere exclusivamente al mandante; es éste quien puede reclamarle y no los terceros que hayan contratado con el apoderado. Sin embargo, también responde ante ellos en dos casos: 1. Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes; y 2. Cuando se ha obligado personalmente. Así lo dispone el artículo 2058.

La responsabilidad del encargado no solamente proviene de la extralimitación en las facultades recibidas, sino también se origina por una **mala ejecución** de lo que debió realizar; ésta es, precisamente, una modalidad de culpa: la falta de la debida diligencia o cuidado.

En esta materia hay que tener en cuenta tanto los términos del contrato como las **instrucciones** que, eventualmente, haya dado el comitente, puesto que se han de entender como parte del contrato o elemento esencial para su interpretación. El mandatario no se debe apartar de las instrucciones recibidas, y debe solicitarlas siempre que encuentre duda sobre cómo ejecutar la voluntad del comitente. Se apartará de las instrucciones únicamente si se produce la situación prevista en el artículo 2053, esto es, si sería "manifiestamente pernicioso al mandante".

43.9. Caso especial de responsabilidad del apoderado es el que se produce cuando ha empleado dinero del comitente **en utilidad propia**. Entonces, como ordena el artículo 2060, deberá pagar el interés correspondiente.

43.10. Otra especial responsabilidad del mandatario proviene de la recepción de cosas que le **correspondía recibir** y también de las que ha **dejado de recibir** por su culpa. Esto se aplica principalmente en los poderes dados para vender, colocar dinero, cobrar pensiones, arriendos, etc. La diligencia exigida al mandatario se extiende a poner los medios adecuados para realizar estas recepciones, y para comprobar que lo que recibe es adecuado, correspondiente al derecho de su comitente.

43.11. Al recibir cosas, en nombre de su comitente, el apoderado dará **recibos**, finiquitos u otros documentos en que conste el pago o dación realizados. Tales documentos servirán de descargo a los terceros que han entregado los bienes. Pero el simple hecho de recibir, no es prueba de descargo de las obligaciones de terceros para con el mandante, ya que solamente se liberan de su deuda si han entregado lo que debían; si el mandatario ha aceptado cosa diferente de la adeudada, o de peor calidad o menor cantidad, no satisfacen la obligación plenamente. El mandatario que dé recibos u otras constancias, mientras respondan a la verdad no contrae obligación, pero si la aceptación perjudica al mandante, por haber recibido cosas inadecuadas, responderá el mandatario. Así ordena el artículo 2044: "La aceptación que expresa el mandatario de lo que se debe al mandante, no se mirará como aceptación de éste, sino cuando la cosa o cantidad que se entregó ha sido suficientemente designada en el mandato, y lo que el mandatario ha recibido, corresponde en todo a la designación". Resulta evidente que, si en el mandato no se precisó lo que debía recibir el apoderado, no tendrá responsabilidad por recibir cosas de mediano valor o normal condición.

43.12. Si el procurador ha recibido "especies metálicas", es **decir monedas** o su equivalente, éstas corren la suerte propia de las cosas fungibles: perecen para el mandatario aún por fuerza mayor o caso fortuito, como dispone el artículo 2057.

Pero esta agravada responsabilidad tiene **dos excepciones**: 1°. Si se han entregado las monedas en "cajas o sacos cerrados y sellados sobre los cua-

les recaiga el accidente o fuerza mayor". Tal sería la situación del dinero depositado en una caja de seguridad de un banco, que se destruya por incendio o sufra fractura y robo; entonces se seguirá la regla de que las cosas nacen, crecen y perecen para su dueño, y no tendrá responsabilidad el mandatario por esos casos fortuitos. 2°. Si "por otros medios inequívocos pueda probarse incontestablemente la identidad" de lo que se ha perdido sin culpa del apoderado. Esta segunda excepción podría aplicarse a los títulos representativos de la moneda que tengan carácter nominal o por su numeración u otras marcas se puedan distinguir.

43.13. Muchas veces el poder se da para **colocar dinero** a mutuo o invertirlo en empresas; la responsabilidad del procurador dependerá de la mayor o menor precisión de las condiciones que haya señalado el comitente. Si el comisionado recibe el encargo de dar el capital a una persona concreta o invertirlo en un negocio preciso, evidentemente el mandatario no tendrá otra responsabilidad que la que derive de no haberse sujetado estrictamente a las instrucciones recibidas; pero si las cumple rigurosamente, nada se le puede reclamar a él. En cambio, si se deja a voluntad del mandatario el escoger el negocio o la persona que recibirá el dinero, ha de extremar la precaución en escoger bien, ya que si entrega los bienes a personas o empresas insolventes, tendrá que responder en la medida en que pudo enterarse del mal estado de sus negocios o su falta de solvencia.

El mandatario "puede, por un **pacto especial**, tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro". Así dispone el artículo 2056, en cuyo segundo inciso agrega: "Constitúyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor". Se aplica en esta circunstancia el principio de la libre autonomía de la voluntad contractual: se agrava muy considerablemente la responsabilidad del apoderado, porque así lo ha admitido él mismo y está facultado para ello.

43.14. No se prevé en el Código la cuestión de si se podrán **compensar las pérdidas** o perjuicios debidos a culpa del mandatario con las ganancias extraordinarias que haya obtenido. La doctrina, conforme a la equidad, no admite en principio tal compensación, ya que al obtener utilidades no previstas, el apoderado no está haciendo sino cumplir bien su oficio; pero, no se ha de extremar este principio, sin admitir situaciones verdaderamente

excepcionales en las cuales se han obtenido muy cuantiosos beneficios, frente a pequeñas pérdidas por descuidos accidentales, no frecuentes y en gran contraste con el resultado final favorable.

44. Especiales obligaciones del mandatario

44.1. Además de la principal obligación, consistente en cumplir el encargo con la debida diligencia y según los términos del poder, el mandatario debe: 1. No abandonar intempestivamente su función; 2. Dar noticias al mandante; 3. Rendir cuentas; y, 4. Devolver al comitente lo que le corresponde.

44.2. No está obligado el designado mandatario a aceptar el encargo, pero si lo hace, debe cumplirlo. Tampoco se exige que permanezca indefinidamente, sino que se admite la **excusa**, pero tanto ésta como la resignación o no aceptación del poder, deben hacerse con **oportunidad**. Concretamente, en dos artículos, el 2028 y el 2071, se advierte que el apoderado que se separa intempestivamente responderá de los perjuicios.

El artículo 2028 indica que: "Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona". La no aceptación, o resignación, es lícita mientras el que desea hacer el encargo puede resolver de otra manera sus asuntos. No cualquiera pequeña molestia o impedimento fácilmente salvable, justificaría considerar intempestiva la resignación: ha de ser un serio obstáculo.

En el Código de Procedimiento Civil, el artículo 46 determina que: "El procurador que ha aceptado o ejercido el poder continuará desempeñándolo en su sucesivo sin que le sea permitido excusarse de ejercerlo para no contestar nuevas demandas, cuando está facultado para ello, salvo que renuncie al total ejercicio del poder y comparezca en el juicio el poderdante, personalmente o por medio de nuevo procurador". También en el artículo 48 se ordena que el procurador continúe actuando, aunque haya terminado su cargo, hasta que pueda hacerse cargo el representado por sí o por otro.

Del mismo modo, en el artículo 2071 se dispone que, aunque renuncie el mandatario "no dará fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el

tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados". Y hasta en el caso de muerte, se procura evitar el perjuicio de la súbita interrupción del negocio, como se prevé en el artículo 2074.

La jurisprudencia confirma la obligación, no sólo de **llevar cuentas**, sino también de informar oportunamente al comitente.

44.3. Debe tener **oportunamente informado** al mandante. La doctrina precisa las circunstancias en que se hace efectiva la obligación de informar: l. Siempre que lo pida el comitente, sea en el contrato inicial o después; 2. Cuando surja cualquier novedad que aconseje pedir nuevas instrucciones; 3. Una vez cumplido el encargo; y, 4. Cuando se hace imposible de realizar el negocio encomendado.

44.4. La información a que me refiero en el número anterior, abarca el conjunto de circunstancias que puedan interesar al comitente. Dentro de esa información, adquiere especial relieve la **rendición de cuentas**, que es una información de índole contable y jurídico: con cifras y documentos que las respalden, se demuestra cual es el estado de un negocio o administración.

El artículo 2059 se refiere expresa y directamente a la rendición de cuentas: "El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración.- Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación.- La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante".

El **pacto que exime** al mandatario de la rendición de cuentas -dice Diez Picazo- es admisible siempre que, conforme a las circunstancias, no sea **contrario a la moral**. Ha de tenerse en cuenta que el mandatario no puede enriquecerse sin causa, a costa del comitente, y si obtiene ventajas económicas, se han de justificar por alguna causa lícita: donación, pago de servicios lícitos, etc. Lo que no se puede admitir es que, por medio del expediente de no exigir cuentas ni rendirlas, se encubra un enriquecimiento condenable, como la retribución de un crimen, el pago de soborno u otras formas de corrupción.

Si se exonera de la obligación de rendir cuentas, se produce una inversión de la **carga de la prueba**: será el comitente el que tenga que probar que el apoderado le debe alguna cosa o cantidad.

Si no se ha establecido en el mandato la periodicidad para las cuentas, el mandante podrá pedirlas en cualquier momento, conforme al artículo 660 del Código de Procedimiento Civil. Sólo rindiendo cuentas se puede establecer si el mandante debe una indemnización al mandatario, o si viceversa es éste el que debe al comitente. Si el mandatario ha encargado a otro algún negocio, no por eso queda exonerado de rendir cuentas; él podrá exigirlas al encargado, pero a su vez debe justificar su administración ante el mandante.

El cumplimiento de esta obligación implica no solamente exhibir o resumir los libros de contabilidad y presentar los documentos de descargo, sino también la **entrega de las cosas o dineros** que aparezca que el rindente debe pagar o devolver; entre estos, se comprende los intereses por dineros que haya tomado a préstamo.

44.5. Terminado su desempeño, el mandatario debe **entregar al mandante** lo que le corresponde. Entre estas cosas, destacan en primer lugar, las que el mismo comitente puso a su disposición para el ejercicio del mandato: inmuebles, equipos, documentos, dinero, etc. En segundo término, se ha de entregar los **frutos** y las ganancias obtenidas. En tercer lugar, el apoderado cesante debe pagar las **indemnizaciones** que deba por su culpa y que resulten de la rendición de cuentas. Finalmente, el procurador debe entregar al comitente aún las cosas que no pertenezcan a éste, pero que se hallaban en el giro del negocio, como por ejemplo, las depositadas.

Aunque el mandatario debe entregar los libros de contabilidad, con sus recibos y demás documentos, esto no impide a que conserve copias o certificaciones que le sean indispensables para defender sus propios intereses.

En cuanto a los **intereses**, es claro el texto del artículo 2060: "Debe al mandante los intereses corrientes de los dineros de éste que haya empleado en utilidad propia.- Debe así mismo los intereses del saldo que de las cuentas resulte en contra suya, desde que haya sido constituido en mora".

45. Obligaciones frente a terceros

45.1. Al describir los poderes del mandatario, su obligación de atenerse estrictamente a las instrucciones del comitente, la posibilidad de actuar a nombre propio o en nombre del mandante y las responsabilidades que asume, ha quedado expuesto lo relativo a las obligaciones frente a terceros. Aquí simplemente conviene resumir lo más esencial.

45.2. El mandatario que contrata con terceras personas, **si se ha excedido** en los poderes recibidos, se obliga personalmente ante esos terceros. Ellos podrán reclamar también al mandante, en cuanto realmente éste se haya beneficiado y hasta el monto del beneficio.

45.3. Si el apoderado **obra dentro de su mandato**, obliga al mandante, y él mismo no asume obligaciones ante terceros. Pero, aunque es el patrimonio del mandante el que responde, es obvio que el mandatario debe cumplir, en nombre del comitente y con los bienes de éste, las obligaciones contraídas.

45.4. Cuando contrata a nombre propio, evidentemente, él contrae las correspondientes obligaciones frente a terceros, y solamente podrá reclamar a su mandante, cuando le transfiera las cosas o el negocio para beneficio de él. La jurisprudencia lo confirma.

46. Principales obligaciones del mandante

46.1. El artículo 2062 enumera las principales obligaciones del mandante: "El mandante está obligado: 1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato; 2. A satisfacer los gastos razonables causados por la ejecución del mandato; 3. A pagarle la retribución estipulada o usual; 4. A pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes; y, 5. A indemnizarle por las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.- No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa".

46.2. Quien desea el fin, ha de **poner los medios adecuados**, de allí que la primera obligación del mandante consiste en proveer al mandatario de esos medios; el no proporcionarlos implicaría una contradicción con la voluntad expresada en el contrato y un incumplimiento del mismo, que autorizaría al apoderado a desistir del encargo. El artículo 2063 considera esta y otras situaciones: siempre que no cumple el mandante sus obligaciones, la otra parte, puede desistir; no se trata de una resolución, sino, simplemente de dar fin al contrato porque el incumplimiento del comitente así lo permite. Hay una correlación entre la facultad del mandante de revocar el mandato y la de renunciar, por parte del mandatario; pero esto no puede renunciar intempestivamente, mientras que sí está facultado para retirarse si el mandante no cumple.

Estos medios, pueden consistir en informaciones, documentos, cosas materiales y, muy frecuentemente, dinero.

46.3. Si el mandatario ha **adelantado gastos** que correspondía cubrir al comitente, éste debe compensarle. La obligación, naturalmente, sólo existe si dichos gastos eran necesarios o convenientes, si los hubiera hecho el mismo mandante en caso de dirigir personalmente el negocio; esto se expresa en el numeral 2 del artículo 2062, con la expresión "gastos razonables".

El numeral 4, se refiere a "las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes". Parece esto una repetición de lo dicho en el numeral 2, salvo que se entienda en el sentido de pagos que el mandatario haga al mandante, y probablemente es así, ya que no sería aceptable una insistencia sobre lo mismo en un artículo del Código. Aquí se añade, sin embargo, que ha de pagar "con los intereses corrientes", y no se ve el motivo de que los gastos no deban cubrirse también con intereses. Toda deuda entre las partes debe ocasionar intereses, tanto si se trata de un gasto anticipado por el mandatario, como de una entrega de dinero al mandante o también un retraso en las obligaciones señaladas en los incisos 4° y 5°.

46.4. El comitente debe pagar la **remuneración** estipulada o usual. Se entiende, que ha de ser la usual, a falta de estipulación.

Este pago debe realizarse también en la forma convenida, por ejemplo periódicamente, o al principio o al final del negocio. A falta de estipulación en el contrato, se podrá cobrar al finalizar el encargo y previa aprobación de las cuentas, como ya se ha indicado más arriba.

Se plantea la cuestión de si ha de reducir el Juez un honorario que se haya pactado pero parezca excesivo. Este problema tiene relación con la lesión y ha dividido a los intérpretes del Código de Napoleón, habiendo negado la jurisprudencia francesa durante un tiempo la aplicación del principio a otros contratos que no sean los de compraventa de inmuebles; pero, como observa Borda, los irritantes abusos cometidos por algunos mandatarios fueron presionando sobre los tribunales y acabaron admitiendo éstos la posibilidad de reducir judicialmente los honorarios excesivos; una evolución parecida se ha producido en la jurisprudencia argentina.

La remuneración del mandatario, si se ha convenido, no puede negarse por el hecho de resultar económicamente inconveniente el negocio: se retribuye el trabajo realizado conforme al mandato, dentro de las instrucciones y con la debida diligencia, no el resultado económico.

46.5. El mandante debe **indemnizar al mandatario** "de las pérdidas que haya incurrido sin su culpa", dice el numeral 5 del mencionado artículo. Se establece así una perfecta igualdad entre las partes: una y otra se deben recíprocamente indemnización en caso de perjuicios, salvo que éstos se produzcan por culpa del que pretende ser compensado.

Una peculiar situación se produce al haber contratado el apoderado en su propio nombre, pero en cumplimiento del mandato y a favor del interés del comitente; éste debe asumir el negocio, con sus respectivas cargas, siempre que se haya realizado dentro de los límites del poder conferido. Si el mandante no se hiciera cargo de lo actuado para él, el mandatario sufriría un perjuicio que tendría que reparar el que lo produjo, esto es, el comitente.

46.6. Obligación principal del comitente, aunque no está expresamente enumerada en el artículo 2062, es la de **cumplir las obligaciones** contraídas por medio del procurador.

Ya hemos dicho que esas obligaciones recaen sobre el mandante en cuatro casos: 1. Cuando el mandatario ha obrado dentro de los límites del mandato, en nombre del comitente; 2. Cuando el apoderado se ha excedido, pero el mandante ha ratificado lo actuado; 3. Cuando el negocio, se ha hecho a nombre del mandatario, pero en interés del mandante y éste lo ha asumido como propio; y, 4. Cuando el mandante ni ha ratificado ni asumido voluntariamente el negocio que excedía de los poderes conferidos, pero efectivamente se ha aprovechado de suerte que se ha enriquecido.

El artículo 2062 presta atención a los casos señalados en el párrafo anterior con los números 1 y 2 y no hace referencia directa a los otros dos, pero se comprenden incluidos, ya que el mandatario no puede obrar sino de dos maneras: o con el debido poder, o fuera de él, y en el segundo supuesto, si el mandante se beneficia, de alguna manera está ratificando lo actuado y debe asumir la obligación correspondiente. Supongamos que el apoderado ha pagado una deuda del mandante: éste deberá entregar al deudor que canceló, el documento en que constaba la obligación o descargarlo de otra manera; no puede dejar de cumplir esas obligaciones y pretender cobrar nuevamente, pues sería una iniquidad. También el artículo 132 del Código de Comercio lo dispone así.

46.7. La situación del procurador que ha actuado fuera del poder recibido, se regula en el artículo 2065, pero solamente con referencia a una situación especial: si ha ejecutado **parcialmente** lo ordenado siendo así que "no debió ejecutarse parcialmente". Se produce una extralimitación de poderes, no solamente por hacer más de lo previsto, sino también por esta parcial ejecución, cuando se requería realizar la obra completa, para que sea útil. Por ejemplo, el mandante ha encomendado realizar una transacción dando poder especial a un procurador; éste ha llegado a arreglar la controversia en algunos aspectos, pero no en todos, con lo cual los intereses del mandante no quedan en buena posición, ya que al ceder en sus pretensiones ha perdido un instrumento de negociación para arreglar la totalidad de la controversia.

El artículo 2065 dice: "Cuando por los términos del mandato o por la naturaleza del negocio apareciere que no debió ejecutarse parcialmente, la ejecución parcial no obligará al mandante sino en cuanto le aprovechare.- El mandatario responderá de la inejecución del resto, en conformidad con el

artículo 2071". De esta forma, los terceros no quedarán defraudados en sus intereses. La equidad lleva, sin embargo, a descargar al apoderado que haya obrado de buena fe, creyendo ejecutar el mandato y en beneficio del comitente, en aquellos casos en que no esté tan claro que solamente la realización total del negocio sería beneficiosa; si se demuestra estos extremos y que los terceros que contrataron estuvieron debidamente advertidos de los términos del mandato, parece que quien debe responder, será el mandante, sobre todo si el mandato es gratuito, o el mandatario "ha manifestado repugnancia al encargo", como dice el artículo 2033.

46.8. Derecho de retención

Se puede apreciar, por todo lo expuesto, que las responsabilidades del mandatario son graves y se encuentra en cierta situación de desventaja, con mayores riesgos que ventajas, lo cual se compensa de algún modo con lo que dispone el artículo 2066, que por lo menos le asegura el cobro de lo que le corresponda por el buen ejercicio de su encargo.

Dice el referido artículo: "Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte".

Hemos de entender por "prestaciones", cualquier derecho, cosa, remuneración o bien que se deba entregar al mandatario por razón de su oficio; puede ser en calidad de pago de los servicios, por concepto de intereses de dineros anticipados al mandante, por indemnización en los casos en que hay lugar a ella.

Lo que puede retener el apoderado son "los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante", es decir, así mismo, cualquier cosa que haya recibido, y esto puede ser por entregas hechas por el mismo comitente, o "por cuenta" de él, o sea en su nombre, o también, para él, como por ejemplo, las pensiones de arrendamiento de una casa del mandante que haya cobrado el mandatario.

47. Terminación del contrato de mandato

47.1. El artículo 2067 **enumera** las causas de terminación del mandato. Algunas de ellas son comunes a la generalidad de los contratos, aunque contienen algunas modalidades propias y solamente la revocatoria y la renuncia son características de este contrato. En los siguientes artículos se desarrolla lo referente a la revocatoria, la renuncia y la muerte y se señalan los efectos de la terminación.

Dice el mencionado artículo: "El mandato termina: 1. Por el desempeño del negocio para que fue constituido; 2. Por la expiración del término o por el cumplimiento de la condición prefijada para la terminación del mandato; 3. Por la revocación del mandante; 4. Por la renuncia del mandatario; 5. Por la muerte del mandante o del mandatario; 6. Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro; 7. Por la interdicción del uno o del otro; y, 8. Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas".

47.2. El total desempeño del negocio encomendado, da lugar a la terminación, y esto supone la existencia de un asunto determinado, ya que si se da un poder genérico para muchas cosas, o todas las que correspondan al patrimonio, no cabría nunca la aplicación de esta causal.

Lo indicado explica las dificultades de interpretación que se presentan, ya que el grado de generalidad o determinación del de los poderes admite una graduación infinita entre los extremos y no resulta fácil señalar **hasta dónde se extienden las facultades** concedidas. La **procuración judicial**, que es un mandato específico, si se refiere a un solo juicio, termina al finalizar el juicio, normalmente por la ejecutoria de la sentencia. La jurisprudencia ha declarado que el procurador no puede, sin especial poder, proponer el recurso de casación, porque éste supone que el juicio ha terminado con sentencia, y el procedimiento de casación es una acción para impugnar la sentencia; si se ha dado poder para proseguir el juicio "hasta que se dicte sentencia", tal mandato no autoriza para iniciar el procedimiento de casación.

47.3. La expiración del término o el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato, no presentan ninguna peculiaridad:

son comunes a cualquier contrato que contenga esos límites temporales establecidos por las mismas partes.

47.4. La tercera causal, esto es la **revocación del mandato**, es la causa más discutida, puesto que presenta una originalidad, frente a los contratos bilaterales, que no admiten que una sola de las partes pueda darles fin a su arbitrio.

Comencemos por aclarar que solamente revoca quien ha otorgado el poder, es decir, el **comitente**. Esta facultad no se concede al mandatario, aunque, en compensación se le reconoce el derecho de renunciar.

La explicación de esta anómala manera de terminar el contrato, varía según las opiniones doctrinarias. Muchos piensan que la facultad unilateral concedida al mandante, se explica por tratarse de un asunto de **confianza**, de suerte que al cesar esta disposición espiritual, ya no puede mantenerse la vinculación contractual. Ciertamente que el concepto de la confianza predominó en el Derecho Romano y en la antigüedad, pero en el mundo contemporáneo estas apreciaciones han pasado a un segundo plano y el mandatario ejercita un trabajo intelectual, que merece la protección de toda labor humana, sin quedar al arbitrio del empleador. Otra explicación de la revocabilidad del mandato se centra en que es un contrato en exclusivo beneficio del comitente, de manera que él bien puede renunciar su derecho; pero tampoco esta justificación satisface, sobre todo cuando el mandato es remunerado, como efectivamente se acostumbra ahora. Probablemente tenemos que quedarnos con que esta disposición que consta en todos los códigos modernos, se explica por los antecedentes históricos de la institución y en consideración a los dos criterios anteriormente indicados, que no se oponen sino que se suman.

La revocatoria no supone explicación, ni mucho menos, prueba de los **motivos** que muevan al comitente para proceder así. Su voluntad se ha de cumplir desde el momento en que sea conocida por el mandatario.

Ahora bien, si es arbitraria la revocación, obliga al mandante a **indemnizar** al mandatario si le causa perjuicio. Nótese el paralelismo con el caso de la renuncia intempestiva que cause perjuicio al comitente, que también origina indemnización.

El moderno Código de Italia no admite la revocatoria sin causa, sino únicamente en el caso de mandato por tiempo indeterminado, en tanto que si hay plazo, se debe respetar, con lo que la situación del mandatario se aproxima considerablemente a la del trabajador protegido por las leyes laborales.

Naturalmente, no se admite la revocatoria si se ha dado legítimamente al poder el carácter de **irrevocable**. Como ya hemos expuesto, cabe dar esta firmeza al mandato y se explica sobre todo cuando se confiere en interés también del mandatario o de un tercero: en tales circunstancias los derechos del mandatario o de los terceros quedan resguardados por la prohibición de revocar.

Puig Peña observa que no cabe la revocatoria cuando el mandato va **unido a otras obligaciones**, que lo convierten en contrato sinalagmático, en cuyo caso, como enseña Manresa, sólo puede terminar por mutuo disenso o por el ejercicio de la acción resolutoria. Señala también que la jurisprudencia francesa niega la facultad de revocar cuando el mandato es en interés común del mandante y el mandatario o en interés de ambos y un tercero.

La jurisprudencia española ha negado validez al pacto de irrevocabilidad, pero más recientemente se ha abierto a admitirlo y Castán lo justifica basándose en la libertad de contratación.

Desde luego, la revocatoria sólo tiene eficacia en cuanto a las relaciones entre comitente y apoderado, **desde el momento en que éste la conoce**, y, en cuanto a los terceros, tampoco pueden ser afectados por un acontecimiento y efecto jurídico que desconozcan. Dice el artículo 2069: "El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación, expresa o tácita, surte efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2076". Este último artículo supedita los efectos frente a terceros, a que éstos hayan podido conocer o realmente hayan conocido la causa de la terminación, y salvaguarda la buena fe de quienes la ignoraban.

Nótese que el artículo 2069 se refiere "al día" en que el mandatario conoció la revocatoria, y esto bastará generalmente, pero puede presentarse el caso

SIB - UCE

de que el mismo día, antes de conocer, haya celebrado contratos con terceros y no sería equitativo considerar nulos estos contratos pactados de buena fe en la ignorancia inculpable de que el mandato había cesado; precisa entender que la anterioridad de la noticia ha de ser absoluta, no solamente de un día, es decir, si unas horas antes, en la misma jornada, se procedió de buena fe, debe respetarse los efectos de tales actos. La mera diputación para el pago es un mandato especial y concreto, y si un vendedor ha dado este poder al comprador para que entreguen el precio a un acreedor del primero, y después el mismo vendedor paga directamente a su acreedor, ha revocado el mandato; el acreedor, no puede cobrar dos veces: al comprador apoderado para ese pago y al deudor.

A propósito de la revocación, se indica en el artículo 2070, ciertos efectos, que se deben extender a otros casos de terminación del mandato: "El mandante que revoca tendrá derecho a exigir al mandatario la **restitución de los instrumentos** que haya puesto en sus manos para la ejecución del mandato; pero de las piezas que puedan servir al mandatario para justificar sus actos, deberá darle copia firmada de su mano, si el mandatario lo exigiere". Esta devolución de los documentos tendría igual razón de ser si el mandato termina por plazo concluido, condición cumplida, renuncia, y en otros en que subsisten las partes; si se aplica especialmente al caso de la revocación, debe ser porque generalmente ésta deriva de una situación tirante, de oposición entre las partes, que presagia una controversia. La solución de condicionar la devolución a que el mandante confiera "copia firmada de su mano", podría más razonablemente sustituirse por la protocolización ante Notario, o por la certificación de testigos sobre la autenticidad e integridad y pureza de la copia, sobre todo ahora que se suele hacer éstas por medios electrónicos.

47.5. Dice el artículo 2071: "La **renuncia del mandatario** no dará fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados.- De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante; a menos que se halle en la imposibilidad de administrar, por enfermedad u otra causa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios".

En primer lugar hay que aclarar que estas renuncias no requieren **aceptación** del mandante. Se supone sí, que la renuncia debe haber llegado a

conocimiento del comitente, para que éste pueda proveer a sus asuntos, y se supedita el efecto liberador de responsabilidad, a que haya transcurrido "el tiempo razonable" para esa asunción de sus propios asuntos por parte del comitente.

La excepción respecto de esta equitativa espera, se produce en tres casos: si la renuncia se debe a enfermedad que impida administrar, si otras causas impiden dicha administración, o si la continuación en el mandato acarrearía grave perjuicio a los intereses propios del procurador. Sin embargo, no dice el Código que el mandante puede calificar los motivos o la urgencia de que el mandatario se retire; ésta es una cuestión objetiva, y en caso de divergencia, tendría que ser resuelta por el Juez.

Borda considera que la facultad de renunciar no puede eliminarse por pacto expreso: no se puede convertir un mandato en irrenunciable, porque en el mandato hay un interés recíproco y no puede quedar perpetuamente subordinado una persona; se puede renunciar, incluso si se ha pactado la irrenunciabilidad, pero en tal caso el que renuncia deberá indemnizar los perjuicios, salvo que lo haga por justa causa.

47.6. La **muerte** del mandante o del mandatario da fin al contrato, conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 2067. Esta terminación es instantánea, aunque los efectos de ella se postergan bajo ciertos aspectos que luego examinaremos. El cesar la existencia de una de las partes, no continúa la relación contractual con los herederos, por tratarse de una relación de confianza, y se configura este contrato como una convención *intuitu personae*.

Sin embargo, cuando el mandato se ha otorgado en **interés de ambas partes**, no termina con la muerte del mandante, sino que sus herederos deberán respetar las obligaciones contraídas hacia el apoderado.

Igual efecto que la muerte, debe producir la extinción de **una persona jurídica** que haya dado poder o que lo haya recibido.

Como anota Puig Peña, la muerte del mandatario que ha dejado de serlo por haber **delegado** lícitamente a otro, no termina el mandato. Sí se extingue al morir el sustituto.

el caso de los absolutamente incapaces, pero en toda circunstancia, no resultaría conveniente que interfiriera en esta nueva administración el mandatario; solamente se ha de tener en cuenta que, conforme a lo ordenado en el artículo 2072, para el caso de muerte, deberá terminar la gestión principiada.

47.9. La última causal señalada en el artículo 2067 es: "Por la **cesación de las funciones del mandante**, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas".

Resuelto el derecho de quien confirió el poder, es evidente que debe terminar el mandato. Esto es muy frecuente en las compañías y en general en personas jurídicas cuyos personeros han conferido mandato: terminado el cargo del órgano que representa a estas personas jurídicas, cesa el mandatario.

47.10. La doctrina señala otras **formas de terminar** el mandato, además de las enumeradas, se aplican las de los contratos en general: imposibilidad de cumplir las obligaciones asumidas y la resolución. Respecto de esta última, rara vez se empleará, puesto que queda expedita más bien la revocatoria o la renuncia, pero, en estos casos el que deja sin efecto el contrato por su voluntad unilateral no puede reclamar a la otra parte ningún daño o perjuicio que derive de su propia acción.

En los asuntos comerciales hay otra causa de terminación: la enajenación en la que sirve el factor o dependiente con mandato, como lo dispone el artículo 138 del Código de Comercio.

47.11. Cuando **varias personas** han recibido un común mandato y una de ellas llega a faltar, por cualquiera de las causas anteriormente vistas, también termina el mandato del que queda o de los que quedan, porque se ha disuelto el grupo responsable, ha cambiado sustancialmente la situación. Bien podrá el mandatario confirmar, por nuevo mandato a los que permanecen, o reemplazarlos totalmente, o integrar el conjunto con un nuevo elemento.

Si una persona ha nombrado varios apoderados para sus asuntos, pero no les ha impuesto la obligación de actuar conjuntamente, pueden dividirse sus funciones y, entonces, lo mismo que si el propio comitente les ha

nombrado para asuntos diferentes, la falta de uno o varios de ellos, no hace cesar a los demás, precisamente por esa independencia con la que pueden actuar.

47.12. Efectos de la terminación, respecto de terceros

Las varias de las causas de terminación, requieren **dar noticia** al mandatario, para que produzcan su efecto respecto de sus relaciones con el comitente. No se requiere esta noticia, ni es posible, si la causa de terminación es la muerte del mandatario, pero entonces se debe dar la noticia al mandante. En una palabra, la información sobre lo sucedido es indispensable para que cesen los poderes conferidos, y mientras no se tenga ese conocimiento, las partes continuarán actuando de buena fe y sus actos se han de respetar.

Ahora bien, **los terceros** que contratan con un apoderado también deben ser informados, si es que existe una causa de terminación del mandato, y si no están en aptitud de enterarse, actúan de buena fe y el derecho la protege.

A este respecto, tenemos el texto del artículo 2076: "En general, siempre que el mandato expira por una causa ignorada por el mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato, será válido y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante.- Quedará así mismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario hubiere pactado después de saber la causa que hizo expirar el mandato, si el contrato hubiere sido celebrado con terceros de buena fe; pero el mandante tendrá derecho a que le indemnice el mandatario.- Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el Juez, en su prudencia, absolver al mandante".

Se trata, por consiguiente, de atenerse a los **hechos reales**: si hubo o no conocimiento; pero, como los estados internos de la conciencia no se exteriorizan necesariamente, hay que recurrir a presunciones, y tal es la de que se han conocido los hechos publicados por la prensa o carteles; tal presunción es simplemente legal y admite prueba en contrario; más aún, se deja a la prudencia del Juez el apreciar las circunstancias para llegar a la conclusión

más segura sobre el real conocimiento de los hechos que hayan podido tener el mandatario y los terceros.

Téngase en cuenta que la **buena fe** del mandatario no basta para justificar a los terceros que hubieren actuado de mala fe, ni viceversa, la buena fe de éstos no justifica al mandatario que conocía que su mandato ya había terminado.

"La venta de bienes raíces, hecha por medio de mandatario, es válida, a menos de probarse legalmente, que antes del contrato, el comprador tuvo conocimiento de la revocatoria del mandato", dice una sentencia de la Corte Suprema. En otra, se dice que "una cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 2160 (actual 2076) basta para que el Juez pueda absolver al mandante".

Recordemos lo ya expuesto, sobre la continuación del mandatario, o de sus herederos, en las funciones necesarias para **impedir un daño** evidente para el mandante, actos que también se realizan válidamente, en virtud de la buena fe y de la necesidad. Y tratándose de juicios, el procurador continúa así mismo en sus funciones hasta ser legalmente reemplazado, según dispone el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO IV
EL COMODATO O PRÉSTAMO DE USO

48. Definición

48.1. Escribe Puig Peña: "En principio, el comodato no responde a un acabado designio contractual. Parece como si las partes no quisieran celebrar un contrato, sino dar expresión a un espíritu de amistad y ayuda; pero el Derecho precisa disciplinar las consecuencias jurídicas que pueden derivarse, tanto del cumplimiento como del incumplimiento del mismo".

Este **espíritu de amistad**, de solidaridad, de ayuda y, en algunos casos, de caridad, inspira el contrato de préstamo de consumo o comodato. En la vida práctica se dan infinidad de circunstancias en las que se presta alguna cosa, para que la use otro momentáneamente: se prestan libros, automóviles, instrumentos de trabajo, y también fincas para una vacación o una ocupación de poco tiempo. En todos estos casos se produce un **comodato**, que vincula al prestamista o comodante, con el prestatario o comodatario, quien recibe la cosa.

48.2. Este fenómeno jurídico es **universal**, y así, las definiciones de muchos autores de diversas nacionalidades, coinciden en lo esencial. Aubry y Rau, lo definen: "Comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a la otra, una cosa mueble o inmueble, de la cual se puede servir la segunda, con cargo de devolverla en su individualidad, en el término expreso o tácitamente convenido". Sánchez Román, por su parte, dice que es: "Un contrato principal, real, unilateral y gratuito, por el cual una persona cede a otra el uso de una cosa no fungible por un tiempo fijo o sin él, o para un fin determinado o sin determinar, y el que la recibe contrae la obligación de devolverla tal como la recibió, terminado que sea el uso para el cual fue cedida".

48.3. Nuestro Código Civil no se aparta de estos conceptos y define en el artículo 2077: "Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.- Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

48.4. En todas las definiciones se expresa lo esencial del contrato, que consiste en el préstamo de algo que debe devolverse en su **misma individualidad**: la misma cosa. De aquí se deriva la afirmación de quienes sostienen que el comodato es préstamo de cosas **no fungibles** o **no consumibles**. En realidad, se trata de un préstamo de algo que debe devolverse en su especie -la misma cosa-, y como se presta para que sea usada, debe ser de aquellas que no extinguen por el uso, o que, por lo menos, se han de usar de forma que no desaparezcan por el uso. A veces, se presta algo que de suyo es consumible, pero para que el comodatario la utilice en una finalidad distinta de la normal, de suerte que no se consumirá por tal uso; por ejemplo, el cemento es cosa esencialmente consumible, se emplea para hacer hormigón o para unir piedras u otros materiales de construcción, pero podrían darse en comodato unos sacos de cemento para servir de lastre de una nave o para formar una defensa o pared provisional, con las sacas sin abrir, y luego devolver las mismas que se recibieron en préstamo.

48.5. Se aprecia de inmediato la diferencia con el **préstamo de consumo o mutuo**, el cual difiere del comodato, primeramente, en que el uso para el que se presta la cosa, destruye la cosa, y se ha de restituir, otra u otras de la misma especie, calidad, etc. Hay otras diferencias entre ambas formas de préstamo, entre las que destaca aquella de la gratuidad del comodato y el carácter oneroso del mutuo, aunque esto admite excepciones por uno y otro lado.

48.6. La definición del artículo 2077, incluye el carácter **gratuito** del comodato, y esto corresponde a la naturaleza del contrato: es un préstamo inspirado en motivos altruistas. Pero no se excluye que el comodante reciba alguna recompensa, pactada o no, como expresión de la gratitud del que recibió el préstamo, sin que por ello deje de ser gratuito.

La ventaja de asegurar la conservación de la cosa prestada, no se considera como una retribución, que convertiría el contrato en **oneroso**. En cambio, que si presta algo, con la condición de que el prestatario realice inversiones cuantiosas, que mejorarán la cosa, o haga edificaciones, plantaciones u otras accesiones que aumenten el valor de la cosa, ya no estaríamos en el caso de un verdadero comodato, sino de otra figura jurídica, que puede plasmarse como un contrato de servicios, un arrendamiento, una enfiteusis, o bien un contrato mixto, según sean las estipulaciones realizadas.

48.7. La **entrega** de la cosa, es necesaria para que surja el contrato: este se perfecciona con la entrega. Es decir, que ha de haber la voluntad de las dos partes de efectuar el comodato, pero no se perfecciona sino con la entrega de la cosa. Por esta razón, se califica al préstamo de uso como un **contrato real**.

Dicha entrega, no constituye **tradición** ni produce transferencia de la propiedad, ni siquiera de la posesión de la cosa. Solamente se entrega en mera tenencia.

48.8. Pasa la tenencia de la cosa, del comodante al comodatario, con la finalidad de que éste **pueda usarla**. Se le confiere esta sola facultad, que libremente ejercerá o no, a diferencia de lo que pasa en el arrendamiento, en el que se confiere el uso y el arrendatario debe usar, no solamente puede hacerlo.

48.9. El comodatario, como no recibe la propiedad ni la posesión, sino sólo el uso, no tiene tampoco los derechos de disponer o enajenar la cosa, ni el de **percibir los frutos** o productos de la cosa. Esto último tiene la salvedad obvia de aquellas cosas cuya utilización consista precisamente en tomar los frutos, como cuando se presta una huerta, no solamente para pasear por ella, sino para que el comodatario se sirva de las frutas. Desde luego, las partes pueden convenir expresamente en conceder al prestatario la percepción de algunos frutos; esto ha de ser accidental o secundario, ya que, en caso contrario, derivaría el contrato en un usufructo.

48.10. El derecho conferido al comodatario, de usar la cosa, marca la diferencia con el contrato de **depósito**, en el que también se entrega la tenencia de algo, pero no en beneficio del depositario, sino del depositante; quien

recibe el depósito no puede usar de la cosa, salvo que por excepción se le haya autorizado a hacerlo, y precisamente en esos casos, la diferencia con el comodato se desdibuja un tanto, aunque siempre permanece, en cuanto el interés que principalmente protege el derecho es distinto en uno y otros contratos: el comodato se da en beneficio del comodatario, mientras que el depósito existe para utilidad del depositante.

48.11. La restitución de la cosa "después de **terminado el uso**", debe entenderse en forma relativa, o con alguna salvedad. No siempre la restitución se ha de efectuar terminado el uso: el comodatario puede devolverla antes, y excepcionalmente, el comodante puede exigirla también antes de que haya terminado dicho uso. La expresión empleada por el legislador quiere decir simplemente que lo natural y corriente, lo ordinario, ha de ser que el comodato cumpla su objeto. Naturalmente, si se ha pactado un plazo fijo, no se tendrá que esperar la terminación del uso, y cumplido el plazo tendrá el comodatario que devolver lo prestado.

49. Características del Comodato

49.1. Quedan ya indicados, a propósito de la definición, algunos caracteres del contrato de préstamo de uso: es un contrato **real**, generalmente **gratuito**, y **no transfiere el dominio**. Habría que agregar, que se verifica "*intuitu personae*".

49.2. Se discute si se trata de una convención unilateral o bilateral. Algunos lo consideran como imperfectamente bilateral, es decir, que de modo accidental surgen las obligaciones del comodante.

49.3. Conviene insistir en este punto, sobre que tipo de **título es el comodato**. No transfiere ni la propiedad ni la posesión; luego no es título de transferencia del dominio, pero sí da origen al paso de la tenencia de una a otra persona: el comodatario tendrá la cosa en nombre del propietario, reconociéndole a él como señor y dueño, con la muy importante consecuencia de que este tenedor jamás podrá alegar prescripción adquisitiva de dominio. Para adquirir por prescripción, se requiere poseer la cosa, no basta tenerla.

El comodato se menciona como ejemplo de un título para la tradición, pero como título que **no transfiere el dominio**; por esto, dispone el artículo 693 que el error en el título invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando, por una parte, se tiene el ánimo de entregar en comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación. Así, pues, claramente aparece que el comodato no es título traslativo del dominio, lo que traslada es únicamente la tenencia de la cosa. Pero la tradición propiamente dicha es la que transfiere el dominio, como indica el artículo 700: "La tradición de una cosa corporal muebles deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y verificando esta transferencia por uno de los medios siguientes (...)". De manera expresa, el numeral 5° del mismo artículo, incluye en la enumeración de los "títulos **no translativos del dominio**" al comodato.

Tampoco transfiere la **posesión**, sino únicamente la mera tenencia; así aparece en el artículo 740: "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo, o cualquier otro título no traslativo del dominio. El comodatario se constituye en **tenedor** de la cosa recibida en préstamo, y la tiene en nombre de su poseedor".

Normalmente quien presta una cosa es **el dueño** de ella: ejercitando su derecho de dominio, entrega la tenencia de ella por cierto tiempo o para determinado uso. Pero también se puede **prestar una cosa ajena**, cuando se dispone de un derecho de usufructo, de administración, o se tiene la posesión de la cosa.

49.4. El artículo 2079 precisa que "El comodante **conserva sobre la cosa todos los derechos** que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario". Cabe usar simultáneamente una cosa por parte de más de una persona, sea por la extensión o cuantía del objeto, sea por la variedad de usos que son compatibles en una misma cosa. Lo que conserva el comodante son "todos los derechos que tenía", salvo el uso que concede al comodatario. Por tanto, si el primero es propietario, sigue con los derechos de usar, gozar y disponer como dueño, y puede enajenar la cosa prestada. Si es solamente poseedor, continúa poseyendo a través de la mera tenencia del comodatario, y el comodante

podrá así, llegar a adquirir la propiedad por prescripción, ya que sigue siendo poseedor.

Se puede llegar al extremo de que **el propietario de la cosa pueda recibirla en comodato**, de quien la posee por otro título, por ejemplo de usufructuario, usuario o habitador. Éstos, que tienen el derecho de usar exclusivamente de la cosa, pueden prestarla al mismo propietario de ella, quien se ha despojado de ese derecho de uso o habitación: así el usufructuario de una casa, puede prestarla al nudo propietario para que viva en la casa unos días, pase unas vacaciones, etc., sin perder el derecho de usufructo, y quedando el propietario obligado a devolver la cosa prestada.

49.5. Ya que no se transmite la propiedad al prestatario, el **dueño conserva la cosa** y a él le corresponden también los frutos y accesiones, así como tendrá que sufrir las desmejoras o la pérdida de la cosa, salvo que se pruebe culpa del comodatario. Por esta misma razón, es posible el comodato de cosa ajena, sin perjuicio de que el propietario pueda reivindicarla de manos de quien la tenga a nombre de otro.

49.6. Otra característica del comodato consiste en que no requiere de **ninguna solemnidad especial**: es un contrato consensual y se perfecciona por el consentimiento de las partes y la entrega de la cosa (por esto último, es real). No se requiere ni siquiera de documento escrito.

49.7. Como no se requiere ninguna solemnidad especial, el contrato de comodato **puede probarse** con cualquier clase de pruebas, incluso la de testigos, aunque su cuantía sea mayor: "cualquiera que sea el valor de la cosa prestada", como dice el artículo 2078. También se admite la prueba por confesión judicial.

49.8. Basta para contratar el préstamo de uso la **capacidad general de administrar**, y como no implica enajenación ni gravamen, aunque el objeto consista en un bien inmueble, la persona casada no requiere del consentimiento del otro cónyuge.

49.9. Pueden dar en comodato, no sólo el propietario, sino también el usufructuario, el usuario, el habitador, el arrendatario, y quien tenga la posesión de la cosa, salvo que el uso al que tienen derecho no sea transferible,

por disposición contractual, por la naturaleza de la cosa o su destinación natural. El mismo comodatario, podría a su vez prestar a otro la cosa, siempre que no se le haya dado con carácter personal o con prohibición de subcontratar.

49.10. El comodato es un contrato que confiere un derecho **naturalmente limitado**, también limitado en el tiempo. Se puede señalar un plazo, o determinar la duración indirectamente, por el uso al que se destina: terminado el uso, termina el préstamo. Sin embargo, nada impide para que las partes den al contrato un carácter de permanencia o perpetuidad, que será siempre relativa, ya que el comodante no pierde en ningún momento el derecho de recuperar la cosa y, como dejamos dicho, el comodatario no puede adquirirla por prescripción.

49.11. Los **bienes** constituidos en patrimonio familiar "no podrán ser objeto de división, comodato, sociedad, renta vitalicia ni anticresis, sino de acuerdo con este Título", dice el artículo 840. Ahora bien en el Título sobre el Patrimonio Familiar, nada se dice directamente sobre el comodato, y solamente se dan reglas para la enajenación o para dar en arriendo o aparcería bienes inmuebles incluidos en el patrimonio familiar; hay que considerar que la ley desea preservar de gravámenes que priven al grupo familiar del uso normal de los bienes, y aplicando la analogía, habrá que concluir que para dar en comodato estos bienes, se requiere autorización judicial, demostrando "necesidad o conveniencia".

49.12. "**No hay donación** en el comodato de una cosa cualquiera, aunque su uso y goce acostumbre darse en arriendo". Es decir que, si contra la costumbre de cobrar un canon por el uso de la cosa se confiere ese mismo uso gratuitamente, no hay donación; hay sí un contrato gratuito y una ventaja económica para el comodatario, pero esto es distinto de la donación.

La consideración de la **gratuidad** del contrato de comodato hace que el legislador prohíba al comodatario oponer la excepción de compensación contra la demanda que le presentare el comodante, y esto aún en el caso de haberse perdido la cosa prestada y tener por lo mismo la obligación de restituir solamente su precio: tampoco entonces cabe oponer la excepción de compensación si el comodante debe dinero al comodatario. Éste debe

restituir la cosa prestada, y por cuerda separada podrá demandar lo que el comodante le deba.

49.13. No pueden prestarse los **derechos**, sino solamente las cosas materiales. Los derechos se ceden, y la cesión es otra figura jurídica que el comodato.

No puede ser objeto del comodato la **persona humana**, desde que no hay esclavitud; si se presta un auto con chofer, se está cediendo las relaciones laborales y ha de contarse siempre con el consentimiento de la persona que entra a servir a otro. Para éste, como para todo contrato, ha de haber objeto lícito.

50. Obligaciones del comodatario

50.1. El derecho que se concede al comodatario es el de usar la cosa prestada, pero este derecho entraña la correspondiente obligación de **conservarla** y de usarla únicamente de la manera convenida: no se da un uso indiscriminado o absoluto, sino limitado.

El artículo 2080 se refiere a este derecho y deber fundamental: "El comodatario no puede emplear la cosa sino en **el uso convenido**, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase".

Este uso adecuado, implica, como enseña Treviño, "no alterar la forma y sustancia de la cosa". En efecto, si el arrendatario, quien paga por el uso, no está facultado para realizar cambios sustanciales en la cosa, con mayor razón el que la recibe gratuitamente, como sucede en el comodato.

Este contrato tiene la característica de ser *intuitu personae,* por lo cual, el uso de la cosa se confiere al comodatario y no a otros extraños. Según la misma naturaleza de la cosa, se ha de entender esta utilización personal, como exclusiva o bien como participada con el grupo familiar, doméstico, profesional, de amistad, etc. Las partes pueden precisar expresamente esta extensión de la facultad de usar, pero si no lo hacen, también dicha amplitud del derecho se regulará por lo que razonablemente convenga a la naturaleza de la cosa y a las costumbres admitidas. Si se presta una casa, normalmente es para la utilización por toda la familia del comodatario, con sus sirvientes y

quizá, amigos íntimos; en cambio un microscopio u otro instrumento de precisión apto para el trabajo profesional de una persona, se ha de considerar como únicamente utilizable por esa persona y nadie más.

Por lo dicho, el préstamo de lo prestado, o la **cesión** del uso recibido, no se han de admitir sino con el expreso consentimiento del comodatario.

El artículo 2080, señala el efecto del abuso del comodatario: "En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la **indemnización** de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo". El incumplimiento por parte del comodatario da, pues, derecho al comodante, de exigir una indemnización total, y de terminar el préstamo: el contrato es en beneficio del comodatario, y al no cuidar debidamente la cosa, queda sometido a estas graves consecuencias, establecidas con entera equidad.

A diferencia de lo que acontece en el arrendamiento, el comodatario tiene solamente el derecho de usar, pero no está **obligado** a usar: bien cabría que simplemente tenga la cosa, sin utilizarla, salvo que esto perjudique de algún modo al comodante o lleve al deterioro del objeto prestado.

50.2. La **conservación de la cosa** se deriva de la primera obligación ya mencionada, e interesa tanto al dueño como al usuario. Este deber de conservar, en algunos textos legales se precisa que ha de ser "con la diligencia de un buen padre de familia". Nuestra ley establece esta obligación sancionándola con la responsabilidad hasta por **culpa levísima** y aún, en ciertos casos, hasta por caso fortuito o fuerza mayor.

Dice el artículo 2081: "El comodatario está obligado a emplear el **mayor cuidado** en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima". Esto corresponde a la naturaleza del contrato que beneficia exclusivamente al comodatario, por lo cual su responsabilidad es máxima.

Por otra parte, como hay circunstancias en las que el comodato **accidentalmente trae alguna ventaja al comodante**, entonces, se reduce la responsabilidad del prestatario solamente hasta la culpa leve. Así lo establece el artículo 2082: "Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente, si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se extenderá la responsabili-

dad del comodatario sino hasta la culpa leve; y si en pro del comodante, sólo hasta la culpa lata".

50.3. El segundo inciso del mismo artículo 2081, establece las **consecuencias** de lo ordenado en el primer inciso: "Es, por tanto, responsable (el comodatario) de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en el uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario".

Indirectamente señala esta disposición, aquello **de lo que no responde** el comodatario: el deterioro natural o normal, por el uso adecuado. Habría que tener en cuenta que el simple transcurso del tiempo disminuye el valor de muchas cosas: los animales envejecen, los vehículos se deprecian a medida que el modelo es más anticuado; aunque también hay objetos que adquieren valor por ese mismo transcurso del tiempo: un árbol de madera que aumenta su altura y volumen, un libro que se convierte en preciada prenda rara, etc.

50.4. La responsabilidad del comodatario se traduce normalmente en el deber de indemnizar por aquellos deterioros debidos a su culpa; pero el Código agrega una curiosa figura por la cual **se garantiza al comodante** cuyo objeto se ha deteriorado en términos de quedar inservible: "podrá exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario". Se ha de entender que ese "precio anterior", se refiere al momento en que la cosa aún no se ha deteriorado hasta el extremo indicado, es decir, el precio de la cosa con la natural disminución por un uso correcto, y no depreciada por el uso incorrecto. Ese precio, si lo exige el comodante, se compensa con el "abandono de la propiedad al comodatario"; tal abandono, es más bien una transferencia de la propiedad, que se verificaría por el modo de la tradición y con el título derivado del incumplimiento del contrato. Es realmente una figura jurídica original, al mismo tiempo que práctica y equitativa: el comodatario ha abusado de la cosa, la ha tratado no como simple tenedor, sino como si fuera dueño, y termina siendo propietario, porque el dueño le exige todo su precio.

50.5. La conservación de cualquier cosa implica realizar **ciertos gastos** y éstos corren a cargo del comodatario cuando son los normales y ordina-

rios; mientras que, si la cosa requiere refacciones, restauraciones o arreglos extraordinarios, no imputables a culpa del tenedor, deben ser de cargo del comodante.

El prestatario de un vehículo, debe naturalmente gastar en combustible, lubricantes y pequeños arreglos dependientes del uso normal, en tanto que una reparación integral de la máquina, exigida por haber servido ya durante mucho tiempo y kilómetros, correrá a cargo del comodante. En una casa prestada, el comodatario pagará los gastos de luz, agua, teléfono, y reparaciones locativas (por analogía a lo que sucede en el arriendo), pero, corresponden al comodante las expensas requeridas por el mal estado de los cimientos o la estructura de la casa. Las partes pueden precisar convencionalmente estas obligaciones dándoles un alcance diferente.

Si el comodatario realiza **gastos no necesarios**, de mero lujo o comodidad, no exigirá su reembolso, pero puede retirar los materiales u objetos agregados, siempre que al retirarlos no desmejore el estado normal de la cosa.

50.6. Quien, como el comodatario, responde "hasta" por culpa levísima, está exonerado de responsabilidad por los daños o pérdida de cosas que se produzcan por **caso fortuito o fuerza mayor**. Sin embargo, en este contrato, el beneficiario, que es quien recibe la cosa prestada, queda también obligado aún en los casos imprevistos e irresistibles, como incendio, terremoto, inundación, actos de autoridad, etc., en cualquiera de las cuatro circunstancias previstas al final del mismo artículo 2081, a saber:

1. "Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido, o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habrían sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora". Pongamos un ejemplo evidente: si un rayo destruye la casa dada en comodato, no tendrá el comodatario que indemnizar por esto, aunque haya usado indebidamente de la casa, para un fin no autorizado, o aunque se haya demorado en devolverla a su dueño, ya que estas circunstancias nada tienen que ver con el flagelo destructor. En cambio, si se ha prestado un vestido, una obra de arte u otro objeto semejante, solamente para adornar un escaparate y se los usa en servicios domésticos o para transportar mer-

cancías, etc., y en ese uso indebido sufren un accidente, aunque no tenga culpa el comodatario, tendrá que indemnizar.

2. "Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya aunque levísima". *Verbi gratia*, el comodatario no ha puesto todas las seguridades en el sitio donde guarda el objeto prestado y allí es robado por personas que penetran en el local a mano armada: se trata de un caso de fuerza mayor, pero pudo evitarse con mayores seguridades que razonablemente debió poner el prestatario, por lo cual, al haber incurrido en culpa, queda responsable del daño sufrido.

3. "Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada, o la suya, ha preferido deliberadamente la suya". Se comprende esta rigurosa regla que ordena indirectamente preferir salvar la cosa prestada antes que la propia, por el carácter gratuito del préstamo de uso. Ha de entenderse, de todas formas que esta preferencia de la conservación del objeto ajeno, será dentro de límites razonables, de una cierta proporción. No sería razonable exigir que se sacrifique una especie de gran valor propia del comodatario, para salvar otra de mínima importancia que le haya sido prestada. También es lógico considerar la posibilidad real de salvar ambas cosas: si para salvar a la una se requiere un gran esfuerzo o correr un riesgo notable, por ejemplo entrar en un local incendiado, y, en cambio, con facilidad se puede salvar otra, por ejemplo dejando en libertad un animal amarrado fuera de la misma casa que sufre el incendio, no es cuestión de distinguir quien sea el dueño de una u otra cosa, sino que salvar lo que buenamente se puede salvar.

4. "Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos". Si se ha pactado esta extrema responsabilidad del comodatario, no podrá excusarse aduciendo que ha puesto la máxima diligencia posible, o que el caso fortuito habría afectado a la cosa aunque hubiera estado en manos de su dueño: se ha de respetar la voluntad contractual.

50.7. Tampoco responde el comodatario por el deterioro, aunque llegue al extremo de inutilizar el objeto prestado, cuando esto se debe al **desgaste natural** por el uso razonable y cuidadoso.

50.8. Los derechos del comodatario se **transmiten** a sus herederos, salvo que se haya dado el préstamo a título rigurosamente personal o para una finalidad que se acaba con la muerte, por esto el artículo 1287 reconoce al heredero que reclama la herencia el derecho de recibir todas las cosas ocupadas por otro, aunque no hayan sido de propiedad del causante y solamente las haya tenido en calidad de comodatario, o por otro título de mero tenedor.

Como observa Puig Peña, las responsabilidades del comodatario pasan, en caso de su muerte, a los **herederos** y éstos quedan **solidariamente obligados**. La solidaridad, se menciona expresamente en el artículo 2092, cuando la cosa ha sido prestada a muchos, pero es evidente, que se produce también, conforme a las reglas generales de la herencia, cuando los herederos son varias personas.

50.9. Obligación de principal importancia del comodatario, es la de **devolver o restituir** lo que recibió prestado. Es una consecuencia de que el comodato no transfiere el dominio ni puede alcanzar la propiedad el comodatario, por prescripción adquisitiva.

Lo que se ha de devolver es la **misma cosa**, ya que en este préstamo de uso, no se da para consumir, sino solamente para usar moderadamente. Si la devolución se hace imposible por haberse perdido, destruido o deteriorado en extremo, podrá reemplazarse por otra igual, si lo admite el comodante, quien tiene el derecho de exigir el precio, como hemos explicado a propósito del artículo 2081.

50.10. La restitución debe hacerse al **comodante**, por regla general, sea personalmente o bien a quien le represente legítimamente para recibir el objeto, sea por ser su representante legal o por mandatario.

El artículo 2084 indica a quien debe hacerse la restitución: "La restitución deberá hacerse al comodante, o a la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre, según las reglas generales.- Si la cosa ha sido prestada por un incapaz que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida la restitución al incapaz". De aquí se deduce que no es lícita la restitución al incapaz que no tenía permiso para usar y para prestar la cosa: en tal caso debe devolverse al representante legal.

50.11. Hay algunas **excepciones** a esta obligación de devolver al mismo que dio la cosa en préstamo:

Si en el contrato **se estableció** que, terminado el uso, se entregue la cosa a otro prestatario o, en general a otra persona, aunque no sea representante del comodante:

1. Si durante el comodato la cosa prestada fue **embargada y rematada**, o fue expropiada, el comodatario deberá entregarla al adjudicatario de esos actos de autoridad;
2. Si descubre el comodatario que él mismo es **el propietario** de la cosa que se le prestó, tendrá que devolverla solamente si el comodante tiene un derecho mejor que el suyo para poseerla, por ejemplo si el comodatario tiene un derecho real de usufructo, uso o habitación. Si el comodatario no tiene ese mejor derecho de poseer, el propietario retendrá legalmente lo que le pertenece;
3. En caso de disputarse la propiedad, entre el comodante y el comodatario, no podría éste retenerla, porque es mejor la condición del poseedor (en este caso, el comodante); tendría, pues, que devolverla o pedir al Juez que sea depositada hasta que se resuelva el litigio. (Confróntese el artículo 2088);
4. Cuando es una **tercera persona**, la que reclama la cosa, aduciendo ser el propietario de ella, el comodatario deberá entregarla al verdadero propietario, si esto consta, como por ejemplo si presenta títulos de compra indiscutibles, Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 2091, que no resuelve directamente el asunto de quien tiene derecho de recibir la cosa devuelta, sino que salva la responsabilidad del comodante frente al perjuicio que sufre el prestatario que debe devolver "antes de terminar el comodato", en vista de la reclamación del dueño de la cosa;
5. Dice así dicho artículo: "Si la cosa no perteneciere al comodante, y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante, salvo que éste haya sabido que la cosa era ajena, y no lo haya advertido al comodatario". Por tanto, si supo y no advirtió, sí tendrá que indemnizar al comodatario, y se sobreentiende que éste ha debido devolver la cosa prestada, no al comodante, sino al dueño;

6. En caso de **quiebra o de concurso** de acreedores contra el comodatario, la cosa deberá devolverse al síndico, para que sea definitivamente asignada a quien corresponda, que puede ser un acreedor o el mismo comodante, si quedan bienes para él, después de satisfechas sus deudas o porque se le asigne en virtud de un beneficio de competencia o por ser necesaria para su subsistencia.

50.12. En cuanto **al tiempo** de la restitución o devolución, depende fundamentalmente de cuanto se haya dispuesto en el contrato, sea señalando plazo, día fijo o el término del uso de la cosa. Dice el inciso primero del artículo 2083: El comodatario está obligado a restituir la cosa prestada, en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada.

Corresponde probar al comodatario la existencia de un plazo para la devolución, ya que es en provecho suyo, y si no consta otra cosa, se ha de suponer que el comodante se reservó el derecho de pedir la devolución en cualquier momento.

50.13. Puede el comodante exigir la devolución **antes de cumplido el plazo** o de terminado el uso para el que concedió el uso, en los siguientes casos, que enumera el mismo artículo 2083:

1. "Si **muere** el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse". Por ejemplo, se ha prestado un equipo para una operación quirúrgica, que debía ejecutar el comodatario, quien muere, y debe reemplazarle otro médico en ese servicio de salud a tercera persona; o se ha dado en mutuo aparatos para levantar un plano topográfico, y muere el ingeniero que los usaba antes de terminar una obra que debe cumplirse aún por sus herederos, etc.

2. "Si sobreviene al comodante una **necesidad imprevista y urgente** de la cosa". Es lógico que se prefiera al dueño o poseedor sobre el interés del mero tenedor a título gratuito. Pero también aquí, la equidad recomienda considerar la proporción entre las necesidades y urgencias de una y otra parte: no sería razonable dejar de improviso en la calle el comodatario que con larga familia ocupa una casa prestada, a pretexto de que el dueño necesita la casa aunque por ser persona sola podría encontrar fácilmente otro

alojamiento: se impone un deber de caridad a favor del que tiene estrictamente menor derecho.

3. Si ha terminado o **no tiene lugar el servicio** para el cual se ha prestado la cosa". Es decir, que aunque se haya señalado un plazo más largo, cumplido el uso convenido o si ese uso resulta imposible, se ha de devolver la cosa dada en comodato. Naturalmente, si la imposibilidad del uso depende de una acción del mismo comodante, él tendría que indemnizar a su prestatario por arrebatársela antes del tiempo convenido: el plazo es a favor del comodatario, y al haberse imposibilitado el uso por culpa del que prestó, es natural que éste ha de indemnizar por las consecuencias de su acción ilegal.

También es lícito que el comodatario no devuelva la cosa en el tiempo estipulado, en los casos en que tiene derecho de **suspender** la devolución, o de **retener** la cosa, de lo cual se trata a continuación.

51. Derechos del comodatario

4.1. El principal derecho del comodatario consiste en **usar** la cosa prestada, en los términos del contrato o según su propio destino y naturaleza.

51.2. Tiene también derecho de **retener** la cosa prestada, aunque haya llegado el momento normal de restituirla, "mientras no se efectúe la indemnización" (Art. 2096) que le deba el comodante, "salvo que éste caucione el pago de la cantidad en que se le condenare".

El derecho de retención es **excepcional**: el artículo 2085 afirma que: "El comodatario no podrá excusarse de restituir la cosa, reteniéndola para seguridad de lo que le deba el comodante, salvo el caso del artículo 2096". En este segundo artículo -después de haber tratado de las obligaciones del comodante- el Código permite la retención supuesto el caso de que exista una "condenación" contra el comodante, quien deba indemnizar al prestatario, y aún en ese caso, deja a salvo la posibilidad de que garantice el cumplimiento de la indemnización y exija así la entrega inmediata de lo que le pertenece.

51.3. Similar a la retención es la **suspensión** de la devolución. El comodatario puede suspender la restitución en los casos señalados en el artículo 2086, y está obligado a dicha suspensión, en el caso previsto en el artículo 2087.

Dice el artículo 2086: "El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitución, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante; salvo que haya sido perdida, hurtada o robada a su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del comodatario.- Si se ha prestado una cosa perdida, hurtada o robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, se hará responsable de los perjuicios que de la restitución se sigan al dueño.- Y si el dueño no la reclamare oportunamente, podrá hacerse la restitución al comodante.- El dueño, por su parte, tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento el comodante, o sin decisión judicial".

Por consiguiente, no basta que la cosa pertenezca a distinta persona que el comodante, para que el comodatario pueda oponerse a restituírsela a él: solamente cabe la suspensión de la devolución, si la cosa ha sido **perdida, hurtada o robada**. La prueba de estas circunstancias corresponderá al tenedor de la cosa que se resiste a devolverla. Lo más seguro para el comodatario será acudir al Juez para que esclarezca a quién corresponde recibir la cosa. El último inciso del artículo transcrito indica que tampoco el dueño de la cosa puede exigir que se le entregue la cosa: debe probar su derecho y esto conducirá o bien a que el comodante se allane o bien a que se pronuncie sentencia judicial.

51.4. Hay **obligación de suspender** la devolución, cuando existe fundado motivo para temer que se hará un uso delictivo de la cosa; por ejemplo, si se han prestado armas y se teme la comisión de un crimen, o se han prestado documentos para una investigación histórica y se teme que puedan emplearse para extorsionar a una persona, etc.

Dice el artículo 2087: "El comodatario está obligado a suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas y de cualquiera otra cosa de que se sepa se trata de hacer un uso delictuoso; pero deberá ponerlas a disposición del Juez.- Lo mismo se observará cuando el comodante ha perdido el juicio y carece de curador".

51.5. "**Cesa la obligación de restituir** -dice el artículo 2088- desde que el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada.- Con todo, si el comodante le disputa el dominio, deberá restituir, a no ser que pueda probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece".

El comodatario debe devolver la cosa aún con la convicción de que es propia, si no puede probar "breve y sumariamente" su mejor derecho. La debe restituir, porque es mero tenedor, mientras que el comodante conserva la posesión, y el propietario debe reivindicar su bien, con las correspondientes pruebas; aquí se hace una excepción, ya que el tenedor que "pruebe breve y sumariamente" ser propietario, obtendrá defensa de su pretensión por disposición del Juez, quien ha de apreciar cual de las dos partes tiene mejor derecho a poseer; esto no obsta a que posteriormente se instaure la demanda reivindicatoria y se discuta más ampliamente, en juicio ordinario, sobre quien es el dueño que deba quedarse definitivamente con la cosa litigiosa.

52. Transmisión de derechos y obligaciones

52.1. "El comodato no se extingue por la **muerte del comodante**", afirma el artículo 2093; por consiguiente, el que recibió una cosa prestada, seguirá usándola, durante el tiempo a que tenga derecho, y responderá, en su momento, ante los herederos del prestamista.

Los herederos del comodante ejercitarán los mismos derechos que tenía su causante, según las reglas de la sucesión por causa de muerte.

52.2. En cambio, la **muerte del comodatario** produce diverso efecto, puesto que el contrato es *"intuitu personae"*. Normalmente, terminará el contrato con la muerte del prestatario, y solo por excepción puede continuar por el tiempo indispensable, para evitar mayores males.

Dice el artículo 2089: "Las obligaciones y derechos que nacen del comodato, pasan a los herederos de ambos contratantes; pero los del comodatario no tendrán derecho a continuar en el uso de la cosa prestada, sino en el caso excepcional del artículo 2083, numeral 1". Dicho numeral se refiere a que "la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse". Hemos de entender que esta necesidad de que

continúe el uso de la cosa y la prestación del servicio correspondiente, interesa a terceras personas o a los mismos herederos. Por ejemplo, si se ha prestado una imprenta para que el autor de un libro lo edite, y en medio proceso de impresión fallece el comodatario, interesa que se termine la impresión del libro.

52.3. Lo dicho anteriormente supone el conocimiento por parte de los herederos del comodatario de que éste tenía tal o cual objeto recibidos en préstamo; si, por el contrario, ignoran inculpablemente esta circunstancia y proceden a enajenar la cosa dada en comodato a su causante, actúan de buena fe y son tratados como poseedores de buena fe.

Al comodante se le abren **tres posibilidades** para recuperar la cosa enajenada de buena fe por los herederos del comodatario: 1. Puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el actual poseedor de la cosa, el que la compró o adquirió por otro acto de enajenación de los herederos; 2. Puede exigir a los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada; 3. Puede pedir que le cedan las acciones que tuvieren contra el que adquirió la cosa.

El pago del **precio será exigible** si el comodante no puede, no quiere o no ha logrado eficazmente reivindicar; es decir que, con gran amplitud se le confiere este derecho, ya que basta su mera decisión - "no quiere" - para que reclame justamente a los herederos el precio. Éste ha de ser el "justo", no necesariamente el que ellos hayan recibido, que puede ser mayor o menor que el justo, lo cual lógicamente deberá ser declarado por el Juez, si no es evidente y se allanan las partes.

52.4. "**Si tuvieron conocimiento del préstamo**, resarcirán todo perjuicio, y aun podrán ser perseguidos penalmente, según las circunstancias del hecho". El conocimiento de que la cosa era prestada, hace que la enajenación por parte de los herederos sea de mala fe, de allí el rigor de la ley.

52.5. "Si la cosa no perteneciere al comodante, y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante, salvo que éste **haya sabido que la cosa era ajena**, y que no haya advertido al comodatario". Así dispone el artículo 2091, siguiendo el mismo criterio de respetar la buena fe; si no la hay, el culpable debe indemnizar: si el que presta la cosa lo hace a sabiendas de ser

ajena y no advierte esta circunstancia al comodatario, justamente tendrá que reparar el daño que se siga de la terminación prematura del comodato, por la reclamación del dueño.

Téngase en cuenta que no falta a la **buena fe** el que sin ser dueño, presta una cosa que posee legítimamente, siempre que advierta al que la recibe, la posibilidad de que el dueño se la reclame antes de terminar el plazo o servicio previstos.

53. Obligaciones del comodante

53.1. Como el contrato se perfecciona únicamente cuando se entrega la cosa, no se puede hablar de obligación de entregarla, por parte del comodante. Sí está obligado a **respetar el uso concedido** al comodatario, durante el tiempo prevenido o que exija el cumplimiento de la función prevista o natural de la cosa. Si el prestamista ha dado un barco para el transporte de cierta mercancía, no puede pedir la devolución antes de que termine el viaje; quien ha prestado un instrumento de trabajo para ejecutar una determinada obra, no cabe que lo retire antes de concluida, etc. Ya hemos señalado, los casos en que no está sujeto el comodante a respetar el plazo establecido, que son casos de excepción.

También es obligación del comodante, la de permitir a los **herederos** del comodatario que continúen usando la cosa, cuando sea preciso cumplir o terminar un trabajo, un servicio que no se interrumpiría sin perjuicio.

53.2. Debe el comodante reembolsar al comodatario las **expensas necesarias** de conservación de la cosa, o las que sin ser de esta clase, haya autorizado a realizar por su cuenta. Los gastos propios del uso de la cosa son de cargo del comodatario, pero los demás corresponden al dueño de la cosa.

Solamente podría **excusarse** de este reembolso del dueño que no hubiere autorizado mejoras o gastos no necesarios realizados por el comodatario: éstos corren de cargo de quien los hizo, y podrá, retirar los elementos agregados, siempre que no deteriore con esto la cosa prestada; por ejemplo, el comodatario puede retirar cuadros, estatuas y otros adornos puestos en la casa que se le prestó, siempre que el quitarlos no deje desmejorado el inmueble, con relación a su estado primitivo.

Estas obligaciones se determinan en el artículo 2094: "El comodante está obligado a pagar al comodatario las expensas que, sin su noticia, haya hecho para la conservación de la cosa bajo las **condiciones** siguientes: 1. Si las expensas no han sido de las ordinarias de conservación, como la de alimentar al caballo; y, 2. Si han sido necesarias y urgentes, de manera que no haya sido posible consultar al comodante, y se presuma fundadamente que, teniendo éste la cosa en su poder, no hubiere dejado de hacerlas".

53.3. Surgen otras obligaciones **accidentalmente**: indemnizar por la privación anticipada del uso, por culpa del comodante e indemnizaciones por daños provenientes de la mala calidad o condición de la cosa prestada.

El comodatario que ha entregado una **cosa ajena**, sabiendo que lo era y sin advertir al prestatario esta circunstancia, debe indemnizarle si, efectivamente, la reclama el propietario y debe devolverse la cosa antes del plazo o del uso convenido. El artículo 2091 señala indirectamente esta obligación, refiriéndose al caso en que no hay indemnización: si el que prestó no sabía que la cosa era ajena, o si sabiéndolo advirtió al comodatario, entonces el beneficiario no tiene nada que reclamar. Pero si hay mala fe, si se sabía y no se advirtió, es lógico que surja la obligación de indemnizar si el tenedor es privado del uso antes de tiempo y por ello sufre algún daño.

53.4. Igualmente "El comodante está **obligado a indemnizar al comodatario** los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado, con tal de que la mala calidad o condición reúna estas tres circunstancias: 1. Que haya sido de tal naturaleza que probablemente había de ocasionar los perjuicios; 2. Que haya sido conocida y no declarada por el comodante; y, 3. Que el comodatario no haya podido, con mediano cuidado, conocerla o precaver los perjuicios". Así dispone el artículo 2095.

El comodante que dio aviso oportuno del defecto o peligro de la cosa prestada, se **descarga de responsabilidad**, porque el comodatario bien podría no recibirla, o recibirla y arreglarla antes de su uso. Igualmente no hay indemnización si el desperfecto o vicio era desconocido por el dueño o prestamista, o, al contrario, el prestatario la conocía o debía conocerla por su oficio o por la apariencia evidente. El comodante, debe, pues, comunicar los defectos o vicios de la cosa que él conozca y que puedan causar algún daño.

54. El comodato precario

54.1. Dice el artículo 2097: "El comodato toma el título de **precario** si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada, en cualquier tiempo".

La condición precaria consiste pues, en que el comodatario **no tiene un plazo** durante el cual pueda tener el uso legal de la cosa de suerte que se resistiría con razón a devolverla antes de ese tiempo. Pero también puede determinarse el lapso para el uso por el destino de la cosa o por su natural destinación.

54.2. El plazo dentro del cual el comodatario puede estar seguro de usar la cosa, puede fijarse expresamente en el contrato (incluso verbalmente), o bien se desprende de las circunstancias: es **tácito**. El artículo 2098 precisa aún más lo dicho, en estos términos: "Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.- También lo constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

54.3. Los casos de mera **tolerancia, o de tenencia de una cosa sin que lo sepa su dueño**, son bastante frecuentes en los terrenos agrícolas, en las grandes haciendas, en las zonas poco transitadas, como las selvas, los páramos o los lugares distantes de los poblados, fácilmente se asienta un campesino y cultiva un campo: el dueño, tiene derecho, en cualquier momento, de recuperar su suelo; si se resistiera a devolverlo el ocupante, cometería un acto de usurpación, sancionado por el Código Penal.

54.4. Ahora bien, los préstamos de tierras o la mera tolerancia, a ciencia y conciencia, de que cultiva persona distinta del dueño y sin relación laboral o de otro género, también se producen a menudo y corresponden incluso a **costumbres arraigadas**. Las leyes de Reforma Agraria han tratado de suprimir esta clase de situaciones, por considerarlas que encubren formas de explotación del trabajo ajeno y hasta de larvada servidumbre personal; sin embargo, se disimulan o simulan bajo otras apariencias para continuar actuando como ha sido tradicional. Bastantes sentencias de nuestra Corte Suprema han esclarecido tales situaciones ambiguas e ilegales.

Téngase en cuenta que el comodato **puede probarse** simplemente por testigos, y que el precario, hasta se presume o se establece tácitamente, como señala el artículo 2098, mientras que una promesa de venta de un inmueble debe constar por escritura pública, y un contrato de trabajo, muchas veces debe hacerse por escrito. Estas tres relaciones jurídicas, tan distintas entre sí, se relacionan en la vida corriente y dan lugar a litigios, si no se establecen claramente las obligaciones que contraen las partes.

55. Terminación del comodato

55.1. No enumera expresamente el Código Civil las causas de extinción del comodato, pero aparecen muchas de ellas a lo largo del Título XXVIII, y muchas han sido ya mencionadas en este comentario. Podemos ensayar una lista de estas circunstancias en las que termina el contrato:

1. Vencimiento del plazo, si lo hubo.
2. Satisfacción del uso para el que se prestó la cosa.
3. Si no se ha fijado ni plazo ni determinado uso (comodato precario), cuando lo determine el comodante, que en cualquier momento tiene derecho de pedir la devolución.
4. Cumplimiento de una condición, si se ha establecido así entre las partes.
5. Pérdida o destrucción de la cosa, aunque esto dé motivo para indemnizaciones,
6. Deterioro de la cosa, que haga imposible su uso, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar.
7. Decisión unilateral, del comodante, justificada en ciertas circunstancias: Si sobreviene una necesidad urgente de usar la cosa por parte del comodante o si el comodatario la usa indebidamente, la deteriora o la presta a otro sin permiso del comodante.
8. Muerte del comodatario, salvo que el uso pueda y deba continuar por parte de sus herederos hasta cumplir determinado servicio.
9. Expropiación o acto de autoridad por el cual la cosa sale del comercio.
10. Adquisición legal de la cosa por parte del comodatario, por ejemplo por compra o por donación que le haga el comodante o sentencia judicial que adjudique la cosa al tenedor.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO V
EL MUTUO O PRÉSTAMO DECONSUMO

56. Definición

56.1. Así como el préstamo de uso o comodato se aplica a cosas que deben ser devueltas en su misma identidad, porque solamente se entrega su tenencia y no se han de consumir, por el contrario, el mutuo o préstamo de consumo, transfiere la propiedad para que el prestatario pueda consumirla y deba devolver algo equivalente a lo recibido: cosas de la misma especie, cantidad y calidad.

El comodato se aplica a bienes **no consumibles** o que por convención de las partes no deben consumirse, mientras que el mutuo se aplica a cosas **fungibles**, que pueden reemplazarse por otras de iguales características y valor.

De lo dicho aparecen las fundamentales **diferencias** entre los dos contratos, que sin embargo tienen en común ser de préstamo: el objeto, la finalidad, el efecto inmediato (conferir sólo la tenencia o transferir la propiedad). De estos tres aspectos, dependen varias otras consecuencias, como las acciones judiciales a que dan lugar y los derechos de terceras personas.

56.2. El artículo 2099 **define** así: "Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en el que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad".

La **entrega** a que se refiere esta definición, se ha de entender como verdadera **tradición**, de suerte que el mutuario pueda disponer de las cosas que recibe, sea consumiéndolas o gastándolas, tal como corresponde al propie-

tario. El mutuo más generalizado consiste en préstamo de **dinero**, que es la cosa fungible por excelencia, y que se consume al usarlo.

El mutuo, lo mismo que el comodato, es un **contrato real**, precisamente porque no se perfecciona sino con la entrega de la cosa mutuada. El artículo 2100 aclara esta exigencia de la entrega y que ella es verdadera **tradición** que transfiere el dominio. Esto implica que el mutuante debe ser dueño de la cosa o tener facultad conferida por el dueño para disponer de ella. Los casos de mutuo en que por error se haya prestado cosa ajena, dan lugar a complicadas situaciones, son anómalos.

El artículo 693 menciona expresamente el mutuo entre los títulos translativos de dominio. Este contrato origina un **derecho personal** u obligación, como se dice en el artículo 596 y da lugar a una acción que necesariamente será **mueble**, conforme al artículo 616, y ya que no hay bienes inmuebles que sean fungibles.

56.3. La tradición o entrega de la cosa puede realizarse en **cualquiera de las formas** que admite la ley. El artículo 700 enumera los varios medios por los cuales se hace la entrega de cosas corporales muebles, lo cual es aplicable, entre otros, al caso del mutuo. Adquiere especial interés el supuesto de que el dueño de una cosa la vende y el comprador se constituye en mutuario o deudor del precio que queda por pagar. Es evidente que si esa es la voluntad de las partes, debe respetarse por ser legítima y no violar ninguna disposición del Derecho.

No se desvirtúa el mutuo por el hecho de que las partes hayan convenido en que la entrega de una parte o todo lo prestado **se entregue más adelante**, si realmente queda a la disposición del mutuario. Esto es muy frecuente en los préstamos bancarios, en los que se establece que se depositará en la cuenta corriente del deudor la cantidad que el banco ha prestado: la operación puede tardar unos días, o incluso se establece la entrega por dividendos, sobre todo en los préstamos muy cuantiosos, con la ventaja para el deudor de no deber intereses sino desde las respectivas fechas en que se le provee de fondos. Una sentencia declara que "la cantidad que se entregue a mutuo puede serlo en parte de contado y parte a cierto plazo".

Tampoco se desvirtúa el mutuo por el hecho de que en el contrato se le llame de "cuenta corriente"; para ser esto último, se debería cumplir lo preceptuado en el Código de Comercio, en su artículo 482.

"El contrato por el que una de las partes se compromete a restituir a la otra una suma de dinero dentro del plazo de dos años, con el interés legal en caso de mora, aun cuando se lo haya denominado de **depósito**, no tiene de tal sino el nombre, y es en el fondo un verdadero contrato de mutuo, dados los términos y la clara intención de los contratantes".

56.4. Parte esencial del contrato es la obligación que asume el mutuario de **devolver**. Esta devolución o pago debe hacerse en igual cantidad y calidad de las cosas recibidas, y debe hacerse al mismo mutuante o a quien le represente o suceda.

56.5. Tiene importancia la **identidad** de la persona que recibe el préstamo, se puede decir que respecto de ella es un contrato *intuitu personae* ya que la solvencia del deudor interesa de modo decisivo, poco importa, en cambio, quien sea el que preste. Por esta razón, el artículo 2049 dispone que la persona a quien se ha encargado tomar dinero prestado, puede él mismo darlo a mutuo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero, "facultado para tomar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante". Es evidente que el dueño tiene el derecho de escoger la persona a quien hace la confianza de prestar, y el encargado de ello no puede calificarse así mismo como la persona adecuada para recibir el préstamo.

56.6. En el concepto de mutuo, se incluye la existencia de un **plazo** para la devolución. Este plazo normalmente se fija en el contrato, pero, a falta de él, el artículo 2103 permite exigir la restitución "**diez días después de la entrega**".

56.7. El plazo que se establezca en el contrato puede ser obligatorio para **ambas partes** o solamente para una de ellas. Y, como cada uno puede renunciar a sus propios derechos, el que tiene el plazo a su favor puede renunciar a él; pero si el plazo obliga a ambas partes, no puede una de ellas renunciar y cobrar o pagar de inmediato, contra la voluntad del otro contratante, estando todavía vigente el plazo.

56.8. Observa Diez-Picazo que una de las características del mutuo es su **temporalidad**: la restitución del prestatario ha de hacerse pasado algún tiempo.

56.9. La restitución de lo prestado, se hace mediante cosas de la misma especie, calidad y cantidad, aunque **haya variado el valor de ellas.**

56.10. Ciertamente que las partes tienden a **asegurarse contra los riesgos** de tales cambios de valor: el mutuante procurando que no se le devuelvan cosas de la misma calidad y cantidad pero devaluadas, y el mutuario tratando de no gravarse con la obligación de devolver esa cantidad y calidad pero a un costo superior. Los intereses que suelen cobrar los mutuantes tienden, entre otras cosas, a compensar esa posible desmejora del valor. El mutuario a su vez, se defenderá, con cláusulas de compensación, sobre todo si las variaciones de valor le llegarían a perjudicar en gran medida.

Esto se da también en los préstamos de moneda, que son los más frecuentes: también el dinero a veces alcanza un mayor valor y muchas más, se devalúa. Las cláusulas de **compensación** en los préstamos de dinero, se suelen establecer mediante la conversión a otras divisas monetarias.

Tales estipulaciones se prestan a abusos, a encubrir intereses usurarios, pero si se practican con moderación y equidad, más bien impiden enriquecimientos sin causa.

56.11. El mutuo puede ser **gratuito u oneroso**. Históricamente es posible que haya surgido primero el mutuo gratuito y sólo posteriormente se inventaron los **intereses**. Contra éstos, existió mucho tiempo un verdadero prejuicio: se solía decir que el dinero no pare dinero, que es de por sí improductivo. Los abusos usurarios llevaron a establecer graves penas canónicas y se llegó hasta la prohibición total de cobrar intereses; volveremos sobre este asunto, con especial aplicación a nuestra Patria. Actualmente lo normal es que el mutuo produzca intereses, y si no se han pactado, se presumen.

57. Naturaleza jurídica

57.1. El mutuo es un **contrato real**, no solemne, y que origina fundamentalmente una obligación por parte del mutuario: devolver. Este carácter real del mutuo se afirma categóricamente en el artículo 2100: "No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio".

En cambio, el derecho que origina este contrato para el acreedor, es un **derecho personal**, tal como aparece en el artículo 596 que define el derecho personal y pone como ejemplo "el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado".

También queda afirmado que el mutuo constituye un **título translativo de dominio**, por el que el propietario prestamista se despoja de una cosa y adquiere simultáneamente un derecho de crédito: puede cobrar otra cosa igual. En el artículo 693 se menciona el mutuo como un título **oneroso** translativo de dominio, a diferencia de la donación que es título gratuito que traslada el dominio.

57.2. En los últimos años, sin embargo, se ha puesto en duda el carácter real de este y de otros contratos. Jordano Barea, citando las opiniones de varios autores, llega a la conclusión de que no es necesaria la figura del contrato real, y en el caso del mutuo, con frecuencia no presentaría las características propias de tales convenciones. Sin embargo, de acuerdo con nuestra legislación y la opinión de muchos otros, parece conveniente conservar el concepto clásico: como afirma Lacruz: "Lo esencial para la existencia del préstamo, según la sentencia del 7 de octubre de 1994, no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene en efecto, recibida con la obligación de devolverla en plazo determinado".

El punto tiene mucha importancia, para distinguir adecuadamente el mutuo de otros contratos, por ejemplo la venta a plazo, y esto a su vez, dará origen a diversas responsabilidades y acciones judiciales diferentes.

Se ha dicho que para que exista **acción de restitución** no se requiere que el contrato sea real, porque también el que entregó algo mediante un con-

trato puramente consensual, también puede obtener la devolución y en el caso de los contratos reales, se requiere la validez de la entrega para poder conseguir el pago. Sin embargo, la cuestión radica en saber si el acto constitutivo de la obligación requiere o no la tradición y si ésta se ha efectuado, con todas sus consecuencias respecto del peligro de la cosa, de su posible destrucción o reivindicación por terceros, etc.

Reafirmando la **doctrina clásica**, una sentencia de nuestra Corte Suprema afirma: "Siendo el mutuo un contrato real, es indispensable para que sea perfecto, la tradición de la cosa a que se refiere; y como tal tradición no ha tenido lugar, la obligación no puede surtir efecto respecto del acreedor, y carece éste del derecho de demandar. La obligación de restitución que pesa sobre el mutuario, sólo tiene lugar cuando el mutuante entrega cierta cantidad de cosas fungibles; y si no se verificó la entrega, no se perfeccionó el contrato".

57.3. Otro punto debatido consiste en la calificación de **sinalagmático**. Normalmente, el mutuo solamente origina una obligación del mutuario (devolver la cosa), a la que se suele sumar la de pagar intereses; mientras que el mutuante no se obliga directamente a nada, ya que su parte queda cumplida al perfeccionarse el contrato, con la entrega de la cosa prestada.

Accidentalmente surgirán obligaciones del prestamista, si se producen perjuicios para el prestatario, por la mala calidad de la cosa, vicios ocultos que debieron ser conocidos por el mutuante o que conocidos no fueron advertidos al que recibió la cosa, mientras que éste mismo no los conocía ni estaba en aptitud de conocerlos por su profesión u oficio. Como esta obligación de indemnizar, resulta eventual y será más bien raro el caso en que se haga efectiva, puede decirse que solamente hay una parte que se obliga.

Es frecuente, en cambio, establecer en los contratos de mutuo de dinero, la obligación del prestatario de devolver por **dividendos parciales**, en fechas preestablecidas, comprendiendo parte del capital más los intereses, con la cláusula de que, en caso de incumplimiento de una o más cuotas, se dará por terminado el contrato y se exigirá el pago total del capital y réditos. Esta resolución establecida en el pacto, tiene plena validez y permite la terminación anticipada del contrato, por incumplimiento del deudor. Esto no convierte al mutuo en un contrato sinalagmático.

57.4. La calificación del mutuo como contrato **civil o mercantil**, se plantea en todos aquellos países que distinguen las dos ramas del Derecho Privado, mientras que desaparece el interés de esta clasificación cuando se unifican dichas normas, como sucede en Italia, Argentina y otros países. La distinción de la calidad civil o comercial, adquiere máxima importancia, si hay tribunales especializados, como en Francia, por ejemplo.

Los criterios para distinguir los contratos de préstamos mercantiles de los civiles, se centran en la consideración de las personas que intervienen o de la finalidad de las operaciones, o bien se combinan ambos.

En el Ecuador, aunque no tenemos actualmente tribunales separados para lo civil y para lo mercantil, la distinción de los correspondientes contratos de mutuo, conserva interés por la aplicación de normas diferentes sobre todo, con relación a la **prueba** y a la **prescripción de las acciones**.

El artículo 553 del **Código de Comercio** dice: "El préstamo se tiene por mercantil cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, aunque las partes no sean comerciantes". Según el artículo 140 del mismo Código, "el contrato es mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante matriculado"; por tanto, si una o ambas partes tienen esta calidad, el mutuo será comercial. Pero, además, puede ser comercial, aunque ninguna de las partes sea comerciante, si su voluntad es la de someter el contrato a las normas de comercio y así lo expresan directa o indirectamente; cuando se declara que la cosa prestada -generalmente dinero-, se destinará a actos de comercio, existe esta voluntad indirecta o tácita. Además, en el artículo 3, se enumeran expresamente algunos actos de comercio, entre los que figuran "las operaciones de banco" y "todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden", de suerte que en muchos casos serán aplicables las normas mercantiles, que presentan peculiaridades, por ejemplo, en cuanto a la capacidad (Arts. 6 a 20).

57.5. Los derechos del mutuante pueden **cederse, transferirse, transmitirse o subrogarse**. La transferencia se realiza de diversas maneras, siendo la más frecuente el simple endoso del documento de crédito, lo cual se emplea sobre todo en las obligaciones mercantiles constantes en cheques, pagarés o letras de cambio. La transmisión se efectúa por causa de muerte.

La subrogación está prevista en el artículo 1626 del Código Civil, y especialmente en el numeral 6°: "Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en la escritura pública de préstamo, y constando, además, en la escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero".

58. Analogía con otros contratos

58.1. Tanto el **comodato** como el mutuo, son préstamos: el primero para el simple uso de una cosa, cuya propiedad conserva el prestamista; y el segundo, préstamo de consumo, que transfiere la propiedad. Ambos pertenecen al mismo género y son especies muy distintas.

La diferencia entre el comodato y el mutuo se sitúa en que el primero se aplica a cosas no fungibles y el mutuo solamente a las fungibles; no obstante, es más bien la voluntad de las partes la que se determina por uno u otro contrato, según se establezca o no la obligación de devolver la misma cosa u otra de su misma especie.

58.2. Si el mutuo es gratuito, se diferencia claramente de la **locación**, ya que ésta es siempre onerosa; pero surge la dificultad cuando el mutuo también es oneroso, por el cobro de intereses, entonces la diferencia está más bien en que el arrendamiento impone la devolución de la misma cosa, mientras que el mutuo se hace con cosas fungibles y solamente se ha de devolver igual cantidad y calidad de las recibidas.

58.3. El **aporte a sociedad** es también una especie de préstamo, pero mucho más distante del mutuo. El socio que aporta, no da a una persona extraña sino a ese sujeto jurídico del cual él mismo forma parte, aunque sea realmente otro sujeto de derecho no es totalmente extraño. Además, el aporte origina un derecho a participar de las utilidades y conlleva el de participar en las pérdidas, lo cual difiere mucho del interés que produce el mutuo.

58.4. El **pacto de retroventa** puede encubrir un contrato de mutuo y a veces esta simulación se hace con el propósito delictivo de cobrar intereses usurarios; pero también cabe una retroventa normal, que presenta mucha similitud con el contrato de mutuo con prenda; la diferencia está en que la

prenda no pasa a propiedad del acreedor, mientras que en el contrato de venta con pacto de "retro", hay verdadera enajenación y la cosa pasa al dominio del comprador-acreedor.

58.5. En el **depósito**, como en el mutuo, hay la entrega de una cosa, para ser devuelta, pero la diferencia fundamental está en la motivación y finalidad: el depósito se realiza en interés del depositante que obtiene la ventaja de que lo que le pertenece queda en resguardo; por el contrario, el mutuo se hace en interés del mutuario, quien recibe la cosa para servirse de ella consumiéndola, gastándola o haciéndola producir, no debe conservarla, sino restituir otro tanto del mismo género, cantidad y calidad.

58.6. Se presentan a veces **situaciones complejas**, como la descrita en una sentencia de la Corte Suprema según la cual consta que el actor entregó al demandado una suma de dinero para que éste la colocara en negocios productivos y con su rédito se pagara el alquiler de la casa ocupada por el primero; el demandado prometió una utilidad que excedía lo que habría podido cobrarse por intereses en caso de tratarse de un mutuo; pero la Corte resolvió que no se trataba de un contrato de mutuo y ordenó la devolución del dinero dado para negocios, sin sancionar lo que aparentemente era un interés usurario. En este caso se constata cómo la calificación del negocio jurídico trae notables consecuencias; si se hubiera considerado la relación entre las partes como un contrato de mutuo, habría debido descontarse del capital prestado los intereses excesivamente cobrados.

58.7. En otros casos, no se trata de contratos análogos, sino del mismo mutuo, que asume algunas características **especiales** o presenta ciertas variantes, sin dejar de ser mutuo. Tal sucede con los llamados **empréstitos**, que simplemente son mutuos a favor del Estado o de una entidad pública, normalmente conferidos también por otro Estado, organismo internacional u otra institución; en ellos, las condiciones para la suscripción del contrato se someten a las reglas del Derecho Administrativo y aún del Derecho Constitucional, en cuanto a los trámites, selección de las partes y otras condiciones; lo peculiar de estos mutuos consiste generalmente en las garantías que pueden consistir incluso en formas de fideicomiso de rentas públicas. Pero la naturaleza jurídica de estos contratos no difiere sustancialmente a la del mutuo entre personas privadas.

58.8. También en el campo de Derecho Comercial, hay modalidades especiales de mutuo, como en el caso de las **obligaciones** emitidas por sociedades, que se ofrecen al público y permiten a los inversionistas depositar su dinero con la garantía debida y la promesa de un interés. También se sitúan aquí algunas prácticas bancarias correctas, como los descuentos de títulos de crédito y los anticipos que hacen los establecimientos de crédito con garantía de títulos. Los "depósitos de fondos", a pesar de la terminología usada habitualmente, como explica Planiol, constituyen verdaderos préstamos siempre que el propietario de los fondos pretende no tanto dejarlos en guarda, como obtener el pago de intereses. Los **préstamos a la gruesa ventura**, previstos en el artículo 2163 del Código Civil, se rigen por el Código de Comercio, y tiene la peculiaridad de ser un contrato aleatorio, por las circunstancias de singular riesgo en que se produce.

58.9. Tampoco se desvirtúa el contrato de mutuo por algunas **circunstancias que lo originan**, como sucede con lo previsto en el artículo 791 que permite al nudo propietario "tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan" (del usufructo), cuando el usufructuario no cumple con la obligación de la caución a que está obligado. Se puede decir que en este caso, se constriñe al usufructuario a aceptar el contrato, pero de todas formas ha de ser por acuerdo entre ambos, por el cual el nudo propietario conserva en su poder la cosa fructuaria y se obliga a pagar al usufructuario un interés o bien se da la cosa a un tercero quien como mutuario debe pagar el interés.

58.10. "**Anticresis** es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz, para que se pague con sus frutos", dice el artículo 2337. Es, pues, un contrato de garantía y solamente recae sobre inmuebles. El artículo 2344 establece que: "Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos", y el siguiente dispone: "Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad o en sus correspondientes valores. Pero si el deudor demostrare que el valor de los frutos efectivamente percibidos por el acreedor, supera el monto del máximo interés que legalmente podía cobrarse, tendrá derecho a que dicho exceso se impute al capital u obligación principal". De este modo la garantía anticrética, asume unas características de contrato principal y puede identificarse con un verdadero mutuo especial o calificado.

59. Capacidad de las partes

59.1. Como el mutuo es título de transferencia de la propiedad, se requiere en ambas partes la **capacidad que permite enajenar y adquirir el dominio.**

El artículo 2105 en el primer inciso establece: "Si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrá reivindicar las especies, mientras conste su identidad", pero hay que recordar que no es lo mismo "tener derecho de enajenar", que "tener capacidad" para hacerlo. El mencionado artículo se refiere al derecho, esto es, a la disponibilidad que tiene el dueño de enajenar lo que es suyo, y como el mutuo implica una transferencia de dominio, se requiere que quien presta sea propietario, o pueda disponer de la propiedad, por ejemplo, por ser nudo propietario o por haber recibido poder del dueño para realizar este negocio jurídico. En cambio, la capacidad es la aptitud subjetiva para realizar actos o contratos y generalmente se aplica a todos ellos: una persona puede o no puede actuar por sí misma según tenga o no capacidad.

59.2. Los incapaces pueden obrar válidamente por medio de su **representante** legal. La ley trata de proteger especialmente a estas personas limitando algunas facultades de sus representantes, y concretamente, el derecho muestra una cierta desconfianza respecto de entregar dinero a mutuo, por el peligro de no obtener la devolución. Pero el guardador no sólo puede sino que debe "prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga en la plaza", como ordena el artículo 431.

59.3. El **mandatario** no puede tomar a mutuo el dinero que le haya confiado su mandante, porque esto implicaría calificar su propia solvencia, lo cual prohíbe el artículo 2049, mientras que en esta misma norma sí se permite que el apoderado dé dinero en mutuo a favor de su comitente, si ha recibido el mandato de buscar tal crédito. No hay, sin embargo, una verdadera incapacidad del mandatario para tomar dinero de su mandante a mutuo, sino la necesidad de especial autorización.

59.4. El **tutor o curador**, se encuentra en una situación semejante a la del mandatario con respecto al mutuo: no puede tomar dinero del pupilo,

mientras que sí puede prestar dinero al pupilo, sobre todo cuando son necesarios gastos y anticipa lo necesario, entonces puede reembolsarse, como lo establece el artículo 435, incluso cobrando los intereses corrientes en la plaza.

A la inversa, el artículo 527 establece que "no pueden ser tutores o curadores de una persona los acreedores o deudores de la misma", de donde se ve que el mutuo ocasiona una especial incapacidad; sin embargo, el artículo siguiente mitiga el rigor de la disposición, permitiendo que sean guardadores testamentarios aquellos cuya deuda o crédito hayan sido conocidos por el testador. Y también el Juez puede dispensar del impedimento, "si los créditos o deudas fueren de poca importancia".

60. Forma del mutuo

60.1. Siendo el mutuo un contrato real, se perfecciona por la **tradición**, que transfiere el dominio de las especies mutuadas al mutuario, según se asevera en el artículo 2100.

La tradición puede realizarse en las diversas formas previstas en el derecho, precisamente enumeradas en el artículo 700, aplicable a las cosas corporales.

60.2. No se requiere otra solemnidad para que exista y sea válido este contrato, por sí mismo. Otra cuestión es la de la **prueba** del mismo. Razonablemente se ha de dejar constancia del préstamo, y generalmente se lo hace por medio de un escrito privado; si se quiere preestablecer una prueba plena, se recurre a un documento público o bien a la firma de dos testigos, con lo cual se obtiene el mismo efecto que el de un instrumento público. También se puede recurrir a la firma de un pagaré a la orden o a la aceptación de una letra de cambio, instrumentos éstos, propios de las relaciones de comercio, pero utilizables también en las civiles.

No es, pues, un requisito de forma, la celebración de **escritura pública**, aunque nada impide que voluntariamente se adopte esta forma, que asegurará la prueba y permitirá el cobro mediante una acción ejecutiva. Se hace necesaria la escritura pública si se establece una **hipoteca** como garantía del préstamo; en este caso la escritura pública, además, ha de inscribirse en el

Registro de la Propiedad, porque se constituye un gravamen real sobre un inmueble: no se cumplen estos requisitos por el contrato principal que es el de mutuo, sino por el accesorio, de garantía, que consiste en la hipoteca.

60.3. Si no consta por escrito, de alguna manera, el mutuo, no podrá recurrirse a la **prueba de testigos**, si la obligación tiene una cuantía de más de dos mil sucres, según ordena el artículo 1727.

Varias sentencias han rechazado la acción ejecutiva para cobrar dinero dado a mutuo, por no haberse celebrado escritura pública o por no haberse inscrito ésta, pero tales acciones no han prosperado, no por falta de forma del mutuo, ni siquiera por falta de prueba de él, sino porque la acción ejecutiva requiere **título ejecutivo**, y éste no se ha presentado: podía consistir en documento privado reconocido ante el Juez, o con firma de dos testigos, o bien otro instrumento público o escritura pública inscrita, o un pagaré a la orden o una letra de cambio, que también son títulos ejecutivos.

En el lenguaje corriente se suele decir "mutuo hipotecario", al que se garantiza con hipoteca; en realidad se trata de dos convenios: el principal es el mutuo, y el accesorio, la garantía real. Nada impide que la hipoteca sea establecida por persona distinta del deudor mutuario, ni tampoco se prohíbe que el garante asuma la obligación principal.

60.4. Un punto que ha originado abundante jurisprudencia, es el relativo a la prueba del mutuo por **confesión judicial** del deudor. Ciertamente, si este procedimiento ha sido pedido y sustanciado en el juicio en debida forma, constituye una prueba plena de la obligación, y si ésta es líquida, pura y de plazo vencido, da derecho a la acción ejecutiva y tendrá éxito; sucede con frecuencia que el confesante de la obligación declara con el mismo juramento otras circunstancias que o bien le liberan o disminuyen su obligación.

60.5. Según el artículo 1090, el crédito que **sólo conste en el testamento**, se considera legado. Esto puede suceder en verdaderos préstamos que se hayan realizado sin una forma escrita que permita probarlos.

Igualmente, la constancia documentada de los contratos de mutuo puede ser decisiva para establecer el orden de preferencia o **prelación de los**

créditos, así como para hacer efectivos los privilegios de inventario (Art. 1282) y separación (Arts. 1396 a 1400) o para determinar, en él cuando se trata de personas casadas, si el crédito o lo que se cobra por él, entra o no a la sociedad conyugal.

60.6. Si la parte demandada propone excepciones de plus petición, pagos parciales, compensación, prórroga del plazo o prescripción, está **reconociendo implícitamente** la existencia del crédito y libera al actor de otra prueba al respecto.

61. Causa y motivación

61.1. Como afirma una sentencia, "la **causa** real de un mutuo es la entrega que hace el mutuante al mutuario, de una cantidad de cosas fungibles, en el caso, una suma de dinero, que el deudor ha recibido con anterioridad y en diversas partidas. Tal circunstancia no altera la naturaleza del mutuo ni la realidad de la entrega (...)". En suma, quien ha recibido monedas u otras cosas fungibles dadas a mutuo, debe devolverlas por el hecho de haberlas recibido y no se requiere otra explicación o causa jurídica de su obligación. Probada la existencia del mutuo, y por tanto de la entrega de alguna cosa ya que no hay mutuo sin dicha tradición, no cabe que el deudor demandado pretenda excepcionarse por falta de causa.

En cuanto a las obligaciones que accidentalmente puede contraer el **mutuante**, se justifican, en el caso del mutuo oneroso por el interés que recibirá, y si se trata de gratuito, la causa de esta obligación eventual del prestamista será la mera liberalidad.

61.2. Distinta de la causa jurídica, es el **motivo o intención** por la cual se contrae esas obligaciones. Esta motivación subjetiva tiene mucho menos relevancia jurídica, ya que la falta de causa justa produce nulidad, pero los motivos para contratar rara vez tienen algún efecto. En materia de prelación de créditos se da importancia a esta motivación, ya que el artículo 1629 dice: "Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones". Normalmente la fecha del préstamo da origen a un orden de prelación, pero en el caso de varios préstamos realizados con esa finalidad de que el deudor pague una

deuda, se hace la excepción contenida en el artículo citado: no se tomará en cuenta la antigüedad de tales préstamos, sino que su finalidad los pone en plano de igualdad.

En algunas circunstancias los motivos determinantes de las partes llegan a tener tal importancia subjetiva que producen efectos especiales. Así, puede darse un préstamo con condición de que el prestatario invierta el dinero de tal o cual manera, porque esta forma de gastarlo determinará la mayor o menor seguridad de poderlo cobrar después. Dichas condiciones o cláusulas que modifican el contrato en su estructura elemental pueden llegar a desvirtuarlo, pasando a ser un depósito, el precio de una venta, un género de sociedad, un legado etc.

Considera Planiol que si hay causa ilícita se produce nulidad del contrato, y señala los ejemplos del dinero dado para prostitución o para pagarse a sí mismo el prestamista lo que ganó en juego (habría sólo un cambio de nombre para convertir la obligación natural en civil). Pero éstas, son propiamente motivaciones y no la causa del mutuo, que como se deja indicada será siempre objetiva (mientras exista propiamente un mutuo) y no puede viciarse por los motivos subjetivos.

62. El objeto en el mutuo

62.1. Todo el título XXIX del Libro IV, al tratar del mutuo se refiere principalmente al dinero como objeto eminente del mutuo, tal como corresponde a las costumbres en todo el mundo moderno. Es también posible el mutuo de **otras cosas fungibles**, de modo que se podría decir que este es el objeto secundario y menos usual.

62.2. El artículo 2101 dice: "Si se han restado cosas fungibles que no sean dinero, se deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Y si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago". Lo normal es, pues, pagar con cosas iguales a las recibidas, pero se abre la posibilidad de pagar en dinero aún los préstamos de otras cosas, "cuando no fuere posible o no lo exigiere el acreedor". Tendrá que demostrar el deudor la "imposibilidad", porque, en principio siempre es posible, ya que

"el género no perece"; y desde luego no habrá dificultad si ambas partes están conformes en que el pago se haga en dinero.

62.3. Se trata siempre de **cosas materiales**, no de derechos u objetos inmateriales, como aparece de la misma definición del mutuo, por lo cual llama la atención que el artículo 833 advierta que los derechos de uso y habitación "no pueden prestarse": en realidad ningún derecho puede darse a mutuo y quizás lo que se propone el legislador es acentuar el carácter personal de esos derechos reales (uso y habitación).

63. Principal obligación del mutuario: devolver

63.1. La entrega "con cargo de restituir" figura en la definición misma del mutuo, en el artículo 2099. Es la principal obligación que nace de este contrato.

63.2. La obligación de restituir no se refiere a la misma cosa, sino una cantidad de cosas del mismo género y calidad de la prestada. Normalmente se trata de dinero y no se han de devolver los mismos billetes o monedas, sino **igual cantidad** de la misma moneda.

Lo dicho origina un problema, ya que la moneda, aunque teóricamente debe mantener el mismo valor y servir así para innumerables transacciones en las que se mantenga la equidad, de hecho varía constantemente. El más frecuente cambio consiste en la pérdida de valor por **devaluación** o desvalorización de la moneda, fenómeno que depende de diversos factores económicos y también jurídicos.

63.3. Son válidas las **cláusulas** contractuales que tratan de mantener la **estabilidad del capital** prestado, sea mediante comparación de ciertos índices de precios (metales preciosos, o bien productos de primera necesidad como el trigo, etc.), o con los salarios mínimos.

63.4. El mutuario está obligado a devolver, aunque las especies concretas que haya recibido **perezcan**: como se trata de cosas fungibles, la extinción de unas cosas concretas no libera de la obligación de restituir otro tanto de la misma especie, calidad y cantidad, ya que se cumple el aforismo "el género no perece". En el raro caso de que sea imposible la devolución en

tales condiciones, la obligación se transforma en la de pagar el precio, o sea, pagar en dinero "lo que valgan en el tiempo y lugar en que debió hacerse el pago", según expresa el artículo 2101. Este pago en dinero también es posible siempre que **lo admita el prestamista**.

El precio, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa, se calcula según el **tiempo y el lugar** en que debió realizarse la entrega; si ésta se posterga, y varía el precio, tal variación no afecta a la obligación, pero sí deberá compensarse al mutuante el perjuicio siempre que exista mora del deudor. Tal compensación generalmente consiste en el pago de intereses moratorios, pero podría demostrarse que se ha producido en perjuicio mayor para exigir la plena indemnización.

63.5. El **plazo** para la devolución se establece como obligatorio para ambas partes o solamente para una de ellas. Si obliga a ambas, no puede el mutuario devolver, salvo que indemnice a la otra parte, ni puede el mutuante exigir el pago antes del plazo.

Normalmente, si se cobran intereses por todo el tiempo, el plazo se entiende obligatorio para ambas partes, pero cabe una cláusula que permita al deudor cancelar antes de tiempo su deuda sin pagar intereses por el tiempo que falta para cumplirse el plazo, con lo que éste resulta obligatorio sólo para el prestamista.

63.6. En ciertas circunstancias, la ley permite al mutuante **cobrar antes de vencido el plazo** concedido al mutuario: siempre que las mismas partes así lo hayan establecido por determinadas circunstancias como frecuentemente se hace cuando el deudor incurre en mora del pago de intereses o de dividendos de amortización e interés; cuando el deudor no cumple una obligación asumida como la de dar garantías o asegurar la cosa prestada; cuando desaparecen las garantías dadas o cae el deudor en quiebra o insolvencia cuando se vende el inmueble hipotecado y el comprador desea "purgar" la hipoteca, es decir, levantar ese gravamen real.

Sobre todo en los préstamos a largo plazo, se suele establecer los **pagos por dividendos**. En estos préstamos se suele establecer que si el deudor deja de pagar una o más cuotas de amortización en interés, el acreedor puede dar por terminado el plazo y cobrar de inmediato toda la deuda.

63.7. El Código ha previsto el raro caso de que no **se haya fijado plazo**: "no habrá derecho de exigir la devolución sino después de los diez días subsiguientes a la entrega" (Art. 2103); es decir, que se da este término mínimo de diez días, a falta de determinación contractual.

63.8. Parecido pero no igual a lo anterior, es lo previsto en el artículo 2104: "Si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el Juez, atendidas las circunstancias, fijar un término". Tampoco en este caso las partes han determinado un tiempo preciso y más bien se trata de una condición: "cuando le sea posible". Pero no se ha de entender como un dejar a voluntad del mutuario hacer el pago en cualquier tiempo, a su libre voluntad, sino cuando haya desaparecido el obstáculo, cuando sea posible.

63.9. En cuanto **al lugar** en que deba hacerse la devolución, no hay reglas especiales para el mutuo, y se ha de seguir lo dispuesto en general para el pago de las obligaciones: se estará a lo convenido entre las partes, y a falta de esta cláusula, será en el domicilio del deudor, en este caso, el mutuario.

63.10. Casi siempre la obligación principal, de devolver otro tanto, y la de pagar intereses, se **garantiza** de alguna manera, con algún contrato adicional o cláusula de garantía, sea mediante la fianza asumida por otra persona, la prenda, la hipoteca, etc. También se asume, a veces, la obligación de dar una garantía, y si esta forma parte del contrato mutuo y no se cumple, si no se presenta la garantía adecuada, hay incumplimiento del contrato principal con el efecto de poder exigir la inmediata devolución de lo que se haya dado en préstamo. Si se ha dado fianza y el fiador cayere en **insolvencia,** el artículo 2251 establece que el deudor estará obligado a prestar nueva fianza.

63.11. De acuerdo con el artículo 1527, la **solidaridad** se puede establecer por convención: si varios reciben un préstamo de mutuo, bien pueden constituirse deudores solidarios; pero si no hay ese pacto, normalmente cada uno adquirirá sólo una deuda por la alícuota que le corresponde y el acreedor tendrá que demandar a todos si quiere recuperar judicialmente todo lo que prestó.

64. Obligación de pagar intereses

64.1. Inicialmente se consideró el mutuo como un contrato gratuito, actualmente, nada impide que se pacte el pago de **intereses que corran durante el plazo** y entonces el mutuo es oneroso.

64.2. Además de lo dicho, es obligación normal del mutuario es también la de pagar **intereses moratorios**: si no ha devuelto el capital o no ha cumplido las otras obligaciones asumidas, debe pagar tales intereses, aún en el caso de que inicialmente se haya contratado el mutuo como gratuito. La gratuidad del mutuo consiste en no cobrar intereses durante el plazo, pero no impide el cobro de los intereses moratorios.

64.3. El artículo 1411 declara que "no hay **donación** en el mutuo sin interés". Este contrato, en efecto, puede ser con interés o sin él y, aunque la costumbre sea la de cobrarlo, el no hacerlo no convierte el mutuo en una donación. En cambio, la condonación de los intereses pactados o de los que se produzcan por mora, sí se sujeta en todo a las normas de la donación, es una verdadera donación.

64.4. Si existen intereses, éstos corren **hasta la extinción de la deuda** y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales, según ordena el artículo 2391.

64.5. "Se podrá estipular intereses en **dinero o en cosas fungibles**" dice el artículo 2108. Entendemos que ambas suertes de rédito se pueden pactar tanto si lo prestado es dinero, como si se trata de otras cosas fungibles, es decir, que aunque el capital sea dinero cabe obligarse a pagar los intereses con cosas fungibles o, viceversa, habiéndose prestado bienes fungibles, el interés se puede estipular en dinero.

64.6. El artículo 2109 dice: "El interés convencional, civil o mercantil, no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley; y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales aun sin solicitud del deudor.- Llámase interés corriente el que se cobra en la plaza, siempre que no exceda del máximo convencional determinado en este artículo".

En su último inciso: "Interés reajustable es el que varía periódicamente para adaptarse a las tasas determinadas por Directorio del Banco Central del Ecuador, que igualmente determinará la tasa de interés de mora que se aplica a partir del vencimiento de la obligación".

64.7. La libertad de pactar intereses está limitada por unos **máximos** señalados por la ley, tanto para el interés durante el plazo como para el moratorio. En esta materia se han producido numerosas variaciones en la historia de nuestro derecho. Al establecerse en el Ecuador la llamada "dolarización", o sustitución del sucre por el dólar como moneda de curso legal y poder liberatorio, se determinó unos intereses máximos para las operaciones bancarias activas del 16,82% y pasivas del 9,35%, respetando lo que se hubiere pactado con anterioridad, hasta el 11 de enero de 2000. Se autorizan "tasas de interés reajustables", cuyo monto máximo debe regularse por el **Banco Central** (Art. 8). También las tasas activas de **interés legal** serán fijadas por el Banco Central, conforme establece el artículo 10 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Trole I). Se prohíbe a partir de la vigencia de dicha ley, pactar obligaciones que impliquen indexación, actualización monetaria o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas (Art. 13).

64.8. Por consiguiente, la **regla general** consiste en que, si no se pactan intereses, éstos no existen durante el plazo del mutuo, pero sí se han de cobrar en caso de mora. Predomina la voluntad de las partes, en cuanto a la tasa que convengan, pero con la limitación de no exceder el máximo convencional fijado "conforme a la ley", es decir, por el organismo autorizado para hacerlo. En ciertos casos, se prevé un cobro de carácter **penal**, como sucede en lo previsto en el artículo 2105 que sanciona al mutuario que de mala fe recibió lo que el mutuante no podía enajenar y ha de devolver de inmediato "con el máximo de intereses que la ley permite estipular", y esto es válido aún en el caso del mutuo gratuito.

64.9. "Si se estipulan en general intereses, sin determinar la cuota, se entenderán los intereses legales.- **Interés legal** es el que determine el organismo competente del Estado.- Será el mismo interés o rédito por el precio que se haya dejado de pagar por los fundos, o cuando, debiendo entregarse un fundo, se hubiere retenido indebidamente".

El interés legal se aplica, a falta de determinación por las partes y hay derecho a cobrarlo en los casos de incumplimiento de obligaciones.

64.10. Se plantea, con este motivo, nuevamente la cuestión de la **prueba**: se han pactado o no se han pactado intereses y cuál es su tasa. No se precisa que deba constar en el mismo contrato escrito e incluso podrían establecerse verbalmente; en muchos casos habrá que recurrir a presunciones o pruebas indirectas.

Si de hecho se han pagado intereses por un cierto tiempo, es lógico suponer que se lo ha hecho por existir la obligación, y tendría que probar el que pagó, que incurrió en error y pagó lo no debido. Se admite por nuestros tribunales la prueba de testigos, cuando existe un principio de prueba por escrito.

64.11. Una forma indirecta de pactar intereses puede ser la de remitirse a la aplicación de la ley de un determinado estado. Es legítimo que las partes escojan el derecho aplicable a sus convenciones, pero dentro de ciertos límites. El Derecho Internacional Privado ha exigido siempre, que para adoptar las leyes de un estado, se tenga algún vínculo de relación con él, sea el de la nacionalidad de las partes, o su domicilio, o bien el lugar en que se realiza el contrato o dónde deba cumplirse, pero si no existe ningún vínculo de conexión, no cabe pretender la aplicación de las leyes de un país totalmente extraño a la convención; así se ha mantenido en los tratados de Montevideo de 1889 y 1979, en el Código Sánchez de Bustamante y así figura en la Convención Interamericana, suscrita en México en 1994.

64.12. Frente al fenómeno de los cambios legales sobre cobro de intereses, conviene tener presente la regla de la **irretroactividad** de la ley, señalado en el artículo 7 del Código Civil y reconocido por el Derecho universal. Los intereses pactados bajo la vigencia de una ley, no deben disminuirse o aumentarse sino para el tiempo posterior a la vigencia de la reforma legal, y no hay que devolver o completar los intereses del tiempo anterior.

64.13. Si se han pactado intereses, deben pagarse en el tiempo establecido, y no es necesaria una **especial reclamación** judicial para su cobro. Igualmente, si no hay intereses, pero ha vencido el plazo del mutuo, inmediatamente corren los intereses legales y se pueden cobrar sin que sea precisa

una acción, que se suele llamar a veces "reconvención", aunque este término sea preferible reservarlo para la contra demanda. El deudor que no paga en el plazo establecido, incurre automáticamente en mora.

64.14. La represión de la **usura**, cobro desmedido de intereses, ha preocupado a los legisladores de todos los tiempos y lugares. Planiol considera que "mil modos existen para los verdaderos usureros, por los cuales se burlan de estas disposiciones, y la inseguridad que echan sobre el comercio honrado puede ser fatal", y este autor concluye: "Por repudiable que sea la usura, puede pensarse que una buena organización del crédito es mejor, si se quiere suprimirla en nuestra civilización actual, que las disposiciones rígidas de la ley". En nuestro Derecho actual tenemos varias disposiciones para combatir la usura, además de la sanción penal. En este orden, el **Código Penal**, declara "usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias" (Art. 583) y lo sanciona con penas de prisión de seis meses a dos años (Art. 584); en los artículos siguientes se sanciona al encubrimiento de la usura, y se establecen penas fundadas en presunciones, como en el caso de no llevar libros de contabilidad debiendo hacerlo, o la falta de resguardos o recibos.

La principal **presunción** civil de intereses usurarios, está indicada en el inciso final del artículo 2115: "Se presumirá existir usura, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses, o hace anotaciones en el documento, relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido".

También se trata de impedir el cobro usurario, el artículo 2114: "En los préstamos en que el deudor se compromete a pagar en especie el valor recibido, o a cubrir, en su defecto, al acreedor otra cantidad fijada de antemano, la mora del deudor no determinará más derecho en el acreedor que exigir la cantidad prestada con los intereses respectivos, de cuya proporción no podrá exceder su acción, ni bajo el concepto de cláusula penal".

La **sanción civil** generalmente admitida por el cobro excesivo consiste en imputar al capital lo que se haya pagado por la usura, pero también se puede agravar la sanción con una pena o multa, como la que estableció en el Ecuador la Ley del 11 de octubre de 1956, actualmente incorporada en el

Código Civil en el artículo 2115: "El acreedor que pactare o percibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aun cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el veinte por ciento de su crédito, que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el Seguro Social del Campesinado, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2111". Esto último es la imputación al capital.

64.15. El anatocismo consiste en pagar intereses sobre los intereses adeudados. Este sistema se ha considerado usurario, aunque algunos autores piensan que no se puede impedir la consolidación de los intereses con el capital.

El interés compuesto o anatocismo, se ha tolerado por las leyes bajo algunas condiciones; por ejemplo, en Francia se permitía la capitalización de los intereses siempre que hubiere pasado un año o más; si se permitiera esta capitalización en períodos breves, indudablemente se llegaría a cobros desmedidos.

El artículo 2113 establece terminantemente: "Se prohíbe estipular intereses de intereses". Existe abundante jurisprudencia que condena igualmente el anatocismo.

La Ley de Régimen Monetario expedida por Decreto Ley 02 el 7 de mayo de 1992, en el artículo 34 dispuso: "No obstante lo establecido en el artículo 2140 del Código Civil y 561 del Código de Comercio, La Junta Monetaria podrá autorizar que se capitalicen los intereses correspondientes al período de gracia y que los dividendos en mora de las operaciones con emisión de cédulas hipotecarias y los demás títulos similares autorizados en las leyes financieras, causen interés". La Ley 2000-10 promulgada el 31 de marzo del año 2000, reforma el artículo 34 (actual 22) de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado sustituyéndolo por el siguiente: "Se prohíbe el anatocismo, esto es cobrar interés sobre interés, de conformidad con la Constitución de la República, el Código Civil y el Código de Comercio. Su incumplimiento será sancionado de conformidad con las penas establecidas para el delito de usura, sin perjuicio de la reliquidación de los intereses a que hubiere lugar.- Los jueces competentes al momento de dictar sentencia ordenarán la reliquidación de los intereses indebidamen-

te cobrados, independientemente de las penas establecidas". Y la Ley para la Transformación Económica del Ecuador aclara en el artículo 15, que la reliquidación de intereses indebidamente cobrados, deberá hacerse desde el 10 de agosto de 1998, fecha en que entró en vigencia la prohibición constitucional del anatocismo.

65. Préstamo de cosa ajena

65.1. Como el mutuo **transmite el dominio** de los muebles que se prestan, se da por supuesto que el mutuante debe ser dueño de ellos, ya que nadie da lo que no tiene ni se transfieren más derechos que los que corresponden al que hace la tradición, conforme se dispone en el artículo 698.

64.2. El artículo 2105 aplica el anterior principio: "Si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies, mientras conste su identidad.- Desapareciendo la identidad, el que las recibió de mala fe estará obligado al pago inmediato con el máximo de los intereses que la ley permite estipular. Pero el mutuario de buena fe sólo estará obligado al pago de los intereses estipulados y después del término concedido en el artículo 2103", esto es, diez días después de la entrega.

Siendo la cosa ajena, el mutuario debe en todo caso devolverla si se ha producido la reivindicación, pero se distingue el caso de que se mantenga la especie identificable, o bien que ya no sea posible identificarla: en el primer supuesto se devuelve la misma cosa, y en el segundo, su precio.

En ambos casos hay lugar al pago de intereses, pero con otra distinción: el que ha recibido de **mala** fe, debe pagarlos a la tasa máxima que permite la ley, mientras que el de buena fe, solamente debe el interés que se hubiere pactado.

Una última diferencia se establece entre las dos hipótesis; el mutuario de mala fe debe pagar los intereses por todo el tiempo que haya tenido la cosa, hasta la devolución, mientras que al de buena fe, se le conceden **diez días de gracia**, contados a partir del momento en que la recibió.

66. Obligaciones del mutuante

66.1. No se enumeran ni se expresan directamente las obligaciones del prestamista, sino que se desprenden de la índole misma del contrato y de la responsabilidad que se señala en el artículo 2106.

66.2. No se puede decir que sea obligación del mutuante, entregar la cosa prestada, ya que, en nuestro sistema, esa entrega perfecciona el mutuo y sin ella no hay contrato. Se puede concebir que exista una promesa de mutuo y entonces el cumplimiento de lo ofrecido sería una obligación, pero anterior y distinta de la que nace del mutuo.

66.3. En cambio, resulta obvio que el prestamista debe respetar la propiedad, posesión y tenencia de la cosa que ha transferido al mutuario. Es obligación del prestamista, por tanto, la de **no exigir la devolución antes del término establecido**, salvo los casos que ya hemos indicado, en los que la ley permite exigir la devolución anticipada.

66.4. El mutuante debe entregar cosas que no causen daño al mutuario; en forma parecida a como el vendedor responde por los vicios de las cosas vendidas, el artículo 2106 dispone: "El mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el artículo 2098". (Es una errata de la publicación oficial: el artículo al que se refiere, sin duda es el Art. 2088). Continúa el artículo, en el segundo inciso: "Si los vicios ocultos eran tales que, conocidos, no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda".

Me remito a lo dicho a propósito de la compraventa. Se confiere al mutuario una doble opción: continuar con el contrato o pedir su rescisión, pero en ambos casos tiene derecho a la indemnización por el perjuicio causado. La rescisión solamente se concede en los casos de mayor gravedad: si probablemente no se habría contratado en caso de conocer los vicios de la cosa. Y es evidente que se supone, que precisamente se trata de vicios "ocultos", no conocidos por el mutuario, ya que si los conoció y recibió la cosa defectuosa, asumió él la responsabilidad.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO VI
EL DEPÓSITO Y EL SECUESTRO

67. Definición y características del depósito

67.1. En un sentido **lato** hay depósito siempre que una persona guarda una cosa que no es suya y la custodia para devolverla a quien se la confió. Jurídicamente se dan muchos casos de tenencia de una cosa ajena con obligación de entregarla, pero tal situación proviene de muy diversos títulos y comporta variadas obligaciones y responsabilidades; así, el comodatario, el mandatario, el arrendatario y otros, tienen en su poder cosas que no les pertenecen y que deberán devolver, pero no son depositarios y sus obligaciones y responsabilidades son las específicas que derivan del correspondiente contrato. También se dan relaciones similares, provenientes no de contratos, sino de cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y actos administrativos, como ciertas concesiones, o judiciales.

67.2. Nuestro Código define primeramente el depósito en **sentido general** o amplio y después, establece clasificaciones que dan lugar a nuevas definiciones específicas.

El artículo 2116 dice: "Llámase en general depósito, el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie".

Más adelante dirá que hay también depósito en ciertas situaciones en las que no existe contrato, sino un cuasicontrato, por no haber la libre voluntad del depositante, como sucede en el depósito necesario (Art. 2141), o se obedece simplemente a un decreto judicial, como en el secuestro (Art. 2157), o se produce como fruto de una situación compleja, cual es el caso del alojamiento en un hotel (Art. 2146).

67.3. El Título XXX **"Del Depósito y del Secuestro"**, tiene una suerte de introducción, que comprende los artículos 2116 y después se divide en tres parágrafos: 1. Del depósito propiamente dicho; 2. Del depósito necesario (parágrafo que contiene una subdivisión sin otro acápite que los números romanos I y II); y, 3 (...) Del Secuestro. Sin embargo, el artículo 2119, solamente menciona dos divisiones, pues dice así: "El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho, y secuestro". Esto nos indica la dificultad que ha hallado el legislador en organizar esta compleja materia.

Ciertamente las dos categorías más diferentes son las del **depósito propiamente dicho** y el **secuestro**. Dentro de la primera, caben varias particiones: a) Con relación al objeto, el depósito **normal y el irregular**; b) Según el origen, **voluntario o necesario**. La necesidad puede provenir de accidentes como incendio, naufragio, etc., o de una situación compleja como es la del viajero que contrata su alojamiento en un hotel; c) Desde el punto de vista de la legislación aplicable, se distingue el **depósito civil y el mercantil**.

Pero también el secuestro se divide en **voluntario o judicial**.

67.4. La **finalidad** propia o propósito dominante que inspira a las partes, consiste en la guarda, conservación o custodia de alguna cosa. Esta motivación subjetiva, ha de transparentarse en la expresión de la voluntad de las partes, o mueve la voluntad del Juez que ordena el depósito judicial.

La guarda y custodia de la cosa es **esencial**: sin esto no hay depósito. Por tal razón figura con acierto en la definición del artículo 2116 y se insiste en la definición del depósito propiamente dicho, en artículo 2120.

67.5. La definición que propone Aubry, es aplicable tanto al depósito propiamente dicho como al secuestro voluntario: "(...) es un contrato por el cual una cosa corporal se confía a una persona, que se obliga a y restituirla en su individualidad". Pero, en cambio, no sería aplicable al secuestro judicial, y tampoco al depósito irregular, en el que no se devuelve la misma cosa "en su individualidad". Esta definición como la de nuestro Código, destaca la obligación de guardar la cosa, en lo que radica la esencia del depósito.

Lacruz destaca la **finalidad única de custodia**: se ha de impedir la sustracción y conservar la cosa en buen estado; tenerla en posesión y facilitar el lugar de ubicación, en local propio. Esto es aplicable a nuestro sistema, con la sola variante de que el depositario no es poseedor sino mero tenedor.

67.6. Los orígenes de esta institución se encuentran en el Derecho Romano, con sus precedentes orientales y griegos, y tales raíces iluminan las características esenciales del depósito: siempre fue considerado un negocio jurídico destinado a la **guarda de una cosa** y se fundó en la **confianza**. Esto se traduce en el carácter sagrado que reviste el contrato entre los antiguos, y la protección de índole penal que asume en la legislación más moderna.

67.7. El desarrollo del **Derecho comercial** ha configurado una serie de maneras específicas de efectuar el depósito voluntario, sobre todo en las instituciones bancarias y en los negocios de exportación e importación. Se ha llegado hasta la figura de los "almacenes generales de depósito", que permiten transacciones sobre las mercancías depositadas mediante endoso de los documentos que certifican tales depósitos.

El **Código de Comercio** determina que el depósito "no se califica de mercantil ni está sujeto a las reglas especiales de los de esta clase, si no reúne las circunstancias siguientes: 1. Que el depositante y el depositario tengan la calidad de comerciantes; y, 2. Que se haga el depósito a consecuencias de una operación mercantil" (Art. 564). La redacción no permite saber con certeza si los dos requisitos se han de exigir conjuntamente, o si basta el cumplimiento de uno de los dos para que el depósito sea comercial. Por otra parte, el artículo 3 enumera entre los actos de comercio "los depósitos de mercancías" (Num. 6) y las operaciones de banco (Num. 9) entre las que destacan, sin duda, los depósitos de dinero.

No hay mayor diferencia entre la **estructura fundamental** del depósito civil y el comercial. Éste es naturalmente remunerado, mientras que el civil en principio es gratuito, aunque se ha generalizado su remuneración y se presume en algunos casos. El depositario comercial pierde el derecho a la remuneración, si hace uso de la cosa depositada, lo cual no sucede con el civil: finalmente, el artículo 568 se remite a las reglas del contrato de comi-

sión, el cual sí presenta singulares características, como la responsabilidad penal por suponer gastos o aumentar los que hubiere hecho (Art. 395), o la venta en pública almoneda (Art. 397).

67.8. La intención de las partes, indudablemente tiene mucha importancia: deben querer esa guarda de confianza que es el depósito. Pero no basta que **denominen** "depósito" a cualquier clase de relaciones que establezcan, como pueden ser las de préstamo, mandato, comisión, compraventa, etc. La jurisprudencia ha resuelto, contra la pretensión de las partes que han denominado depósito a un convenio de otra índole.

67.9. Como **característica** natural del depósito, además de las indicadas, se señala la **gratuidad**. De ésta deriva el carácter generalmente **unilateral**, aunque éste se desvirtúa si se establece una remuneración para el depositario que no solamente cubra los gastos de conservación sino que signifique un verdadero beneficio a su favor y que podría exigir mediante una acción judicial; entonces adquiere la configuración de un contrato sinalagmático.

El carácter gratuito se altera, pues, por el pacto entre las partes que establezca lo contrario. No quita el carácter gratuito "una remuneración espontánea dada al depositario o la concesión a éste del uso de la cosa.

67.10. Para que surjan las relaciones propias del depósito, se requiere la entrega de una cosa **material**, a quien se obliga a conservarla. Los derechos no son objeto de depósito ya que no se pueden sustraer o deteriorar, como las cosas materiales, en cambio sí se pueden depositar los documentos que representan tales derechos, como las cédulas hipotecarias, certificados de la deuda pública, pagarés, etc., en tales casos, no se depositan los correspondientes derechos sino la materialidad de los instrumentos que los certifican. Por esto es básica en el depósito la **entrega** de la cosa, y a veces se la llama incluso "tradición", aunque este último término debe reservarse más bien para la entrega que produce traslación del dominio, lo cual no sucede normalmente en el depósito.

67.11. El artículo 2117 dice: "El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa depositada", y el siguiente artículo aclara que: "Se podrá hacer la entrega de cualquier modo que transfiera la **tenencia** de lo que se deposite.- Podrán convenir las partes en que una de ellas retenga

como depósito lo que estaba en su poder por otra causa". Así lo ha confirmado también la jurisprudencia. Es frecuente el realizar una novación y transformar una deuda proveniente de diversas relaciones (por ejemplo contratos de construcción, laborales, préstamos, etc.), constituyendo al deudor en depositario de la cantidad adeudada, para conseguir así una responsabilidad incluso penal en caso de no cumplimiento de la obligación de restituir.

Que, en el depósito, la entrega de la cosa no transfiere ni la propiedad ni la posesión, sino la mera tenencia es cuestión claramente afirmada por la doctrina, la jurisprudencia y varios textos legales.

El depósito no es título translativo de dominio, y ni siquiera traslada la posesión de la cosa, sino su **mera tenencia**, así aparece claramente de cuanto disponen los artículos 740 y 700 del Código Civil. El primero expresamente dice: "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, depósito, usufructo, o cualquier otro título no translativo de dominio." El segundo, en el inciso 5° admite la tradición llamada tradicionalmente *brevi manu*, o por el "constituto posesorio", es decir que, o bien se transforma el depositario en propietario por efecto de la tradición, no del contrato de depósito, o bien el dueño se despoja de su dominio quedando como mero depositario, así mismo en virtud de un título de transferencia distinto del mero depósito. El artículo 729 precisa que: "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño". Y agrega: "El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación le pertenecen". No se menciona aquí al depositario, pero esto no significa exclusión, ya que se trata de una enumeración a modo de ejemplo y no de una lista taxativa. Se confirma esto, por cuanto el siguiente inciso aclara: "Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo el dominio ajeno".

Esta característica, de no transferir más que la mera tenencia, presenta la dificultad del depósito de cosas fungibles, y principalmente de dinero, que, como veremos, se califica como "depósito irregular", precisamente porque en este caso sí hay transferencia del dominio.

68. Clasificaciones

68.1. Según la rama jurídica a que pertenecen y por cuyas normas de regulan, se distinguen los depósitos **civiles y comerciales**. También existen disposiciones de índole administrativa que norman los depósitos de las entidades públicas del Estado, pero no alteran sustancialmente las reglas civiles o mercantiles que se les deben aplicar.

68.2. En el campo civil, se diferencias claramente el **depósito propiamente dicho** y el **secuestro**.

68.3. Dos categorías distintas son las del **depósito voluntario y el forzoso o necesario**, cuando alguna necesidad urge y no es posible escoger libremente quien será el depositario; tal sucede por ejemplo en casos de terremoto, incendio, naufragio, invasión y otras situaciones bélicas.

68.4. Según el objeto y con consecuencias en cuanto al alcance de la entrega de la cosa, al depósito propiamente dicho, se opone el **depósito irregular**.

68.5. Convencional o no convencional: el secuestro ordenado por el Juez no es convencional, sino acto de autoridad. Igualmente en las requisiciones, en casos de guerra o similares situaciones, un acto de autoridad pone ciertas cosas en poder del Estado, a través de depositarios.

El secuestro puede encuadrarse en la clase de voluntario, si las partes en controversia acuerdan depositar lo discutido en manos de un tercero; o bien, será necesario si es ordenado por el Juez.

68.6. Una categoría especial de depósito que trata específicamente el Código es la de los objetos introducidos por el pasajero en un **hotel o en otros establecimientos similares**. Tales depósitos presentan peculiaridades en cuanto a la constitución de la relación jurídica, el objeto al que se refiere y, sobre todo, a las responsabilidades del depositario.

69. Naturaleza jurídica del depósito

69.1. Aparece claramente que no en todo caso nos encontramos ante la misma realidad jurídica: es diversa la naturaleza jurídica del depósito propiamente dicho y la del secuestro, el primero es ciertamente un contrato y el segundo, un acto de autoridad jurisdiccional.

Debe afirmarse el carácter contractual de depósito propiamente dicho, pero esta naturaleza jurídica no se extiende al depósito necesario, en el que más bien se da un **cuasicontrato**.

69.2. Dentro de los contratos, el depósito se califica de **real**, ya que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa depositada. Sin embargo, la realidad de este contrato ha sido puesta en duda por algunos autores, aduciendo que bien pueden surgir las obligaciones propias de esta relación jurídica por simple acuerdo de voluntades. No parece compatible con nuestro sistema jurídico esta interpretación: reiteradamente el Código Civil hace depender la existencia del depósito de la entrega de la cosa depositada; así se dice expresamente en el artículo 2117 y se reafirma en el artículo 2120 y aún en el depósito necesario se da por entendido que se recibe el objeto por parte del depositario, artículo 2143 y en el caso de los objetos que se introducen en un hotel, el artículo 2146 dice que "se miran como depositados bajo la custodia (...)" es decir que se acude a la ficción de una entrega, y en el depósito judicial se ha de poner en manos del depositario la cosa disputada.

69.3. El contrato de depósito es **naturalmente gratuito**, aunque puede estipularse una recompensa a favor del depositario. Cuando no se ha establecido voluntariamente esa obligación del depositante, el contrato es **unilateral**, ya que todas las obligaciones incumben exclusivamente al depositario; no deja de ser así, por el hecho de surgir responsabilidades que deban ser cubiertas por el depositantes, puesto que no se trata de obligaciones que se contrataron desde el principio, sino que sobrevienen más bien en el desarrollo o cumplimiento del contrato.

69.4. Sobre la naturaleza jurídica del **depósito irregular**, hay que anticipar que es asunto muy debatido y probablemente se ha de considerar el contrato por el cual se transfiere el dominio de cosas fungibles, para ser devueltas,

no como un depósito, sino como un préstamo: comodato, si es gratuito, o mutuo en el caso de ser oneroso.

Dentro de la figura del depósito irregular, sobresale por su importancia y la frecuencia de su utilización en el mundo moderno, el **depósito de dinero**. Éste presenta, además de las dificultades propias del depósito irregular de cosas fungibles, otras más, que nacen de la regulación de estos convenios por las normas del Código de Comercio y leyes especiales.

70. Figuras análogas al depósito

70.1. En algunos casos la misma ley se remite a las normas del depósito, equiparando así a este contrato, otros que no son propiamente lo mismo, pero que presentan indudable analogía. Así el artículo 2307 dispone que el **acreedor prendario** no puede servirse de la prenda y bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del depositario.

Algo parecido sucede con el **arrendamiento de servicios**, al que se refiere el artículo 2124 dice: "Si se estipula remuneración por la simple custodia de la cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve, pero bajo todo otro respecto está sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal".

70.2. Al hablar de la naturaleza jurídica del depósito ya se mencionó la similitud con el contrato de **préstamo**, al punto que la doctrina y la jurisprudencia encuentran dificultad en distinguir uno de otro.

70.3. La diferencia entre otros contratos que implican también la guarda y conservación de una cosa y el depósito, según muchos autores consiste en que en éste la obligación **principal** y que da sentido a toda la relación jurídica es la guarda de la cosa, mientras que en ciertos casos de compraventa, de arrendamiento, de mandato, de préstamos etc., la guarda no es la finalidad del contrato ni lo principal.

Analizando lo que sucede en la **compraventa**, Planiol se expresa así: "En la compraventa ocurre frecuentemente que el vendedor recibe por cierto tiempo la guarda de la cosa vendida o que, a la inversa, un comprador con-

dicional o eventual a quien se remite la cosa para examinarla o probarla, tenga su guarda por vía de consecuencia. Ni en uno ni en otro caso existe depósito, ya que la guarda no es la **finalidad** de las partes y tiene en sus relaciones solamente un papel accesorio. Nada obsta, a que por pacto especial el vendedor consienta en retener la cosa a título de depositario, pero el simple hecho de conservarla por corto tiempo no hace presumir en él tal intención".

Diez-Picazo refiere la solución dada en España a los casos en que por disposición de la ley el dueño de una cosa debe asumir las obligaciones de depositario: "Es claro que el Código Civil rechaza la posibilidad de que haya un **depósito de cosa propia**. Sin embargo, el legislador en determinadas ocasiones acude al recurso de imponer a un propietario las responsabilidades civiles y criminales del depositario sobre una cosa respecto de la cual otra persona tiene derechos, con el fin de reforzar la garantía de los mismos, pero sin que ello signifique que la situación creada sea la de un auténtico depósito". Esta situación se produce en nuestro país cuando se deja en poder del dueño una cosa embargada, generalmente un inmueble, para ser custodiada con las responsabilidades propias del depositario.

Hay situaciones en que no es clara la voluntad del propietario de entregar en depósito, ni la de quien llega a tener la cosa, de recibirlo como depositaria. Son circunstancias ambiguas, de difícil solución, como las que menciona Borda: las cajas fuertes de los bancos (arriendo o depósito), dinero que se entrega para colocar a mutuo (mas bien es un mandato), el contrato de garaje, que contiene elementos de varios contratos (arrendamiento de local y de servicios, además de depósito). La distinción es sin embargo de mucha importancia, porque en el depósito no se transfiere la propiedad ni la posesión, porque la culpa propia del depositario suele ser otra que la del arrendatario, etc. y la prueba será también diferente.

71. Sujetos: capacidad y consentimiento

71.1. En este contrato intervienen dos partes: el depositante o deponente, y el depositario. El acuerdo de voluntades de los dos implica que sean capaces y que presten su consentimiento sin vicios, en todo lo cual se han de aplicar las normas generales de las obligaciones, más las reglas específicas del depósito.

71.2. El artículo 2123 declara que: "Este contrato no puede tener efecto sino entre personas **capaces de contratar**". Esto es obvio, y solamente sirve de introducción para los incisos siguientes en los que se señalan las excepciones a esta regla universal. Agrega el inciso segundo: "Si no lo fuere el depositante, el depositario contraerá, sin embargo, todas las obligaciones de tal".

71.3. El primer supuesto consiste, pues, en que el **depositante** no sea capaz mientras que sí lo es el depositario. No se distingue la clase de incapacidad del deponente: puede ser absoluta, como la del demente en interdicción o la del menor impúber, o bien solamente relativa, como es el caso del menor adulto o del puesto en interdicción por disipación; en una u otra hipótesis, el contrato no es nulo, o mejor dicho, el depositario capaz que recibe de estas personas, queda igualmente obligado, como si quien le entregara la cosa fuera un sujeto capaz.

Alguna duda puede presentarse sobre esta solución, ya que en el caso de intervenir un absolutamente incapaz, la nulidad también tiene ese carácter de absoluta y puede ser declarada aún de oficio, sin petición de parte, sin embargo, parece que el derecho quiere proteger especialmente a todos los incapaces, responsabilizando al depositario que recibe de ellos un encargo de guardar y custodiar alguna cosa. Puede, tal vez, interpretarse esta situación diciendo que no existe un contrato válido, pero sí una responsabilidad objetiva, que nace de la ley en aplicación de la equidad. En el supuesto del depositante relativamente incapaz, no se presenta dificultad, ya que la nulidad sería, en todo caso, relativa, y solamente él (o sus representantes o sucesores capaces) podría reclamar contra la validez del contrato, y, evidentemente, no le interesa tal nulidad, sino más bien que se ejecute el contrato y el depositario le devuelva su objeto.

71.4. Con acierto advierte Borda que no se requiere que el deponente sea **dueño** de la cosa. Una cuestión es la de la capacidad y otra la de la titularidad del dominio, o la facultad de disponer; puede entregar una cosa el que la tiene en calidad de arrendatario, de mandatario, de depositario, de usufructuario etc. y se le exigirá la misma capacidad que si fuera propietario.

71.5. Si el depositante es incapaz y ha entregado un objeto en depósito, los **representantes** legales pueden exigir la terminación del contrato y la en-

trega de la cosa; también podrá hacerlo el mismo deponente, obrando por sí mismo, si llega a ser capaz. Estas personas deberán reconocer al depositario de buena fe, los derechos que le corresponden.

71.6. Distinta es la situación, si el **incapaz es el depositario**. El inciso tercero del artículo 2123 dice respecto de la incapacidad: "Si lo fuere el depositario, el depositante tendrá solo acción para reclamar la cosa depositada, mientras que esté en poder del depositario; y a falta de esta circunstancia, tendrá solo acción personal contra el depositario, hasta el valor de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico, quedándole a salvo el derecho que tuviere contra terceros poseedores, y sin perjuicio de la pena que las leyes impongan al depositario en caso de dolo".

71.7. La **restitución** de la cosa depositada se asegura siempre que sea posible, es decir, si se conserva en poder del depositario. Si ha salido de su poder, por cualquier causa, solamente tendrá el depositante derecho a exigir que el incapaz le devuelva aquello que le ha enriquecido, por ejemplo, el precio pagado por un comprador, descontados los gastos de la transferencia. También puede el deponente perseguir la cosa en manos de terceros, sobre todo si la han recibido de mala fe.

71.8. En el caso de depositario **relativamente incapaz**, él mismo podría reclamar contra la validez del contrato, al llegar a ser capaz, por ejemplo por cumplir la mayoría de edad, y puede interesarle tal nulidad, para descargo de su responsabilidad por daños o pérdidas de la cosa recibida. Pero no podrá alegar nada en su favor si actuó dolosamente, ya que nadie puede beneficiarse de su propio dolo.

71.9. También hay que considerar la hipótesis de que el depositario inicialmente capaz, cuando contrató y recibió la cosa, **llegue después a incapacitarse**. El contrato es válido, pero daría lugar a que el deponente pida la devolución por haber cambiado sustancialmente la situación. El mismo depositario si cae en incapacidad relativa, podría devolver la cosa, aún antes del plazo estipulado, y en caso de resistencia para recibirla, consignarla judicialmente.

71.10. Las leyes de **bancos**, facilitan los depósitos de menores de edad, y la jurisprudencia ha confirmado que éstos pueden ser retirados por los representantes legales respectivos.

71.11. En el caso de **varios depositarios**, las reglas de la capacidad se han de aplicar a todos ellos. Y si han declarado conjuntamente que se obligan en mancomún, se ha de aceptar esta prueba. Si la obligación principal, asegurada con el depósito, es solidaria, dicho carácter no pasa al depósito en mancomún y el recibo de pago expedido por uno de los deudores sólo tiene valor para las relaciones con los demás deudores.

Supuesta la pluralidad de depositantes cuando **uno sólo** de ellos era dueño, esto no significa que pierda el dominio exclusivo de la cosa, por haber intervenido varias personas en el contrato.

71.12. En cuanto al **consentimiento**, se aplican las normas generales, con la sola norma específica contenida en el artículo 2121: "El error acerca de la identidad personal del uno o del otro contratante, o acerca de la sustancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. El depositario, sin embargo, habiendo padecido error acerca de la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito".

71.13. Lo relativo a la **identidad de las partes** no parece adecuadamente resuelto por el legislador, puesto que se trata de un convenio de confianza, la identidad de las partes y sobre todo la del depositario, es de extremada importancia y el error en cuanto a la persona, debería acarrear la nulidad; sin embargo, el Código confiere solamente al depositario el derecho de restituir inmediatamente la cosa si ha incurrido en error en cuanto a la identidad del depositante. Más grave sería la equivocación del deponente que creyó entregar a una persona y dejó sus cosas en manos de otra distinta; tal vez el legislador no hace referencia a este caso, porque el depositante puede en cualquier momento retirar lo que ha entregado, pero, si existe un plazo el depositario podría negarse a esa devolución, y sería injusto que no tenga remedio el error cometido.

71.14. En cuanto al **error sobre el peligro** que implica la guarda ciertas cosas, tales como explosivos, armas, substancias venenosas o inflamables,

etc., es evidente que si el depositario conoció su condición, nada puede reclamar, pero si se le ocultó y después descubre ese especial riesgo, inmediatamente puede devolver lo recibido.

72. El objeto en depósito

72.1. La cosa depositada se llama también "depósito". Este objeto, debe ser un **bien material**, no inmaterial. Normalmente es un **mueble**, pero se admite también el depósito de inmuebles, sobre todo en el caso del secuestro o depósito judicial.

72.2. El depósito debe ser **determinado**, no cabe entregar algo indefinido, no preciso: "alguna cosa"; pero sí es admisible un cierto grado de incertidumbre, como cuando se entrega el contenido de sacos, bultos, cajas u otros recipientes cerrados. Puede también haber un margen razonable de imprecisión en cuanto a la cantidad de cosas, siempre que se puedan identificar de alguna manera, como por ejemplo: todo el trigo contenido en un granero. La cuestión de la determinación, tendrá importancia sobre todo para establecer la responsabilidad del depositario el momento de restituir, pero si no hay ninguna forma de determinar el objeto, propiamente no hay depósito.

72.3. Como la obligación normal del depositario consiste en devolver **la misma cosa** que recibió, se suele decir que no entran en el contrato las cosas fungibles. Más exactamente, no hay depósito propiamente dicho de cosas que puedan ser reemplazadas por otras. El artículo 2120 define así: "El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante". La restitución "en especie" caracteriza al depósito propiamente dicho; en el llamado "depósito irregular" se admite la devolución de otras cosas de la misma especie y en igual cantidad y calidad.

72.4. Explica Puig Peña que el **depósito irregular**, cosas fungibles cuya propiedad sí se transmite, se difundió en la Edad Media, como fórmula para justificar el cobro de interés; en cambio ha desaparecido en algunos derechos modernos como en los códigos de Alemania, Suiza y Argentina. Dice este autor que "en realidad, puesto que pasa la propiedad al deposita-

rio y queda obligado a restituir "otro tanto", no hay sustantiva distinción con el préstamo. Sin embargo, los autores señalan algunas diferencias ateniéndose a la **finalidad** (en interés del uno o del otro) y al plazo para pedir la restitución y al plazo para pedir la restitución (pues el prestamista se halla ligado por el plazo, y en cambio el deponente puede reclamar *ad nutum*) pero estas diferencias quedan paliadas, como dice Castán, sobre todo en el depósito bancario -que es el típico depósito irregular-, los bancos fijan plazos para la devolución, a cambio de conceder un interés más elevado".

La discusión sobre el depósito irregular, se ha centrado en las cuentas bancarias. La doctrina se pregunta si se trata de un depósito o de un préstamo, siendo general la opinión que considera depósito la cuenta a la vista y préstamo las imposiciones a medio y largo plazo, como asevera Lacruz.

El depósito de **dinero** presenta esta dificultad: el que recibe unas especies monetarias dispone de ellas como de cosa propia y solamente tiene que devolver igual cantidad. Podría concluirse que entonces no hay depósito, porque el recipiendario se hace dueño del dinero, lo cual desvirtúa el contrato de depósito. Esta dificultad ha dado lugar a diversas explicaciones y generalmente se admite que respecto del dinero se produce un **depósito irregular**, distinto del normal. Pienso que puede interpretarse de modo distinto este fenómeno jurídico, si se tiene en cuenta la **peculiar naturaleza del dinero**: lo que se deposita no son los billetes o monedas que entrega el depositante al depositario, sino precisamente una suma de dinero; las especies concretas en esta situación no interesan, como podrían interesar en un verdadero depósito de especies raras, de colección, antiguas, etc., en cuyo caso sí conserva el depositante la propiedad y la posesión y el depositario solamente las **tiene**, para devolver esas mismas especies. El dinero no se regala ni se enajena a título oneroso a favor del depositario, sigue siendo dinero del depositante, aunque su signo haya sido entregado al depositante (las monedas, billetes u otros documentos representativos del dinero como un cheques o una orden de transferencia bancaria); no hay, por consiguiente tradición, y el dueño del dinero, que lo tiene en depósito no se ha empobrecido, como tampoco se enriquece el depositario que lo recibe, ya que ni el uno se desprende de la propiedad, ni el otro la adquiere. Por consiguiente, bien puede considerarse el depósito de dinero, como un depósito normal y no tiene propiamente **nada de irregular**, como ha afirmado la doctrina generalmente. Sí se daría esta situación excepcional, en el depósito de

otras cosas fungibles, que no sean dinero, por ejemplo trigo o cacao, que se entregan para ser guardados en grandes silos o lugares de conservación, en los que se mezclan los granos con otros, de otros propietarios, y naturalmente, deberá devolverse igual cantidad, no los mismos granos.

El artículo 2126 dice lo siguiente: "En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo; y el depositario estará obligado a restituir otro tanto en dinero, de acuerdo con la ley". Depende, por tanto, de la voluntad del deponente si deja el dinero en manos del depositario como "**especies ciertas**" para ser devueltas en su misma entidad -las mismas-, o como dinero, con la característica propia del dinero que sirve para circular. Si se deja el dinero en recipientes cerrados (sobres, sacos, cofres, cajas de seguridad o cualquier ánfora o recipiente) que no se abre sino a voluntad del dueño del dinero, entonces debe devolverse esas mismas piezas materiales y no otras. Pero si se entrega una suma de dinero, lo cual puede hacerse de múltiples maneras -cheque, transferencia bancaria, orden telefónica, electrónica, etc.- lo que se permite es el uso del crédito, la circulación útil del dinero y eso mismo se ha de devolver, y podrá devolverse de cualquiera de esas maneras aceptadas por la ley.

La jurisprudencia nacional suele seguir la doctrina clásica del depósito irregular, en lo referente a los dineros que se dejan en los bancos en cuentas corrientes o de ahorro. También para los contratos entre simples particulares se sigue esa tendencia.

72.5. Hemos partido del supuesto de que el depositante de dinero es el dueño, pero hay que advertir que no se requiere la **propiedad**, sino simplemente el poder disponer de este objeto: puede ser prestado, encargado para que se coloque en una inversión productiva (mandato), administrado por cuenta de otro etc.

Lo único que no es admisible es entregar en depósito algo que sea **del propio depositario**. Si este, lo recibe por error como si fuera ajeno y descubre posteriormente que es suyo, podrá oponerse a devolverlo.

La cuestión de si el depósito irregular es verdadero depósito o si degenera en otro contrato, tiene interés sobre todo por el derecho de **retención** ya que éste no se confiere al comodatario ni al mutuario.

72.6. El **objeto más apropiado** para el depósito consiste en cosas muebles, ya que pueden ser más fácilmente robadas, ocultadas o transformadas o destruidas. La custodia y guardia a que se obliga el depositario tiene la finalidad de evitar tales eventos negativos. En muchos países se admite solamente el depósito de muebles. Dice Puig Brutau, "con razón, lo que en definitiva interesa definir es si el cumplimiento de la obligación de custodiar un inmueble queda mejor determinado con referencia a las reglas del depósito o de otra figura jurídica (...) y el espíritu de las partes (...), por ejemplo, un simple guardián asalariado, no se considera depositario de una casa".

En nuestro sistema, se admite el secuestro tanto de muebles como de inmuebles, pero el depósito propiamente dicho se reserva para los muebles, como aparece de la definición del artículo 2120 sobre el depósito "propiamente dicho": el secuestro constituye una figura muy especial en la que cambia la categoría de contrato por acto de autoridad, y se amplía la aplicación a los inmuebles.

73. Forma y prueba del depósito

73.1. Dada la naturaleza de contrato real, queda dicho que el depósito se perfecciona con la **entrega del objeto** depositado. Sin embargo, el convenio se efectúa por el acuerdo de las voluntades de ambas partes, que se concreta en la entrega para dar así comienzo a la vigencia del contrato. Ese **consentimiento** además de expresarse mediante la entrega de la cosa, se suele manifestar con palabras orales o escritas y así la significación del gesto de entregar adquiere la mayor claridad.

73.2. No exige directamente nuestro derecho una **forma especial** para manifestar el consentimiento, fuera de la entrega de la cosa en depósito, pues el artículo 2122 solamente hace referencia a "las reglas generales según las cuales este contrato deba celebrarse por escrito". ¿Cuáles son esas reglas generales? Seguramente se refiere el legislador al artículo 1726: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o

promesa de una cosa que valga más de dos mil sucres" y el artículo 1727 excluye la posibilidad de admitir la prueba de testigos cuando no se ha consignado por escrito lo que debió hacerse así. Estas reglas evidentemente tienen que actualizarse.

73.3. También en otros países se han creado situaciones que hacen prácticamente inaplicable el precepto legal y constriñen a la jurisprudencia a encontrar excepciones al rigor de la ley.

73.4. Ciertamente una cuestión es la de la **prueba** y otra muy diferente la exigencia de una solemnidad consistente en escritura aunque sea privada; pero hay una dependencia entre ambos asuntos: si se debe emplear la forma escrita, no vale la simple prueba de testigos.

Ahora bien, en nuestro Código se admite "toda especie de prueba", en el caso del depósito necesario, según dispone el artículo 2142, y parece que en los demás casos de depósito no se puede extremar el rigor de los artículos 1726 y 1727, que excluirían absolutamente la prueba testimonial, si no hay escritura.

73.5. En la **vida práctica** hay numerosos depósitos, en los que **no hay propiamente una escritura** entre las partes: en las guardarropías de los teatros, almacenes y otros lugares públicos se dejan prendas de vestir, cartapacios, carteras, máquinas fotográficas o computadoras, etc., sin más constancia que un recibo, o menos que un recibo, un simple talón numerado o tiquete que servirá para reconocer el objeto el momento de devolverlo. Sería absurdo desconocer que existe aquí un depósito válido, contrariando la costumbre universal.

73.6. Se suele recurrir a la **confesión judicial** del depositario, para demostrar la existencia del depósito, y esta prueba es innegablemente válida. Pero se ha de admitir con la característica de la "integridad", es decir que, si el que recibió la cosa afirma que ya la devolvió, o que la comenzó a tener en un determinado estado de conservación, habrá que estar a estas declaraciones que le liberan de responsabilidad o la limitan.

73.7. La **Ley de Cheques**, en el artículo 3, hace referencia al depósito bancario, que ha de existir conforme a un "acuerdo expreso o tácito", y si

se admite aún este último, es obvio que el primero podría ser simplemente verbal, o por la mera adhesión significada en la firma de un formulario que generalmente ni se lee. Tampoco el **Código de Comercio** exige escritura para la constitución del depósito comercial, y según las normas generales de los contratos de comercio (Arts. 165; 166) tampoco resulta necesaria la escritura para constituir el depósito. La **Ley de Almacenes Generales de Depósito**, en cambio, prescribe la emisión de certificados de depósito, los cuales pueden ser libremente negociados (Art. 14 y ss.).

74. Obligaciones del depositario

74.1. Examinaremos a continuación las siguientes obligaciones del depositario: 1. Guardar y custodiar el depósito; 2. No usar las cosas recibidas; 3. No abrir los recipientes y guardar secreto; 4. Devolver el depósito con sus accesiones y frutos. Consideraremos a este propósito, a quien se ha de devolver; qué cosas o que sustitutos; en qué tiempo y lugar. Se expondrá lo específico del depósito de dinero; 5. Responder e indemnizar en caso de culpa; y, finalmente se tratará de la responsabilidad de los herederos del depositario.

74.2. En las dos definiciones -del depósito en general y del depósito propiamente dicho-, se señala como esencial obligación que surge del depósito, la de "**guardar** y restituir en especie". La restitución supone el previo cuidado de la cosa, para conservarla tal como se recibió y poder así devolver el mismo objeto. El **conjunto de cuidados** para custodiar la cosa, se dirigen a evitar que pueda ser sustraída, robada o deteriorada por otras personas, y también los detalles normales de mantenimiento del objeto para que no se deteriore por agentes naturales que se pueden evitar. Es natural que tales cuidados varíen mucho según las circunstancias, y principalmente según sea la sustancia del depósito (desde alimentos hasta metales). Además de lo que impone el sentido común, se ha de atender en esta materia a los usos y costumbres: lo que es normal en el mantenimiento de las cosas.

74.3. No se trata solamente de mantener una cosa en determinado sitio, sino de protegerla de los peligros, empleando los medios adecuados, lo cual implica a veces acciones positivas y **gastos**. Habitualmente el deponente suele adelantar lo necesario para esos gastos, pero si no lo hiciere ni se

hubiere dispuesto otra cosa, se entiende que el depositario debe adelantar las expensas, con derecho de que se le reembolsen.

74.4. El cuidado de la cosa depositada recae sobre el depositario, quien **no puede traspasar** esta obligación a otro, por cesión o de otra manera: es un contrato fundado en la confianza personal y se faltaría a la lealtad al delegar a otro, sin el expreso consentimiento del depositante. Nada impide, en cambio, que el depositario se haga ayudar con sus empleados o por otras personas.

La elección de la persona del depositario adquiere singular trascendencia, y el deponente ha de actuar en esto con prudencia; pero, coincido con la opinión de Lorenzetti, en el sentido de que no se puede descargar de responsabilidad al depositario, aduciendo que el depositante ha incurrido en culpa al escoger erradamente (en cuanto a las cualidades), la persona que deberá custodiar sus bienes.

74.5. La cosa se ha de mantener sin alteraciones, salvo casos de necesidad, incluso para conservarla. Cualquier cambio importante debe ser comunicado cuanto antes al depositante.

74.6. La obligación de custodiar no impone al depositario la de contratar un **seguro**, salvo que se hubiere pactado expresamente este deber, o que se trate de algo muy generalizado, una costumbre, o se justifique por el especial peligro existente. Si el depositario, por su cuenta contrata un seguro no necesario, no podrá reclamar lo gastado en las pólizas, pero, la equidad obliga a que el depositante le reembolse este gasto si en definitiva le ha beneficiado, por haber recibido la indemnización del siniestro.

74.7. Otra obligación, muy relacionada con la primera, es la de **no usar** la cosa depositada, salvo expresa autorización del depositante.

Sin embargo, en algunos casos, se presume la autorización de usar. Borda señala la hipótesis del depósito de un automóvil, si se dejan las llaves, o si lo retira un pariente próximo del depositante que trae las llaves y, apoyándose en una sentencia argentina de 1941, considera que en estas circunstancias no se prohíbe el uso.

Para Puig Peña, si el depositante autoriza posteriormente el uso, se produce una novación, por la que el depósito se transforme en préstamo o comodato. Sin embargo, admite que el uso, si no altera la finalidad principal de custodia, no cambia la naturaleza del contrato; cierto uso, puede ser necesario para la misma conservación en buen estado.

74.8. Desde luego, esta obligación se hace más severa si el depositante expresamente ha prohibido el uso. El contravenir tal disposición sería un abuso de confianza y podría tener implicación penal. Si en el uso de la cosa, ésta perece, aun por caso fortuito, respondería el depositario abusivo, salvo el que probare que igualmente habría fenecido sin dicho uso.

El artículo 2125 admite estos principios, y confiere al Juez amplia facultad para apreciar los casos concretos.

74.9. "El depositario no debe violar el **secreto** de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo", dice el artículo 2130, concretando así una obligación generalmente acogida por la doctrina.

Se trata, desde luego, de verdaderos secretos, no de cualquier información que pueda ser útil o necesaria, para la seguridad del mismo depositante o depositario, para la sociedad en general o para la conservación de la cosa. El que recibe el encargo de custodiar, debe saber qué es lo que se le encomienda, pues de otro modo no podría tomar las medidas adecuadas de conservación: no es lo mismo conservar una joya, un explosivo, un alimento que se deteriora en pocas horas, etc.

74.10. El depositario, por otra parte, **no debe abrir**, sin causa suficiente, los recipientes que contengan el objeto recibido. Si el depositante ha empleado cerraduras o cualquier otra seguridad, es obvio que el depositario debe respetar la voluntad del que consigna el objeto. El artículo 2128 dice al respecto: "La obligación de guardar la cosa comprende la de respetar los sellos y cerraduras del bulto que la contiene", lo cual ha de entenderse en sentido amplio, con relación a cualquier clase de seguridades, desde la de un sobre cerrado, hasta la de una caja fuerte.

74.11. "Si se han roto los sellos o forzado las cerraduras por culpa del depositario, se estará a la declaración del depositante, en cuanto al número y

calidad de las especies depositadas. Pero no habiendo culpa del depositario, será necesaria la prueba, en caso de desacuerdo.- Se presume la culpa del depositario en todo caso de fractura o forzamiento", dice el artículo 2129. Por consiguiente, la sanción para el incumplimiento de esta obligación, consiste en que la carga de la prueba recae sobre el depositario, y se presume su culpa; podrá, sin embargo, demostrar que no hubo tal motivo de inculpación.

74.12. Si existe **orden judicial** de abrir, incluso rompiendo las cerraduras, naturalmente, tiene que cumplirse esa disposición de la autoridad competente, y no ha de recaer la responsabilidad sobre el depositario.

74.13. Igualmente, el depositario no está obligado a guardar el secreto, en caso de ser **conminado a testimoniar.** Sobre todo, si se tratara de la investigación de un posible delito, el depositario no se convertirá en encubridor, sino que declarará lo que sepa y sirva para que se haga justicia.

74.14. Al **descubrir** el depositario, de cualquier manera, que la guarda de la cosa le acarrea peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito, como se lo permite el artículo 2121. Puede darse la circunstancia de haber sido engañado sobre la naturaleza de la cosa, o bien, que se le ocultó desde un comienzo en qué consistía, o bien, con posterioridad se llega a conocer lo que inicialmente se ignoró: por ejemplo, un paquete de medicinas, encubre drogas estupefacientes, y el depositario no ha de incurrir en complicidad o encubrimiento de un tráfico prohibido por la ley.

74.15. Especial consideración merece el **sigilo bancario**, aplicable entre otras cosas a los depósitos de los clientes, pero esto pertenece al Derecho Comercial. Se rige, sin embargo, por los mismos principios del Derecho Civil y comunes a toda la vida jurídica. La jurisprudencia ha desarrollado algunos aspectos interesantes de este sigilo bancario.

74.16. También atañe al campo comercial, el "**deber de colaboración**", mencionado por Lorenzetti como una de las obligaciones del depositario: la cobranza de créditos cuando ha recibido documentos que representan esos derechos del deponente, y haya que cobrar intereses o los capitales al vencimiento. Esta situación se enmarca más en el contrato comercial de comisión o mandato mercantil.

74.17. Junto a la obligación de guardar, el depositario contrae la de **devolver o restituir** la cosa depositada. A este respecto hay que examinar: qué ha de devolver, a quién, en qué lugar y tiempo.

74.18. En principio, se debe devolver lo que se ha recibido: la **misma cosa**. Pero hay una serie de circunstancias que hacen variar la entidad de los objetos: el simple transcurso del tiempo mejora a algunos (como el vino) y desmejora a otros (como los animales pasada cierta edad); los debidos cuidados o la falta de ellos, influirán en el estado de conservación y pueden sobrevenir agentes externos, incluso de fuerza mayor o caso fortuito que modifiquen o destruyan total o parcialmente la cosa; finalmente, se dan a veces actos arbitrarios de disposición por parte del depositario, pero que realmente causan una situación que hace imposible la restitución de la "misma cosa". La obligación del depositario consiste en devolver la cosa en el estado en que se halle, si bien, le traerá responsabilidad cuanto sea imputable a su culpa y haya deteriorado la cosa.

74.19. Si el depósito **ha sido enajenado**, el depositario no está en aptitud de devolverlo, y el deponente tendrá varias opciones: recibir el precio de la cosa que fue vendida, o aquella otra por la que fue permutada; o perseguir su objeto manos de terceros; en ambos casos, tendrá derecho a la indemnización por parte del depositario si por su culpa o dolo ha perdido la cosa. Pero si el depositario ha actuado de buena fe, incluso para salvar la cosa, no tendrá que restituir más que lo que haya recibido en cambio, descontados los gastos.

Que el depositario debe el valor de la cosa que haya enajenado, está confirmado por la jurisprudencia. Pero se presenta la grave dificultad sobre qué se deba, si la enajenación ha sido a título gratuito, una donación; algunos consideran que el donante de buena fe, no debe nada; otros, como Borda, a cuya opinión me adhiero, consideran que es más equitativo que el depositario restituya el valor de la cosa que ha donado, aunque pensara que era suya, ya que no hay razón para que la pierda el depositante y si el que la recibió estuvo dispuesto a desprenderse de ese objeto, debe realmente pagar su valor al dueño, y no puede hacer una liberalidad a costa de otro que no ha tenido la intención de regalar. La hipótesis, parecida a la anterior, que está expresamente regulada por la ley, es la de los **herederos del depositario que hubieren vendido la cosa depositada**. El artículo 2136,

confiere en ese supuesto al depositante el derecho de exigir que le restituyan "lo que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan". Queda a salvo el derecho de reivindicar la cosa en manos de terceros, pero esta acción no siempre será posible. Esto se dispone para los casos de buena fe, y si no la hubiere, el depositante tendría además el derecho a la indemnización de todo perjuicio.

Otra situación, no prevista por la ley pero que parece evidente y equitativo que el depositario debe devolver solamente el precio recibido, es la de la **expropiación**: la venta forzosa por declaración de utilidad pública; se trata de una fuerza mayor a la que no cabe resistir.

Si la cosa depositada ha sido **embargada y rematada**, el precio deberá entregarse al acreedor o a los acreedores tal como ordene el Juez, y si hubiere un sobrante, este corresponde al dueño de la cosa, por lo que normalmente el depositario tendrá que devolver ese saldo al deponente.

74.20. Para el depósito de **dinero**, se establece una distinción y se dan dos reglas adecuadas para cada situación. El dinero puede entregarse como un cuerpo cierto: "en arca cerrada cuya llave tiene el depositante", o en otra forma similar que manifieste la intención de que se conserve tal cual, en su propia especificidad, en monedas, billetes, cheques o cualquier otro documento representativo del dinero, en tal caso, el depositario no tiene sino que conservar el recipiente y devolverlo con su contenido, sin violarlo ni alterarlo de ninguna manera. La otra hipótesis consiste en que se haya depositado una "suma de dinero", cualquiera que sea la forma de transferirla y sin atención a la individualidad de esos elementos, sino teniendo en cuenta solamente la cantidad de dinero, en cuyo caso, el depositario no tiene que devolver en la misma clase de documentos, sino la misma cantidad de dinero. En este segundo caso, si el depósito ha producido algún interés, en principio ese fruto civil pertenece al depositario -salvo que hayan convenido otra cosa las partes- y cualquier variación del valor de la moneda afecta al depositante, sea que haya adquirido mayor o menor valor.

Con acierto observa Planiol que cuando se debe restituir "los mismos títulos", se entiende de todos modos, que han de ser aquellos que se conserven, puesto que algunos se amortizan durante el depósito y es interés del

depositante que se cobren y se le entregue o el valor recibido o que se invierta en iguales títulos. Un caso frecuente es el de las cédulas hipotecarias o los bonos de la deuda pública, que se sortean periódicamente y los que resultan sorteados dejan de ganar interés y se paga de inmediato el capital: quien los haya depositado, dará instrucciones al depositario o bien para que los cobre y guarde el dinero, o lo reinvierta.

74.21. En cambio, los **frutos y accesiones** de la cosa, deben ser conservados y entregados al depositante. El artículo 2134 dice: "La cosa depositada debe restituirse con todas sus accesiones y frutos".

Estos acrecimientos del depósito, implican una cierta variación del objeto depositado, y llegarían incluso a cambiar substancialmente la relación jurídica, si su volumen o valor es de tal magnitud que signifiquen una carga o peligro no previstos inicialmente, entonces, el depositario tendría derecho a que el dueño reciba tales cosas, o bien a dar por terminado el contrato y devolver todo.

En el llamado "depósito irregular", de dinero, si éste se ha transferido en propiedad al depositario, los frutos no corresponden al depositante sino al depositario, ya que éste se ha hecho dueño y las cosas producen para su dueño.

74.22. Debe devolver el **mismo depositario**, puesto que no está entre sus facultades la de delegar o pasar a otro el depósito, salvo que así se lo haya autorizado expresamente el depositante. Pero, si de cualquier manera, ha pasado a distinta persona, quien actualmente tenga la cosa es el llamado a devolverla.

En los casos anómalos de haber salido la cosa de la tenencia del depositario, si el **actual tenedor** devuelve el objeto al depositante, éste ya no puede volver a pedirlo al depositario, aunque sí tendrá derecho a reclamarle las indemnizaciones por posibles perjuicios debidos a su culpa.

Si por cualquier causa el depositario se hubiere **incapacitado**, habrá de pedirse la devolución a su representante legal, según las reglas generales.

74.23. La devolución, en términos generales, debe hacerse al depositante

No corresponde al depositario el averiguar si el deponente es o no dueño de la cosa, pero si le consta que el objeto le **pertenece**, evidentemente puede resistirse a no devolverlo, ya que su derecho de propietario no se pierde por la equivocación.

Si, **se discute judicialmente la propiedad** del depósito, se puede todavía devolver a quien lo dio, pero si existe prohibición de enajenar o embargo, el depositario debe consignarlo al Juez, para que él decida.

Si hay la seguridad de que la cosa **ha sido robada**, no debe devolverla el depositario al que injustamente se apoderó de ella, sino al dueño, y en caso de duda sobre quien sea tal dueño, debe consignarla en el juzgado, no actuando así, se comprometería como cómplice o encubridor del robo (Arts. 2138; 2086; 2087).

74.24. A veces el depositante ha ordenado que la restitución se haga a **otra persona**, entonces el depositario deberá cumplir ese mandato. Se pregunta qué sucede en caso de **morir el depositario**, puesto que el mandato termina con la muerte. La solución más justa exige distinguir dos situaciones: si realmente se trató de un mandato, éste termina con la muerte del mandante y el depositario debería devolver la cosa a los herederos del causante; pero, si el causante ordenó la entrega de la cosa depositada a otra persona que había adquirido el derecho de propiedad o posesión, por ejemplo, por haberla comprado o tener que entregarla en cumplimiento de algún contrato, entonces el depositario debería cumplir esa obligación, otro tanto, si el deponente no era dueño de la cosa y precisamente la deposita para que sea devuelta a su dueño.

Si la devolución se ha de hacer a los herederos, ellos deberán ser **capaces**, pues, de no serlo, habría que restituir a través de su representante legal.

Si hay varios herederos, la restitución ha de hacerse a **todos** o al designado por todos para recibir la cosa; a falta de ese común acuerdo, habrá de consignarse ante el Juez.

Caso muy especial y a la vez frecuente, es el de depósitos que constan únicamente por recibos o "tickets", los cuales se permite transferir de modo que la devolución se haga **al portador** del comprobante; esto se usa en guardarropías, recepción de carteras o paquetes en bibliotecas públicas y almacenes, etc. y se supone que el depositante corre con el riesgo de conservar el documento al portador, de suerte que si lo pierde o le sustraen, perderá la cosa depositada, salvo que oportunamente demuestre que le pertenece y evita que sea entregada a otro que no tiene derecho. Si alguien ha perdido o destruido el tiquete, es equitativo que se le permita fácilmente demostrar el derecho de recibir el depósito, y deja a su vez un recibo que descargue al depositario de posibles reclamaciones.

74.25. Dónde devolver: normalmente en el mismo lugar en que se recibió, salvo que se haya pactado otra cosa. Cuando se estipula la restitución en otro lugar, se configura un contrato mixto, en el que además del depósito se agrega el de transporte, con sus respectivas obligaciones. Los gastos del transporte pesan sobre el depositante, como expresamente dispone el artículo 2137.

74.26. El **tiempo** en que se ha de restituir la cosa, depende o de la voluntad del deponente, de lo establecido en el contrato, o, en casos especiales, de la voluntad del depositario.

Como es un contrato en beneficio del depositante, él exigirá la devolución cuando a bien tenga: "La devolución es a **voluntad** del depositante", dice el inciso primero del artículo 2131. Pero se ha de entender que este arbitrio, debe respetar la tranquilidad y seguridad del depositario, prescindiendo de una exigencia extemporánea, en días u horas de descanso o en los cuales no esté disponible para hacer la entrega.

Si no hay plazo, cualquiera de las dos partes puede libremente pedir la devolución o recepción de la cosa, pero siempre que no cause con ello un perjuicio al otro contratante.

74.27. El depositante conserva el derecho de pedir la devolución, sin que valga la alegación de **prescripción** contra su derecho, puesto que él no está obligado a retirar su depósito en determinado tiempo y no comenzaría a correr contra él la prescripción adquisitiva, sino desde el momento en que,

habiendo pedido la devolución, se negara el depositario a devolver. No se transforma la mera tenencia en posesión, por la sola voluntad del tenedor, ni puede cambiar arbitrariamente el título de mera tenencia en otro que le permita adquirir por prescripción; solamente cabría la prescripción extraordinaria, si prueba que ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción, sin reclamación del propietario ni reconocer el dominio ajeno, durante quince años (Art. 2409).

En cambio, la **acción**, fundada en el contrato prescribe en cinco años, a partir del momento en que el depositante tuvo derecho de retirar la cosa o la pidió sin obtenerla. Si pretende ejercitar la acción ejecutiva, será dentro de los tres años, pues ese es su plazo de prescripción extintiva (Art. 2415).

74.28. En el contrato a veces se establece un **plazo**, y éste se entiende concedido a favor del depositante: "será obligatorio sólo para el depositario", dice el inciso segundo, reforzando así el beneficio exclusivo del deponente. Al establecerse un plazo obligatorio para el depositante, se aproximaría el contrato a un préstamo, y si se sumara a ello el pago de una remuneración, se desvirtuaría totalmente el depósito para convertirse en mutuo.

La obligación de restituir en el momento en que lo pida el depositante, o al cumplirse el plazo, determina que el depositario que se niega a entregar, queda **constituido en mora**, sin necesidad de reconvención judicial, esta doctrina ha prevalecido en nuestra jurisprudencia. Cuando el depósito consta en escritura pública u otro **título ejecutivo**, es obvio que el depositante puede exigir mediante juicio ejecutivo la devolución, siempre que la obligación sea pura y de plazo vencido.

Si la cosa depositada ha sido **embargada** a petición de un tercero, el depositario no la ha de devolver al depositante, sino que esperará la orden del Juez para entregarla a quien corresponda. Esto significará, en algunas circunstancias, que se prolongue el plazo o que el depósito dure más de lo previsto, si bien el tenedor puede consignar el objeto ante el Juez.

74.29. La devolución de **depósito de dinero** presenta ciertas singularidades, que en parte ya se han expuesto.

Se ha de devolver **igual cantidad**, aunque haya variado el valor de la divisa monetaria. No se requiere devolver las mismas piezas representativas del dinero, sino en el caso de haberse entregado en arca, bolsa u otro recipiente cerrado y que solamente puede abrir de manera natural el depositante.

El depositario podría oponerse a la restitución alegando **compensación**, si el depositante le debe también dinero y con plazo vencido.

Si las partes han estipulado el pago de interés, éste se ha de considerar que cubre las indemnizaciones que corrieran a cargo de quien paga el rédito; en este sentido se ha manifestado la Corte Suprema.

Leemos en otra sentencia: "la estipulación de pagar intereses en el contrato de depósito, no es incompatible con la naturaleza de este contrato; pues el artículo 2243 (actual 2124) se refiere al caso de que se estipulase remuneración por "la simple custodia de una cosa" (...); si se estipulase intereses por esa simple custodia, el depósito degeneraría en arrendamiento de servicios y el que los presta es responsable hasta de la culpa leve; no por pactarse interés el depósito deja de ser gratuito, antes por el contrario, con este pago llega a ser doblemente gratuito, porque a la guardia y custodia se añade el pago de interés al depositante que resulta así beneficiado por doble concepto (...). En el depósito de dinero, el depositario tiene facultad de emplear tal dinero en su provecho...y nada se opone para que en cambio de esta facultad el depositario se obligue a pagar interés al depositante, desde luego que esta estipulación no altera el objeto esencial del depósito (...); la sola estipulación de interés no basta para convertirlo en mutuo, pero sí otras circunstancias, como la de un largo plazo y de ser el plazo forzoso para ambas partes".

El depósito de dinero en cuenta corriente de un banco, da origen a controversias por **falsificación** de cheque o de la firma del depositante. La jurisprudencia ha aclarado que si el banco que ha pagado un cheque falsificado, es responsable, pierde el valor pagado y no puede cargar al cliente con ese pago.

Igualmente, si el banco ha pagado a persona distinta de la que tenía derecho de cobrar el cheque, será quien pierda el dinero o quien deba repetirlo del que cobró ilegalmente.

74.30. El depositario que no hubiere cumplido las indicadas disposiciones, deberá **indemnizar** al depositante.

La responsabilidad normal del depositario se refiere a la **culpa grave**, y desde luego, al dolo. Se hace **más exigente** la responsabilidad del depositario, sea por haberlo así pactado, o bien por haber incurrido en mora o haber abusado de alguna manera, como si usa de la cosa sin estar autorizado, o rompe los sellos, cerraduras, etc.; o, finalmente, porque tiene algún interés o ventaja el depositario.

Este sistema es el adoptado por nuestro Código, de conformidad con una antigua tradición jurídica y que se armoniza con la **equidad natural**. Dice el artículo 2127: "Las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa.- A falta de estipulación, responderá solamente de la culpa grave.- Pero será responsable de la leve en los casos siguientes: 1. Si se ha ofrecido espontáneamente, o ha pretendido que se le prefiera a otra persona para depositario; y, 2. Si tiene algún interés en el depósito, sea porque se le permite usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración".

Cabe, pues, **convenir** en que el depositario asuma una responsabilidad mayor: en estos casos, responderá también de la culpa leve, levísima y aún del caso fortuito, salvo que este último se hubiera producido igualmente estando la cosa en manos del dueño o si éste hubiera incurrido a su vez en mora de recibirla.

Los contratantes, pueden también **limitar** la responsabilidad. Estas limitaciones deben ser realmente aceptadas con libertad por ambas partes y no impuestas, como se tiende a hacer en ciertos contratos por adhesión, en los que prácticamente uno de los contratantes nada tiene que decir ni puede modificar los términos preestablecidos.

La responsabilidad naturalmente se hace mayor si el depositario recibe alguna **remuneración**, ya que el contrato deja de ser gratuito y en único interés del depositante. Parecida situación se da cuando se permite al depositario usar de la cosa, en provecho personal: por ejemplo se deposita un automóvil, con la condición de que pueda usarlo el depositario, entonces tendrá que esmerarse en la conservación.

Corrientes más modernas que las que inspiraron nuestro Código propugnan establecer, o han establecido en otras legislaciones, la **culpa in concreto**, señalando como punto de referencia la conducta que el dueño de la cosa tendría en el caso dado, para conservar su propiedad.

El Código, siguiendo la doctrina dominante, admite ciertas **presunciones de culpa**. Desde luego, el depositario que no devuelve la cosa oportunamente, responderá hasta del caso fortuito, salvo que provenga de acción del depositante o sea de tal naturaleza que se hubiera producido de todas maneras (Art. 2135). El artículo 2129, presume la culpa del depositario en todo caso de fractura o forzamiento. Podrá, sin embargo, descargarse de la culpa presunta el depositario que demuestre que obró con la debida diligencia.

Lorenzetti explica que en primer lugar, deben apreciarse las circunstancias relativas a la **persona**, y como el depósito es un contrato de confianza, deben tenerse en cuenta las condiciones personales del agente y la expectativa creada por la confianza que esa persona suscita en el depositante. Se ha sostenido que si el depositario es negligente, el depositante incurriría en una culpa *in eligendo* y no podría quejarse si eligió mal (López de Zavalía), lo cual no admite este autor, porque la relación de confianza produce una modificación de la carga de la prueba: si se trata de persona física que obra a título gratuito se le exige la diligencia que pondría en el cuidado de sus propias cosas; si de persona jurídica dedicada profesionalmente al depósito, crea una expectativa de confianza que modifica la carga de autoinformación, por lo que no se puede imputar al depositante culpa en la elección, ni exigir al depositario una diligencia mínima.

Borda agrega que el depositario podría **relevarse de la imputación de culpa**, demostrando el caso fortuito, o que, a pesar de su culpa, la destrucción o deterioro de la cosa se habría producido de igual manera en manos del depositante. El incendio se considera fortuito, pero responde el depositario si no empleó los medios usuales de previsión. No está obligado a salvar primero las cosas ajenas y después las propias, puede alterar este orden, salvo en caso de evidente desproporción de su importancia.

74.31. Un especial depósito, en el que se modifican un tanto estas normas, es el de los vehículos en un **garaje**. Realmente nos hallamos ante un con-

trato mixto o complejo, que se aproxima al de prestación de servicios y tiene mucho que ver con el de arrendamiento de local. Pero el típico contrato de garaje es un depósito, que no se desvirtúa por ciertos servicios complementarios, como la limpieza de los vehículos. El empresario del garaje responde de todo daño, incluso por hurtos y robos, siempre que no sean a mano armada. Se consideran nulas las cláusulas que a veces se incluyen en los tiquetes o recibos y que hacen de comprobantes para retirar los vehículos, más que de verdaderos contratos escritos; en esas cláusulas o en simples avisos, se pretende limitar la responsabilidad del depositario, lo cual no se debe admitir, puesto que no hay verdadero concurso de voluntades.

74.32. La obligación de restituir el depósito, **pasa a los herederos** del depositario: las mismas obligaciones del causante corresponden a los sucesores, deben, por tanto, entregar la cosa cuando la pida el deponente o se haya cumplido el plazo, y han de entregarla en especie, tal como se encuentre, con sus frutos y accesiones.

El artículo 2136, prevé el caso de que los herederos hayan "**vendido**" la cosa depositada, y distingue si esto se ha realizado de buena fe o sin ella: "Si los herederos, no teniendo noticia del depósito, han vendido la cosa depositada, el depositante, no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz, podrá exigirles que le restituyan lo que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan". Este artículo no se refiere a otras formas de enajenación, por ejemplo, por donación. Se da la solución para el caso de la **buena** fe de los herederos del depositario, pero no se indica directamente cual sea la disposición, si han procedido de mala fe. Ha de entenderse que, si han procedido sin saber que se trataba de una cosa depositada solamente responden del valor recibido por la venta, mientras que, si obraron conociendo que se trataba de cosa ajena, tendrán que indemnizar de todo perjuicio. Sin embargo, hay que tener en cuenta que aún conociendo que la cosa era depositada, habrá buena fe en ciertos casos: por ejemplo, los herederos la venden para evitar que se pierda o deteriore, no pudiendo conservarla adecuadamente.

75. Derechos del depositario

75.1. Hemos considerado ampliamente las obligaciones del depositario y, aunque este contrato es unilateral, surgen **derechos correlativos**, que a veces son simple limitación de las obligaciones contraídas, o compensación de gastos o perjuicios producidos por el cumplimiento del contrato.

75.2. Solamente en el caso de haberse pactado **una remuneración** o un **derecho de uso**, habrá obligaciones del depositante que la otra parte podrá exigir precisamente en cumplimiento del contrato. Los otros derechos del depositario nacen del cumplimiento del contrato y no del pacto inicial.

La falta de pago de la remuneración convenida o el impedimento para usar la cosa, darían derecho al depositario para dar por terminado el contrato y devolver el objeto.

75.3. Al concluir el contrato el depositario tiene verdadero derecho de que el **deponente le reciba la cosa**. No puede negarse a esto, alegando mal estado de conservación, ya que ello solamente daría lugar a eventual reparación de perjuicios. En cambio, es evidente, que cabe oposición si se pretende entregar cosa distinta.

El derecho de devolver se extiende a los casos en que se descubre un peligro anteriormente oculto, o **llega a ser el depósito más gravoso** de lo previsto, por cambio de circunstancias. Cuando el depositario ha incurrido en **error sobre la persona o la sustancia** depositada, o descubre que la cosa le acarrea un peligro, puede devolverla inmediatamente, como dispone el artículo 2121.

El artículo 2132 dice así: "La obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida; pero el depositario podrá exigir que el depositante disponga de ella, cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito, o cuando, aun sin cumplirse el término, peligra el depósito en su poder, o le causa perjuicio.- Y si el depositante no dispone de ella podrá consignarse a sus expensas, con formalidades legales". El deponente incurre en mora al no recibir la cosa cuando el depositario tiene derecho de devolverla, de donde se origina la reparación de daños y perjuicios.

75.4. El **reembolso de las expensas**, se impone por exigencia de la equidad, ya que el depósito beneficia al dueño de la cosa y no tiene por qué gravar al depositario.

Se distinguen las expensas **urgentes**, de las que no lo son. Las primeras se han de realizar, conforme lo exijan las circunstancias, de inmediato, para evitar la destrucción o deterioro de la cosa. Si no son urgentes, el depositario deberá consultar al deponente, si no tiene instrucciones precisas al respecto o no se estableció ya en el contrato la forma de proceder. Esta consulta descargará al depositario de la responsabilidad, en cuanto no tendrá que probar su derecho al reembolso, si fue autorizado, ni deberá indemnización por el perjuicio que se siga para la cosa, si el dueño no quiso que se haga el gasto pedido para su conservación.

Hay también que distinguir las expensas **necesarias**, las simplemente **útiles** y las **suntuarias**. El depositario tiene derecho de reembolso de las expensas necesarias, salvo el caso de que las haya asumido voluntariamente en el contrato: esto sucede en establecimientos comerciales o que de forma estable se dedican a la conservación de objetos, y se comprometen a todos los gastos necesarios, como parte del negocio, por el cual cobran, con lo que el contrato se aproxima a un arrendamiento de servicios o de local.

Sobre las expensas simplemente útiles, discuten los autores si originan un derecho de compensación o no. Borda considera, muy equitativamente, que el deponente deberá reconocer las mejoras útiles siempre que le hayan significado un enriquecimiento, pues de otro modo, sería un enriquecimiento sin causa justa. Lorenzetti precisa que el reembolso se debe siempre que el depósito sea gratuito y el depositario no haya tomado sobre sí el realizar esos gastos por propia cuenta.

No se considera gasto necesario, ordinariamente, el de contratar un **seguro**. Si lo hiciere el depositario, sin aprobación del deponente, no podría pretender reembolso de las pólizas pagadas, pero, si se produce el siniestro y el seguro paga el daño o repone la cosa, este beneficio del dueño de ella, debe ser compensado al depositario.

Las mejoras útiles, y con mayor razón las simplemente suntuarias, permiten al depositario que no sea compensado, que las retire, siempre que no cause

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

con ello un desperfecto o daño. Nuestro Código da una regla de **responsabilidad concreta**, para el reembolso de gastos: "El depositante debe pagar al depositario las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa y que probablemente hubiera hecho él mismo, teniéndola en su poder" (Art. 2140).

75.5. El depositario tiene también derecho de ser **indemnizado por los perjuicios** que le haya ocasionado el depósito. Naturalmente, este derecho supone que no se haya establecido otra cosa en el contrato, como suele hacerse en los casos de negocios de depósito, en los que el empresario asume el costo de los perjuicios normales que se puedan producir.

La indemnización de perjuicios puede provenir de la índole de la cosa, como la corrupción o explosión de ciertas materias, el contagio de enfermedades; pero dependerán también de la conducta del depositante, que redunde en desprestigio del depositario o detrimento de sus negocios. Finalmente, el perjuicio se agrava en los casos en que el depositante se ha negado injustamente a recibir la devolución e incurre en mora, en tanto que, disminuye o desaparece si quien incurre en mora es el depositario.

El artículo 2140, en su parte final, precisa que el reembolso de los perjuicios al depositario, se debe solamente **si no se han originado en una culpa** de él mismo, lo cual es de estricta justicia.

75.6. Expensas especiales se producen en el caso de tener que **transportar** la cosa a otro lugar, para entregarla al depositante o para cumplir sus órdenes.

Aquí se aplican las normas anteriormente examinadas, sobre seguros y otros gastos que el depositario consulte al deponente: si él las autoriza, debe responder de ellas, o, en caso contrario, asumirá los daños y perjuicios.

75.7. El derecho de **retención** se reconoce a favor del depositario, para conseguir el reembolso de las expensas y el pago de las indemnizaciones a que tenga derecho. Aubry advierte que el derecho de retención permite oponerse a las pretensiones de los acreedores, aún en caso de quiebra.

76. Depósito necesario

76.1. El artículo 2141 **define**: "El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante".

Esta definición comienza por incluir el depósito necesario en la categoría del "depósito propiamente dicho", aunque más adelante el mismo Código señalará las diferencias con el depósito normal, e incluso admitirá que en ciertos casos el depósito necesario no es un contrato, sino un cuasicontrato.

La diferencia consiste en que el deponente **no está en aptitud para escoger** con entera libertad quien se ha de hacer cargo de la custodia de sus cosas, porque sufre los efectos de un siniestro. Esa falta de libertad, excluye el contrato, y es preciso dar otra explicación a esta relación jurídica: el Código acude para ello al cuasicontrato.

Los **acontecimientos** que dan origen a estos depósitos necesarios son variados, y el artículo que comento, solamente señala algunos de ellos a modo de ejemplo.

76.2. El depósito necesario al que se refiere el Parágrafo 2° del Título del Depósito, comprende dos casos muy diferentes entre sí: el que la doctrina ha llamado **depósito miserable**, es decir el exigido por circunstancias calamitosas, de siniestros como incendio, naufragio, etc., (Arts. 2141 a 2145, integrantes de una parte distinguida con el número romano I) y el totalmente distinto, tratado en la segunda parte, señalada con el número romano II (Arts. 2146 - 2153), que se refiere a los depósitos de equipaje de viajeros en hoteles y otros establecimientos semejantes. Un tercer caso en que se disminuye la libertad de una o ambas partes, es el del secuestro, que se trata en el parágrafo 3° (Arts. 2154 - 2162).

76.3. Más adelante hablaremos del secuestro, pero conviene citar en este punto, otros **depósitos legales**, es decir, dispuestos por la ley, y que realmente tienen la categoría de depósitos necesarios, ya que en ellos, no escoge el dueño de las cosas la persona del depositario.

En el depósito judicial hay que distinguir el que se realiza sí por orden del Juez, pero a petición de una de las partes y que por esto puede llamarse propiamente judicial, y otros casos en que el Juez cumple un mandato de la ley, y merece entonces el nombre de "**depósito legal**". Efectivamente, en diversos lugares del Código Civil se menciona el depósito que debe realizarse en ciertas circunstancias, por simple disposición de la ley, y, aunque intervenga el Juez, no lo hace administrando justicia en una controversia ni a petición de parte. Tal es el caso previsto en los artículos 505 y 512, de la herencia yacente, que no es reclamada por nadie y al cabo de cuatro años da origen a la venta de los bienes y el depósito de su precio en arcas del Estado; o cuando, según el artículo 852 se deposita el precio pagado por la expropiación de un inmueble constituido en patrimonio familiar.

Otro **depósito judicial** expresamente previsto en el Código es el del precio cuyo depósito solicita el comprador de una cosa, cuando es turbado en la posesión de ella o probare que existe una acción real y el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato (Art. 1812).

La **consignación** se define en el artículo 1615: "es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona". El Código de Procedimiento Civil se ocupa de esta figura jurídica en la Sección 20 del Título II del Libro II y regula el aspecto propiamente procesal, mientras que el Código Civil considera la consignación como un depósito judicial que tiene función de modo de pago y extinción de obligaciones, cuando se llega a la aceptación del acreedor o a sentencia judicial. El depositante, conserva el derecho de retirar la cosa depositada hasta que se produzca una de esas dos circunstancias, y aún después podrá hacerlo, pero solamente con el consentimiento del acreedor, dando lugar a una nueva obligación (novación), como se dispone en el artículo 1623.

Habrá depósito obligatorio por disposición legal cuando: "El **síndico** depositará el último día de cada semana todas las cantidades provenientes de cobranzas y ventas que se hagan, previa deducción de la suma que el Juez considere necesaria para los gastos de administración, y no haciéndolo, podrá ser destituido" (Art. 538 del Código de Procedimiento Civil).

El Código de Procedimiento Civil al tratar del juicio ejecutivo dispone, en el artículo 422, que el ejecutante puede solicitar al Juez "la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda". Las **medidas precautorias**, entre ellas el secuestro, se pueden pedir en cualquier estado de la causa (Art. 424). El secuestro "se verificará mediante depósito" (Art. 427); más exactamente habría que decir que consiste en el depósito, o es el depósito mismo ordenado por el Juez. Si se han secuestrado los bienes que son objeto del litigio, según el artículo 1002 Código de Procedimiento Civil, se debe inscribir la demanda en el Registro de la Propiedad, y si bien esta inscripción no impide la venta de los bienes, si se realiza, el precio queda a disposición de la parte que resulte vencedora en el juicio.

76.4. Volvamos al depósito necesario, propiamente dicho, o depósito "miserable", ocasionado por desastres o **circunstancias imprevistas** que obligan al salvamento de cosas que perecerían si no las toma alguien en custodia. En tales eventos, el propietario o poseedor de los objetos no conoce, muchas veces, a quien encarga sus cosas, o incluso se trata de una persona que por casualidad se encuentra en el lugar y, sin encargo de nadie, se compadece y las toma a su cargo la guarda para entregar después a su dueño.

Estos eventos justifican que el depósito se **modifique**, en varios aspectos: podrá probarse con cualquier clase de pruebas, ya que sería absurdo pedir que se redacten documentos en circunstancias de urgencia (Art. 2142); se admite que se haga cargo del depósito un adulto que no tenga la libre disposición de sus bienes pero se halle en uso de su razón, sin necesidad de autorización de su representante legal; en este caso se considera que existe un cuasicontrato (Art. 2143); y, se agrava la responsabilidad del depositario, ya que se le imputará hasta la culpa leve (Art. 2144). En lo demás, el depósito necesario está sujeto a las reglas del voluntario (Art. 2145).

77. Depósitos en hoteles

77.1. Dentro del parágrafo dedicado al depósito necesario, y formando una segunda parte o sección, el Código Civil trata del especial caso de los objetos introducidos por los huéspedes de hoteles u otros establecimientos semejantes (Arts. 2146 a 2153). En realidad, el contrato con estas casas de posada tiene una **complejidad** que merecería un desarrollo mayor en la

legislación, pero aquí se trata únicamente del aspecto del depósito de los equipajes, enseres y otros objetos que lleve consigo el que se aloja en tales establecimientos.

77.2. Estas reglas especiales, se **aplican** a "los hoteles u otro establecimiento semejante" (Art. 2146) y se extiende a las "fondas, cafés, casas de billar o de baños", según dispone el artículo 2153. Pero se ha de entender que el depositante no es un mero visitante u ocupante momentáneo de cualquiera de estos lugares, sino que propiamente se aloja en ellos. Normalmente se entiende por pasajero de un hotel, motel, pensión, tambo, refugio, etc. quien pasa una o más noches allí. Más difícil será, aplicar estas reglas, según ordena el artículo 2153, a las fondas, cafés, baños u otros establecimientos que se suelen frecuentar solamente por unos minutos u horas; seguramente se aplicarán cuando se entregan valijas, equipajes, ropas, etc., a los administradores de esos sitios, o tienen especiales locales para guardarlos.

Hay que advertir también, que las normas son aplicables a los **huéspedes o pasajeros**, pero no a las personas que los visitan o que entran momentáneamente por otra razón, por ejemplo un vendedor de boletos de lotería, o un empleado que averigua las condiciones del alojamiento.

77.3. El depósito, con las condiciones indicadas en el número anterior, asume dos formas o deriva en **dos clases** distintas: 1°. Si el pasajero hace formal entrega de objetos al administrador o propietario del local; y, 2°. Si conserva consigo sus cosas, por ejemplo en la misma habitación que ocupa o en lugar especial puesto a su disposición pero bajo su responsabilidad.

Cuando **hay propiamente una entrega** de objetos, se aplican las normas del depósito necesario (Art. 2141), que se acaban de explicar.

En el caso de **conservar el pasajero sus objetos**, no hay propiamente depósito, pero se asimila a él la responsabilidad del hotelero, y aún se agrava respecto del depósito propiamente dicho. Se trata de una ficción: no hay entrega de la cosa, y sin embargo, se considera como si la hubiera recibido. Se trata de una entrega ficticia, por el hecho de alojarse en un hotel, posada, etc., y una recepción igualmente ficticia por el hecho de recibir al huésped, y así, de modo tácito, se forma la relación jurídica por la cual el propietario

o administrador, el representante del negocio hotelero, asume una especial responsabilidad.

77.4. También hay que establecer la diferencia entre las cosas que forman el ajuar o **equipaje normal** de las personas corrientes, y cosas de extraordinario valor que eventualmente llevan consigo. Las normas que estamos exponiendo, se aplican al equipaje habitual, de mediano valor, pero, cuando el pasajero lleva joyas, dinero en gran cantidad u otros **objetos preciosos**, se modifican las reglas, porque tiene obligación de **declararlos** y puede entregarlos para especial custodia, si no lo hace, disminuye la responsabilidad del hotelero. Éste puede negarse a recibir el depósito de cosas de extraordinario valor y es también posible convenir entre ambas partes una limitación de la responsabilidad, pero no puede surtir este efecto un simple aviso o declaración unilateral.

77.5. Aubry distribuye las **especiales normas** en tres aspectos: presunción de depósito de las cosas introducidas en el hotel; facilidad de la prueba en cuanto a la realidad, calidad y valor de dichas cosas; y responsabilidad del hotelero por todos los actos de sus dependientes y aún de terceras personas.

77.6. En cuanto a **qué cosas** se someten a estas regulaciones especiales, el artículo 2146 se refiere a las que directamente son entregadas al hotelero, mientras que el 2147 y siguientes, establece la responsabilidad de éste, por todas las cosas ingresadas en el hotel. Solamente se excluirían, aquellas que el pasajero debió declarar y no declaró. También puede introducirse un límite por expresa convención, no admitiendo, por ejemplo, que se guarden en el hotel objetos de extraordinario valor y fáciles de robar como son ciertas joyas, obras de arte, documentos o dinero en grandes cantidades.

77.7. La **admisión de toda prueba**, incluida la de testigos, para probar la entidad de las cosas perdidas o deterioradas en el hotel, está expresamente reconocida en el artículo 2179 pero debe ser apreciada libremente por el Juez atendiendo a las circunstancias. Para orientar, precisamente, en cuanto a la prueba de la **existencia y el valor** de las cosas, el artículo 2150 dispone: "El viajero que trajere consigo efectos de gran valor, de los que no entran ordinariamente en el equipaje de personas de su clase, deberá hacerlo saber al propietario o administrador, y aún mostrárselos si lo exigiere,

para que se emplee especial cuidado en su custodia. De no hacerlo así, podrá el Juez desechar, en esta parte, la demanda".

77.8. La responsabilidad del depositario, en estos casos se **agrava** de tres formas: 1. Se presumen entregadas las cosas que se ingresan al hotel, aunque sigan a disposición del pasajero, en su habitación; 2. El depositario responde aún de robos -salvo que fueren a mano armada-, o daños causados por terceros; 3. Se considera depósito necesario y se sujeta a la prueba de éste.

El Código señala en el artículo 2147: "El propietario o administrador es responsable de **todo daño** que se cause a dichos efectos por culpa suya o de sus dependientes, o de los extraños que visitan el establecimiento, y hasta de los hurtos y robos; pero no de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo". A este respecto, asume especial importancia el caso de **incendio**: normalmente se considerará como un caso fortuito, que libera de responsabilidad al hotelero, pero si se ha producido por culpa o dolo, responderá aún de ese fortuito; tal culpa o dolo se entiende referido al mismo hotelero o a sus dependientes, en ningún caso, al pasajero.

Refuerza lo dicho, el siguiente artículo: "El propietario o administrador está, además, obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserve alrededor de sí. Bajo este respecto es responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los empleados del establecimiento, **o por personas extrañas** que no sean familiares o visitantes del alojado (Art. 2148)".

77.9. De esta manera, se puede establecer que la responsabilidad del hotelero, muy amplia y que abarca aún los actos de terceros, sin **embargo se limita** en los siguientes casos: 1. Si hubo culpa del propio viajero, por ejemplo, al dejar abierta la puerta o colocar maletas en pasillos u otros lugares públicos (Art. 2151); 2. Si se produjo un caso fortuito sin culpa del personal del hotel, como el caso de un incendio que se propaga desde una casa vecina (Art. 2147); 3. Si el pasajero no declaró que llevaba objetos preciosos o no los depositó expresamente en manos del hotelero para ser especialmente custodiados, habiendo sido requerido para ello (Art. 2150); 4. Si hubo convenio expreso que liberó de responsabilidad al hotel (Art. 2152). Como explica Planiol, no descargan de responsabilidad, los simples

avisos puestos en la casa, que a lo más desplazarían la carga de la prueba al pasajero.

77.10. El contrato de hotelería es complejo, y se complica más en lo relativo a **vehículos**, que se estacionan en garajes del hotel, o simplemente se dejan a la puerta o en las inmediaciones. Se suelen establecer cláusulas especiales al respecto. Según Aubry, el hotelero también responde de las pérdidas o **deteriores** de los automóviles dejados en los sitios destinados al efecto en los hoteles.

77.11. Estas relaciones entre el hotelero y el pasajero sobre los equipajes y demás pertenencias que se presumen depositadas, son de **naturaleza civil**, aunque el negocio de hotelería sea propiamente comercial.

Sobre los aspectos administrativos, fiscales, de policía, higiene y otros semejantes, hay numerosas disposiciones en la Ley de Turismo y en el Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo.

78. El Secuestro

78.1. El **secuestro**, consiste en la entrega de una cosa mueble o inmueble en manos de un tercero, con la finalidad de su conservación, en interés de dos o más interesados, para ser devuelta a uno de ellos.

Está **definido** por el artículo 2154: "Secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga decisión judicial a su favor.- El depositario se llama secuestre". Solamente habría que objetar que, además de decisión judicial, se presenta también la arbitral, e incluso las partes en controversia pueden llegar a un mutuo acuerdo por el cual se entregue la cosa a una de ellas, por vía de transacción.

78.2. La **diferencia** entre el secuestro y el depósito ordinario, radica en que: 1. El secuestro supone la existencia de alguna controversia entre dos o más personas, y esto no es necesario en el depósito ordinario; 2. El secuestro puede referirse a bienes tanto muebles como inmuebles, a diferencia del depósito que se aplica sólo a los primeros (salvo rara excepción); 3. El secuestre no puede entregar la cosa sino con orden judicial, arbitral o bien

por acuerdo unánime de las partes en controversia; 4. La ley confiere al secuestre facultades administrativas que no corresponden habitualmente al simple depositario.

78.3. Hay **dos clases** de secuestro: el convencional o voluntario y el judicial. El primero se establece por contrato, por acuerdo de dos o más partes que resuelven dejar en poder de un tercero la cosa litigiosa; en el judicial interviene el Juez (Art. 2157).

El **secuestro judicial**, está ampliamente regulado por el Código de Procedimiento Civil, al cual se remite el Código Civil (Art. 2155). A su vez, hay que distinguir en éste, dos situaciones diversas: 1. Cuando se produce como medida cautelar, previa al juicio, o pedida durante el juicio para asegurar el cumplimiento de la sentencia; y, 2. Cuando es decretada por el Juez, pero con la finalidad principal de resguardar o conservar la cosa disputada.

Cuando se **discute la propiedad** misma de la cosa, no hay razón especial para que esté en manos de uno u otros litigantes, y esto justifica por sí solo el secuestro, aunque ambas partes sean solventes y haya razón para confiar en que cumplirán lo que ordene la sentencia.

El caso más típico de secuestro judicial de esta índole es el señalado en el artículo 945 del Código Civil: "Si **reivindicándose** una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir el secuestro; y el poseedor estará obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir". Aquí aparece con claridad que la orden del Juez se da en una controversia, a petición de parte, y aún se cuenta con que la otra parte ha de consentir, ya que puede oponerse al secuestro dando garantía suficiente.

Si, en cambio, no se discute la propiedad, sino la **posesión**, en principio se ha de respetar la de quien actualmente la tenga, y si esto mismo fuere dudoso, sería razonable decretar el secuestro.

78.4. Como medida preventiva o **cautelar**, el secuestro puede ser ordenado por el Juez, siempre que lo pida una parte que va a litigar o está litigando y demuestre: 1. Que la cosa, cuyo depósito pide, realmente pertenece a la

otra parte en controversia; 2. Que pruebe, con prueba instrumental, la existencia del crédito; y, 3. Que pruebe que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado, que o puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos (Art. 899 Código de Procedimiento Civil).

En el trámite procesal, se prevé el decreto de secuestro **provisional** y el definitivo. El primero se ordena por el Juez, tan pronto como es solicitado, dando tres días para presentar pruebas, después de lo cual dará la resolución definitiva.

Las medidas cautelares **caducan** en quince días, si no se inicia el juicio correspondiente, o cuando durante el juicio no se impulsa el mismo durante treinta días, debiendo hacerlo la parte que solicitó el secuestro (Art. 923 Código de Procedimiento Civil). Con estas disposiciones se tiende a evitar que se mantenga por mucho tiempo una situación de incertidumbre y contraria a la libre circulación de la propiedad.

78.5. Podría hablarse también de una especie de secuestro, **legal**, en el sentido de que el Juez debe decretarlo por disposición de la ley. Esto sucede en la demanda de separación conyugal, en el que el Juez toma, a petición de los cónyuges cualquier medida que estime conducente a la seguridad de los bienes, mientras dure el juicio[4].

78.6. Cuando el secuestro judicial se refiere a bienes inmuebles, se ha **de inscribir en el Registro de la Propiedad**, y mientras subsista esta inscripción, no puede realizarse otra de enajenación o gravamen, excepto la venta en remate forzoso.

78.7. Abundantes **sentencias de la Corte Suprema** han recaído sobre asuntos relativos al secuestro judicial y precisan algunos extremos de la cuestión; se relatan a continuación algunas de ellas.

---

[4] La institución de la Separación Conyugal Judicialmente Autorizada, fue derogada por grave error e injusta disposición de la Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, dejando a los cónyuges en la indefensión, en una situación mucho peor que la de quienes viven en unión libre: si tienen que separarse los cónyuges, no pueden ahora recurrir a un procedimiento civilizado, judicial, sino que han de hacerlo "de hecho", sin ninguna seguridad ni para sus personas ni para sus hijos ni para sus bienes.

El actor que pide secuestro **preventivo**, "debe probar que la cosa pertenece al demandado", pero esto evidentemente no se aplica si se discute precisamente esa propiedad. No cabría que el actor, de entrada, le dé la razón al demandado.

El demandado el secuestro por una parte, se puede oponer la otra demostrando buen estado de sus negocios. En el caso: el demandado tiene una cuenta corriente bancaria con movimientos diarios de seis cifras y es propietario de una casa, por lo cual el tribunal niega la petición de secuestro.

Para el secuestro definitivo se requiere probar: mal estado de los negocios y que el demandado trata de vender, etc., sin estos dos requisitos, no cabe secuestro definitivo.

Para decretar el secuestro, se debe haber probado el mal estado de los negocios y que los bienes pueden ocultarse, enajenarse o desaparecer: conjuntamente lo primero y lo segundo; no basta la posibilidad de enajenar. Este razonamiento de la Corte se funda en el texto del Código de Enjuiciamiento Civil de 1869 y su reforma de 1879. En igual sentido hay varias sentencias de épocas diversas.

No se presume "mal estado de los negocios" por cualquier hecho de enajenación; el traspaso de acciones de una compañía, de unos a otros, no cambia la situación patrimonial de dicha compañía anónima, ni da motivo para decretar secuestro de bienes.

El secuestro preventivo no es objeto de casación. Se dicta dentro de un trámite especial, que no pone fin a un proceso principal sino a uno accesorio, por lo que no puede dar lugar a recurrir de casación. La resolución sobre secuestro es final, pero no definitiva.

El actor logró el secuestro provisional y, posteriormente, el embargo del mismo bien, por lo que debe cancelarse el secuestro: no caben dos medidas cautelares sobre el mismo bien y a petición del mismo acreedor; sí son admisibles, a petición de distintos acreedores.

78.8. Atribuciones del secuestre

Los deberes y obligaciones del secuestre son **más amplios** que los del depositario: en principio asume las mismas responsabilidades que el común guardador de bienes ajenos, pero está sometido a la vigilancia del Juez, debe cumplir sus órdenes, y ha de perseverar en el cargo hasta la terminación de la controversia, asumiendo especiales obligaciones de administración de los bienes recibidos.

Una sentencia afirma: "El depósito judicial es la institución que por el Ministerio de la Ley crea derechos y obligaciones, asimilándose en sus efectos al contrato estatuido en el artículo 2120 del Código Civil y siguientes. Consiguientemente, el depositario debe rendir **cuentas y entregar** la cosa en el estado en que le fue dada, demostrando que su administración ha sido eficiente, respondiendo, al no especificar su causa sólo por **culpa grave**".

También existe disposición judicial sobre el **uso** de la cosa secuestrada, que no puede significar un provecho para el secuestre, pero sí es razonable admitir como medida de conservación, como sucede en el caso de un automóvil, moderadamente usado para que no se deteriore.

Nada impide para que el propietario, o quien se considera tal, contrate **guardianes** o tome otras medidas complementarias de seguridad para la cosa secuestrada, corriendo con los gastos correspondientes, ya que es lícito que cada uno proteja sus intereses.

Aunque el depositante es un mero tenedor, el secuestre tiene la facultad de **defender** la cosa, iniciando, si fuere del caso una reclamación de policía o una acción judicial contra cualquier persona que se hubiere apoderado o pretendiere apoderarse del secuestro, sean extraños al litigio o cualquiera de las partes litigantes (Art. 2159). Solamente puede entregar la cosa, con decreto del Juez, o con el consentimiento de la otra parte litigante.

Las atribuciones del secuestre se asimilan a las de un **mandatario**, para la **administración** de la cosa, con la peculiaridad de que el mandante es momentáneamente incierto: se concretarán sus derechos y obligaciones el momento en que exista sentencia ejecutoriada que le asigne la cosa depositada.

El depositario de una empresa embargada no es responsable por la **insolvencia** de los deudores de dicha empresa, de la cual él ha sido administrador.

La obligación de **permanecer en el cargo** de secuestre es más apremiante que la que tiene el simple depositario, pues solamente "podrá exonerarse de su cargo, por una necesidad imperiosa, de que dará aviso a los depositantes, si el secuestro fuere convencional, o al Juez, si fuere judicial, para que dispongan de su relevo" (Art. 2161), de donde se deduce que no puede abandonar la cosa, mientras no sea realmente reemplazado: si lo hiciere, se haría responsable de cualquier perjuicio, aún sin culpa expresa.

La terminación del secuestro, se produce cuando se ejecutoría la sentencia adjudicando la cosa a quien correspondiere, según dispone el artículo 2162. También termina por acuerdo entre las partes litigantes o por laudo arbitral que se equipare a sentencia ejecutoriada. Finalmente, en el caso de secuestro ordenado como medida cautelar, puede extinguirse por caducidad, en los casos ya mencionados, o bien, por auto del Juez siempre que considere que no hay lugar a dicho secuestro o bien admitiere las garantías sustitutivas, presentadas por el dueño o poseedor de la cosa.

Todo lo relativo al trámite de entrega de la cosa, rendición de cuentas, pago de indemnizaciones, etc., se sujeta a las normas del Código de Procedimiento Civil, tal como ordena el artículo 2162 del Código Civil.

CAPÍTULO VII
LA FIANZA

79. Definición

79.1. Ya en el Título Preliminar de nuestro Código se menciona la fianza, a propósito de las definiciones de varias palabras de uso frecuente en las leyes. El artículo 31 define el género al que pertenece la fianza, la **caución**: "Caución significa cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca". Existen otras cauciones, como el juramento, la cláusula penal, la solidaridad, las arras, especiales prendas de comercio, agrícolas o industriales, los seguros de crédito o de cumplimiento de contrato, el aval, etc. Sin embargo, la fianza, que se cita como la primera especie de caución, se puede considerar el prototipo. A veces, se emplea la palabra caución como sinónimo de fianza, pero esto es erróneo, pues la fianza es solamente una de las especies en que se divide el género "caución".

79.2. La fianza es, efectivamente, una caución; aquella caución de índole personal (no real, como la prenda o la hipoteca), y que se confiere en seguridad de una obligación ajena (no propia).

79.3. El **artículo 2238 define** así la fianza: "Es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple".

En un segundo inciso se agrega una distinción o clasificación de la fianza: "La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador". Este agregado a la definición, más bien introduce un elemento de oscuridad, porque el fiador contrae una obligación hacia el acreedor, y esta utilidad o favor "del deudor principal", no pertenece a la esencia de la

fianza: ésta resulta indudablemente útil al deudor, quien muchas veces no podría por ejemplo, conseguir un préstamo sin la fianza, pero la garantía se da en beneficio directo de acreedor, no del deudor. El Código simplemente se refiere a la fianza simple, directa o principal, y a la subfianza o fianza dada a favor de un fiador: garantía del garante.

79.4. La definición de nuestro Código, dice todo lo que tenía que decir, con claridad y precisión. Las definiciones del Código Napoleónico, y de otros más modernos, coinciden substancialmente con la nuestra.

79.5. También la **doctrina**, no aporta mayores precisiones a este respecto. Por ejemplo, De Diego define así: "aquel contrato por el que una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga subsidiariamente al cumplimiento de una obligación principal". En esta fórmula se agrega el concepto de "contrato", que no figura en nuestro artículo 2238, probablemente para dejar abierto el paso a la fianza legal y la judicial, pero ya veremos que aún en éstas, no deja de existir un acuerdo de voluntades, una convención o contrato. Rojina Villegas define la fianza como: "Contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace". En esta fórmula se destaca con mayor vigor que la relación se establece entre el fiador y el acreedor, como realmente es así, y se mencionan algunas características de la obligación que también son verídicas.

79.6. El **contenido** de la obligación del fiador, en principio es el mismo que el de la obligación principal del deudor hacia el acreedor, pero se convierte en obligación de pagar en dinero, cuando la obligación principal ha sido de dar una cosa distinta o hacer una obra y llegan a ser imposibles esas prestaciones de dar o de hacer.

79.7. Los **elementos** que entran en la relación de fianza son: 1. El consentimiento de las partes, que son el fiador y el acreedor (no es parte el deudor, quien puede ignorar y hasta oponerse infructuosamente a la fianza) 2. Una deuda, para cuya seguridad se cauciona; 3. El compromiso personal de pagar la obligación de un tercero; y, 4. La limitación del compromiso al caso de que el deudor no cumpla su obligación.

80. Caracteres de la fianza

Las **características** de la fianza son las siguientes:

80.1. La fianza es obligación **accesoria** de otra obligación que es principal. La accesoriedad de la fianza es esencial y marca todo el complejo de relaciones que origina.

Esta relación accesoria, además, se ha de referir necesariamente a una obligación principal **ajena**, es decir, una obligación que no es exigible al fiador, sino que pertenece a otra persona, un deudor distinto. El fiador asume la obligación de otro, de manera accesoria.

80.2. La primera consecuencia de este carácter accesorio, consiste en que la fianza sigue la **suerte de lo principal**: si la obligación principal es nula, también lo será la fianza; si se rescinde, deja de existir la fianza; si se extingue de cualquier manera, también la fianza termina (con alguna rara excepción).

La agravación de la obligación principal, con posterioridad a la constitución de la fianza, no afecta a ésta.

Otra derivación del carácter accesorio, consiste en que el fiador no se **obliga nunca a más** de lo contenido en la obligación principal, lo que genera otra característica: la limitación de la fianza.

El poder conferido a una persona para administrar bienes, según ha dictaminado una sentencia de la Corte Suprema, no abarca la facultad de constituir fianzas a favor de terceros "porque tal contrato accesorio no es acto de administración de bienes del mandante, y por lo mismo, el mandatario necesita de cláusula especial; pues la fianza es considerada por la ley como contrato de mayor gravedad que la enajenación de bienes".

80.3. El carácter accesorio de la fianza **no se puede suprimir**: si dejara de ser accesoria, la obligación a favor de tercero, ya no sería fianza, sino otra suerte de obligación, por ejemplo una obligación principal de dos o más sujetos, codeudores. No se desvirtúa, en cambio, la fianza, por el hecho de asumirse con el carácter de **solidaria**, como explica Aubry, no quita a la

caución el carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La caución solidaria queda, salvo la privación del beneficio de excusión, y en su caso del de división, sometida a las reglas de la fianza simple.

80.4. Por ser una obligación accesoria, abarca normalmente lo mismo que la principal: si ésta comporta el pago de **intereses**, también se obligará a ellos el garante (salvo expresa exclusión). Así lo ha reafirmado la jurisprudencia.

80.5. Si el acreedor **cede** su crédito, con él se traslada la fianza, por ser accesoria. Pero si el deudor es sustituido por otro, cesa la fianza, salvo que expresamente consienta el fiador en continuar afianzando al nuevo deudor.

80.6. Lorenzetti observa que el carácter accesorio de la fianza, se entiende en el sentido rigurosamente jurídico y no tiene que ver con el **tiempo**, ya que la fianza puede ser anterior, simultánea o posterior a la obligación principal.

80.7. Esta obligación accesoria, es además, normalmente **unilateral**: solamente el fiador se obliga, garantiza el cumplimiento del deudor principal. El fiador contrae esta obligación hacia el acreedor, y el acreedor, nada debe por ello al fiador. La fianza no crea por sí misma ninguna obligación ni del deudor principal, ni del acreedor; cuestión muy diversa, será que surjan responsabilidades por motivo del cumplimiento o del incumplimiento de la fianza, que afectan al deudor o al acreedor o a ambos.

80.8. Por regla general, la fianza es **gratuita**, y esto va unido al carácter unilateral, el mismo que puede desvirtuarse y convertir la fianza en contrato bilateral, si se pacta **un precio**, recompensa u otra ventaja material a favor del fiador. Cuando es el deudor principal quien paga esta recompensa a quien le garantiza, no se desvirtúa la fianza, ya que como hemos dicho solamente vincula de modo directo al fiador con el acreedor. En cambio, si es el acreedor quien paga por la fianza, como observa Borda "en tal caso este contrato se aproxima tan estrechamente al de seguro, que resulta difícil distinguirlos y parece razonable aplicarle por analogía las reglas legales de éste último".

El **artículo 2244** establece que: "El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta". En cambio, nada dice el Código sobre el mismo pacto, con el acreedor: entendemos que esta convención es legítima, pero desvirtuaría la fianza, y la convertiría en un contrato de seguro, en un contrato aleatorio, sujeto al azar de que el deudor principal cumpla o no cumpla su obligación.

80.9. La fianza tiene carácter **subsidiario**: la obligación del fiador solamente es exigible a falta de cumplimiento de la obligación principal, de la del deudor. Hay dos obligaciones, pero la del fiador se hace efectiva únicamente cuando el deudor principal no cumple o se halla en situación en que será imposible que cumpla.

La **intención de las partes** determina si realmente se establece una fianza o si se contrae una deuda ajena como codeudor principal. Así, algunas expresiones resultan ambiguas y dan origen a litigios sobre la naturaleza de la obligación contraída. Una antigua sentencia de nuestra Corte Suprema declaró que la frase "quedamos de fiadores y llanos pagadores de la cantidad arriba expresada, haciendo propia la deuda ajena" corresponde al concepto de fianza y no a la constitución de codeudor solidario; sin embargo, un valioso voto salvado sí consideraba que la referida expresión implicaba hacerse deudor solidario.

El carácter de obligación subsidiaria origina el **beneficio de excusión** que tiene por regla general el fiador. Por este beneficio, el fiador puede exigir que primeramente se cobre al deudor principal y se ejecuten los bienes de éste y solamente, si no es posible o no son suficientes, pagará el fiador con los suyos. Este privilegio de excusión es renunciable y entonces el acreedor puede ejecutar directamente los bienes del fiador, sin agotar antes el patrimonio del deudor principal. Si el fiador se constituye deudor solidario, implícitamente renuncia al beneficio de excusión y la obligación deja de ser subsidiaria.

80.10. El fiador garantiza una **obligación determinada**, que generalmente ya existe; y si aún no ha surgido la obligación principal del deudor, el fiador no contrae ninguna obligación sino a partir del momento en que exista la obligación principal.

El fiador no se obliga a cumplir la **obligación principal**, ni asume la obligación de hacer que la cumpla el deudor principal, sino que garantiza que el acreedor quedará reintegrado de su crédito. Esto ordinariamente significará pagar lo adeudado, o dimitir bienes para que se ejecute en ellos lo debido.

La determinación de aquello a lo que se obliga el fiador admite, por consiguiente, ciertos grados de mayor o menor precisión, pero no cabe una fianza totalmente indeterminada.

80.11. La **extensión** o amplitud de la fianza, deriva de la determinación de ella en el contrato, es decir, de la voluntad de las partes; pero, con ciertos límites. No se admite que el fiador se obligue a más del contenido de la obligación principal. Sí es admitido, en cambio, que las partes reduzcan a cierto límite la obligación del fiador; así, por ejemplo, en un contrato por el cual el deudor se compromete a plantar mil árboles, cabe que un fiador responda por la plantación de hasta seiscientos, o por el pago del precio en que se estime este servicio.

La limitación de la fianza no se refiere únicamente a la **cuantía** de la obligación principal, sino a todas sus **circunstancias**. Así, el fiador no puede garantizar por un tiempo mayor que el que obliga al deudor, o comprometerse a pagar intereses que no debe el deudor principal.

El **artículo 2245** impone esta limitación de la fianza: "El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos". Y en el artículo 2249 se insiste: "La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciere al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre le primer requerimiento y la intimación antedicha".

La **responsabilidad** del fiador también es limitada, aunque muy amplia: "El fiador es responsable hasta de la culpa leve en todas las prestaciones a que estuviere obligado", dice el artículo 2253. Es decir que se excluye la responsabilidad por culpa levísima. Pero se extiende "a todas las prestaciones a que se hubiere obligado".

80.12. Generalmente, la fianza es **gratuita**, por lo cual, cuando se estipula que el fiador reciba una remuneración, bajo cualquier forma (una sola cantidad, asignaciones periódicas fijas o proporcionales a los pagos, etc.), el contrato se convierte en bilateral y es conmutativo, porque las ventajas que se procuran las partes no dependen del azar; aunque haya un elemento de incertidumbre: si no cumple el principal; pero esto origina más bien una obligación condicional: si no cumple el principal, pagará el fiador.

Si se mantiene el carácter gratuito, el contrato no es oneroso, sino de beneficencia. Sin embargo no se ha de considerar como una donación. Expresamente lo dice el artículo 1413: "No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador". Tampoco hay donación en exonerar de sus obligaciones a un fiador.

80.13. Otra característica general de la fianza consiste en que es **transmisible** a los herederos del fiador, como lo establece expresamente el artículo 2254. A este carácter de transmisible, puede sumarse el pacto que haga indivisible la obligación aún por parte de los herederos, aunque éstos sean múltiples. Tal cláusula es frecuente en las obligaciones cambiarias y en los avales.

81. Figuras análogas a la fianza

81.1. Señalaré brevemente algunos casos en que la fianza se desvirtúa, otros contratos que tienen algo en común con la fianza y aquellos propios del derecho comercial que constituyen verdaderas fianzas similares a la civil.

81.2. Desde luego, guardan una relación notable con la fianza, las otras especies del mismo **género caución**, esto es, la prenda, la hipoteca, la anticresis, las arras, etc. La diferencia fundamental consiste en que la fianza es obligación personal, derecho personal, que no grava determinados bienes del sujeto, mientras que las otras, constituyen obligaciones reales a las que se afectan o destinan ciertos bienes muebles (en la prenda, arras, etc.), o inmuebles (en la hipoteca o la anticresis).

81.3. Borda señala tres figuras que, manteniendo cierta semejanza con la fianza, no se identifican con ésta: 1. La **obligación subsidiaria**, la cual aunque frecuentemente funciona como garantía, es directa y principal res-

pecto de los obligados. En ciertos contratos de hacer, si no cumple uno, el acreedor se reserva el derecho de exigir la misma prestación a otro, siendo ambos igualmente obligados; 2. La delegación imperfecta o **asunción de deuda**: se da cuando una persona asume la deuda de otra, que no es liberada por el acreedor (ya que en este último supuesto habría cesión); la distinción con la fianza es clara, porque el acreedor puede demandar el cumplimiento al que asumió la deuda, sin necesidad de hacer excusión de los bienes del primer deudor; 3. Las **cartas de recomendación**, en las que el recomendante no asume ninguna obligación, aunque puede llegar a tener responsabilidad, por haber obrado de mala fe.

"La obligación de pagar una cosa que no sea dinero, en lugar de otra cosa o de una cantidad de dinero, no constituye fianza", dice el inciso 4° del artículo 2245, y podría calificarse de una obligación subsidiaria.

81.4. Lacruz, considera, entre otras, la figura del **mandato de crédito**, ya conocido en el Derecho Romano; y, con distintos perfiles, el seguro de crédito; en el Derecho Mercantil, el **afianzamiento mercantil y el aval cambiario**.

En cuanto al **afianzamiento mercantil**, en nuestro Código de Comercio, solamente se le dedican cuatro artículos (Arts. 602 a 605). En el primero, se declara que la fianza es mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante, si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil. Dos diferencias fundamentales se señalan, frente a la fianza civil: la comercial necesariamente se celebra por escrito y el fiador responde solidariamente, como deudor principal (no puede, por consiguiente, invocar los privilegios de excusión ni el de división). No tiene, en cambio, ninguna trascendencia el artículo 604, que permite al fiador estipular una retribución por la responsabilidad que toma sobre sí, ya que esta misma norma se encuentra en el artículo 2244 del Código Civil; salvo que se quiera ver en el texto mercantil una autorización para contratar esta remuneración a cargo del acreedor, puesto que el Código Civil solamente la permite a cargo del deudor principal.

81.5. Lorenzetti enumera once "garantías especiales": 1. Las obligaciones solidarias: varios deudores responden con su patrimonio, cada uno por la totalidad; 2. La hipoteca, que es derecho real; 3. La prenda, contrato que

origina un derecho real mobiliario; 4. El aval, garantía abstracta, de título-valor, pertenece al derecho comercial; 5. Seguros de garantía o caución, regulados por leyes especiales; 6. La cesión de créditos en garantía; 7. El fideicomiso en garantía, muy usado en los contratos de índole administrativo; 8. El *leasing*, que hemos mencionado al hablar del arrendamiento y que consiste básicamente en un arriendo con promesa de venta; 9. El *factoring*, por el que se ceden en globo, muchos créditos en garantía mobiliaria de otra obligación; 10. Las garantías "a primera demanda", que no es contrato, sino acto unilateral de garantía: un sujeto se obliga a pagar cuando otro lo pida (beneficiario); el fiador aquí renuncia a toda excepción y la obligación es abstracta; se asemeja a la cláusula penal o al contrato a favor de terceros; 11. Las garantías autoliquidables: su ejecución se efectúa extrajudicialmente; se vende la prenda en pública subasta y el acreedor puede intervenir con posturas; se admite también la venta privada de cosas de ínfimo valor; equivale a los *warrants* o remate de bienes en aduanas o la venta en la bolsa de títulos de crédito dados en prenda. Esta gran variedad de garantías se han incorporado al Derecho argentino que integra el civil con el comercial.

81.6. Planiol, indica que no se deben confundir con la fianza, los siguientes contratos: 1. El contrato de *porte fort*, por el cual una de las partes se obliga a traer al contrato la ratificación de un tercero. Aquí sólo se promete una indemnización en caso de que el otro se negare a adherirse al contrato. En la fianza hay una obligación accesoria, mientras que en el *porte fort* se contrae una obligación para otro, si éste se adhiere. (Pienso que sería más bien un caso de agencia oficiosa); 2. El seguro de crédito: en el que hay una obligación distinta de la garantizada y bilateral; 3. El pacto de *ducroire* y el reaseguro, en los que igualmente hay una obligación independiente; 4. El aceptante de una letra de cambio: también se obliga a título principal, no accesorio; 5. La delegación: no un fiador, sino un obligado principal; 6. La garantía que resulta de la responsabilidad contractual o extracontractual; 7. El representante responsable de los derechos y multas adeudados por una sociedad extranjera, está obligado principalmente, no accesoriamente, ante el Fisco, y por tanto no es fiador.

Para estos mismos autores, sí tienen carácter de fianza las siguientes relaciones: 1. La obligación del comisionista de transporte en cuanto a la garantía de las obligaciones del porteador; 2. El "crédito confirmado" abierto por un banquero a favor de un vendedor de mercancías a petición del

comprador; 3. El aval de la letra de cambio; 4. Las obligaciones de las Cajas del Seguro Social, en cuanto a los empleadores responsables de accidentes de trabajo.

82. Clases de fianzas

82.1. La fianza se ha conformado y se ha regulado ampliamente en el ámbito del Derecho Civil, de suerte que el Derecho Comercial ha recogido todas estas disposiciones o se remite a ellas.

Por otra parte, en el campo mercantil han surgido numerosas nuevas figuras de garantías, algunas de ellas de carácter personal, como lo es la fianza, y ya se han enumerado en el punto anterior. Entre ellas, cabe destacar el **aval**, que pertenece al Derecho cambiario y estuvo inicialmente regulado por el Código de Comercio, hasta la promulgación de la Ley de Títulos de Crédito, la misma que fue derogada un año más tarde, volviéndose al texto. También el fideicomiso mercantil tuvo vigencia solamente por unos años (entre 1993 a 1998). Aquí nos concretamos únicamente a las clases de fianza civil.

82.2. El afianzamiento supone siempre un acto de libre voluntad de quien lo otorga. Si esa voluntad es coincidente con la del acreedor que acepta la fianza, se produce un **contrato de fianza**. Pero ésta puede surgir también de una exigencia de la ley, en ciertas circunstancias y a ciertas personas, o bien de un decreto judicial que la imponga, en estos casos, no hay propiamente un contrato, si bien el que preste la fianza ha de darla voluntariamente. Hay, pues que distinguir la fianza espontánea, que origina un contrato, y la fianza obligatoria, por mandato de la ley o del Juez; estos dos últimos tipos de fianza se suelen llamar **fianza legal** y **fianza judicial**.

82.3. Examinemos los casos en los que nuestro Código exige rendir fianza: Están obligados por ley, a prestar caución los **poseedores provisionales** de los bienes del desaparecido (Art. 75) y esta caución se cancela cuando regresa el desaparecido o bien si se confiere la posesión definitiva de sus bienes (Art. 76).

El artículo 399 ordena que antes del discernimiento de la tutela o curaduría, el **guardador** rinda fianza o caución. Debería decir, "u otra

caución", ya que la fianza también es una caución. Se exceptúa de esta obligación solamente al cónyuge, los ascendientes o descendientes del pupilo, y a los curadores interinos o especiales para un negocio jurídico sin administración de bienes; puede ser relevado de la obligación el guardador cuyo pupilo tenga muy escasos bienes o el curador fuere persona "de conocida probidad y de suficientes facultades para responder de ellos" (Art. 400). El Juez puede aceptar, en lugar de la fianza, hipoteca, prenda comercial, agrícola o industrial u otra caución suficiente (Art. 401). No se admite la excusa del guardador con el pretexto de no hallar fiadores, si es que tiene bienes; en este caso, está obligado a constituir hipoteca, o prenda comercial, industrial o agrícola u otra caución suficiente a juicio del Juez (Art. 536).

El **propietario fiduciario**, a diferencia del usufructuario, no está obligado a prestar caución, sino en virtud de sentencia de Juez, que así lo ordene como providencia conservatoria (Art. 768). En principio se ha de confiar en el propietario, puesto que realmente las cosas son suyas mientras no tenga que restituirlas, y la medida cautelar, solamente se justifica en casos especiales en que lo solicite el fideicomisario, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario (Art. 774). Tampoco tienen esta obligación **ni el usuario ni el habitador**, porque se trata de derechos menos amplios y que se ejercitan bajo la vigilancia del propietario (Art. 827).

En cambio, el **usufructuario** no puede tener la cosa ni administrarla, antes de haber rendido caución (Arts. 789; 790; 791). Si los acreedores del usufructuario pidieren que se embargue el usufructo, tendrán ellos que rendir caución de conservación y restitución a quien corresponda (Art. 817) ya que subrogan al usufructuario.

El vecino del **edificio que amenaza ruina**, cuando el daño que se teme no fuere tan grave como para pedir la inmediata demolición, puede contentarse con exigir la caución, como ordena el artículo 976.

El **asignatario** de herencia o legado, bajo condición negativa (de no hacer algo que depende de la voluntad del asignatario), debe rendir caución para recibir el objeto que le corresponde. No hay esta misma obligación cuando se trata de asignación modal (Art. 1119), ni en el caso de donación revoca-

ble (en la que el donatario se equipara a un usufructuario), salvo que lo exigiere el donante (Art. 1167).

No está obligado a prestar caución el administrador de la **herencia yacente**, "salvo que haya motivo para temer que bajo su administración peligren los bienes" (Art. 1263). Tampoco están obligados a caución los socios cuando uno de ellos ha fallecido y continúan los demás administrando los bienes sociales (Art. 1277) También en este caso no se trata de bienes totalmente ajenos, sino pertenecientes a la sociedad de la que forman parte y que tienen derecho de administrar.

Puede exigirse fianza a **los herederos** que tengan que retardar la entrega de un legado, si se teme que se pierda o deteriore (Art. 1313). También se puede exigir caución al albacea con tenencia de bienes, en los casos de peligro de ellos (Arts. 1317; 1318). El albacea fiduciario puede ser obligado a afianzar o dejar en depósito la cuarta parte de los bienes que ha recibido, para responder eventualmente por deudas o por reforma del testamento (Art. 1336).

Los **legatarios**, para recibir sus legados antes de que se hayan pagado las deudas hereditarias, rendirán caución por la eventual contribución al pago de las deudas, que les corresponda (Art. 1390).

El **comodatario** que tenga derecho a indemnizaciones y retiene la cosa prestada, puede ser obligado a restituirla siempre que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare (Art. 2096).

Si el **dueño de una cosa dada en prenda** sin su consentimiento, la reclama, el acreedor tiene derecho a que se le sustituya la prenda o se le confiera otra caución suficiente.

Según el artículo 1886, el **arrendatario** por cuya culpa termina el arrendamiento, debe indemnizar por las pensiones del tiempo que falta para la terminación normal del contrato, pero puede liberarse, presentando otra persona que pueda continuar en el arrendamiento, rindiendo fianza.

Renovado el **arrendamiento**, las fianzas y las prendas o hipotecas constituidas por terceros no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación (Art. 1898).

La **insolvencia del arrendatario** no pone fin necesariamente al arrendamiento. El acreedor o acreedores podrán sustituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. Aquí tenemos un caso de fianza voluntaria, pero condicionada a ciertas circunstancias que confieren un derecho a los acreedores.

El **arrendatario** por cuya culpa termina el arrendamiento, debe indemnizar por las pensiones del tiempo que falta para la terminación normal del contrato, pero puede liberarse, presentando otra persona que pueda continuar en el arrendamiento, rindiendo fianza (Art. 1886).

Renovado el **arrendamiento**, las fianzas y las prendas o hipotecas constituidas por terceros no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación (Art. 1898).

La **insolvencia del arrendatario** no pone fin necesariamente al arrendamiento. El acreedor o acreedores podrán sustituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. Aquí tenemos un caso de fianza voluntaria, pero condicionada a ciertas circunstancias que confieren un derecho a los acreedores (Art. 1909).

El **arrendador de un predio rústico** que se esté deteriorando, puede exigir fianza al colono o arrendatario, que le asegure (Art. 1921).

Las **leyes administrativas** contienen varias disposiciones sobre exigencia de fianzas para obtener concesiones o celebrar contratos con el Estado y con entidades públicas. También en el ámbito procesal, hay fianzas legales, como la que se requiere para proponer el recurso de casación (Art. 11 de la Ley de Casación).

Muchas veces la misma exigencia legal tendrá que ser urgida por el interesado y el Juez, a petición de parte, expedirá el decreto ordenando prestar fianza. Corresponde al Juez, examinar si hay motivo para exigir la fianza y también, si la persona presentada para dar tal garantía, reúne las condicio-

nes legales de capacidad y de solvencia; cuando el Magistrado aprueba la fianza, ya no se requiere que intervenga el acreedor para dar su consentimiento, pues en estas fianzas judiciales, dicho consentimiento en cierto modo es reemplazado por el decreto judicial. También puede darse el caso de que el Juez ordene rendir fianza, no por disposición de la ley, sino por existir un contrato u otro acto en el que alguien se obligó a prestarla, o porque el deudor deba presentar quien reemplace al fiador que haya caído en insolvencia, tal como ordena el artículo 2251 del Código Civil.

82.4. Además de los casos específicos, enumerados en el punto anterior (4.3), el artículo 2250, indica las **circunstancias generales** en que el acreedor puede exigir que le den fianza. Esta obligación recae sobre el deudor, quien deberá presentar la persona o personas que puedan y quieran garantizarle, y dichos candidatos serán calificados por el Juez, si no los acepta directamente el acreedor.

Dice el artículo 2250: "Están obligados a dar fianza a petición del acreedor: 1. El deudor que lo haya estipulado; 2. El deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación; 3. El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio del Estado con ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones; y, 4. El deudor que hubiere constituido válidamente patrimonio familiar sobre una parte de sus bienes, en forma tal que no quedare debidamente respaldada la deuda".

Se suma a estas cuatro causas, la del artículo 2251: "Siempre que el fiador dado por el deudor cayere en insolvencia, estará obligado el deudor a prestar nueva fianza".

Cuando el deudor está obligado a dar un fiador que garantice su obligación, sea porque se comprometió a conseguirlo, o porque se halle en algunos de los casos previstos por la ley, debe cumplir tal obligación, pero, evidentemente, se presenta la dificultad de que ha de contar con la voluntad de otra persona, del fiador; sin esa voluntad y la aceptación del acreedor -o del Juez, en su caso-, no se establece el vínculo de la fianza. Ésta será, por tanto, siempre voluntaria, aunque la voluntad esté sometida a la coacción legal y judicial.

82.5. La **diferencia** entre la fianza establecida espontáneamente mediante contrato, y la legal y judicial por otra parte, radica en este diverso origen. En cuanto a los efectos, las tres formas de fianza producen las mismas obligaciones entre las partes que intervienen y respecto del tercero que, en este contrato, es el deudor. La diferencia en cuanto a estas relaciones consiste en que no se reconoce el beneficio de excusión a los fiadores legales o judiciales, esta mayor responsabilidad que incumbe a tales garantes, se debe, según explican algunos autores, a que se pretende tutelar en mayor medida los intereses de incapaces o de personas en situación desventajosa, como el caso del ausente. El artículo 2260 señala expresamente que no se confiere el beneficio de excusión cuando la fianza "haya sido ordenada por el Juez", y así lo ha aplicado la jurisprudencia.

82.6. Se distinguen la fianza ordinaria, corriente, que implica exclusivamente una obligación personal, de la llamada **fianza hipotecaria**. Ésta se define en el artículo 2332: "La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca.- La fianza hipotecaria está sujeta, en cuanto a la acción personal, a las reglas de la simple fianza". Tenemos aquí una situación que no cambia sustancialmente la relación del fiador con el acreedor, pero confiere a éste la facilidad de cobrar su crédito por el gravamen impuesto sobre un inmueble.

82.7. Diferencia de mayor relieve es la que separa la fianza **simple** de la **solidaria**. La primera entraña el beneficio de excusión a favor del garante, quien puede señalar bienes del deudor para que en ellos se haga eficaz la obligación, y tal fiador solamente tendrá que satisfacer la deuda con sus propios bienes, a falta de solvencia del deudor principal. Por tanto, en la fianza simple, con el beneficio de excusión se limita notablemente la responsabilidad del fiador. En cambio, si asume la calidad de fiador solidario, el acreedor podrá indiferentemente ejecutar su crédito sobre el patrimonio del deudor principal o sobre el del fiador. Como explica Lorenzetti, además, el acreedor también puede dividir el cobro de su crédito, exigiendo una parte al deudor principal y otra al fiador solidario, mientras que el fiador no podría oponer la excepción de división a favor suyo, pretendiendo pagar solamente una parte de la deuda, cuando existen varios fiadores.

La fianza comercial es siempre solidaria, mientras que la civil, sigue la regla general contraria: en principio no es solidaria, sino simple.

La solidaridad en el campo civil puede provenir de **varias causas**: 1. El pacto expreso de las partes; 2. La renuncia del beneficio de excusión por parte del fiador; y, 3. La circunstancia de que el acreedor sea el Estado u otra persona jurídica de Derecho Público.

No se debe confundir la **fianza solidaria** con la obligación solidaria. Al asumir una persona la deuda solidariamente con el principal obligado, ambos son directa y principalmente responsables, y el acreedor puede cobrar a cualquiera de ellos la totalidad de la deuda, aunque también puede admitir el pago parcial de uno y otro. La fianza solidaria, en cambio, no significa otra cosa que renuncia de los beneficios de excusión y de división, pero el fiador solidario sigue siendo sólo fiador, garante, no obligado principal, por lo que su obligación conserva el carácter de accesoria y corre la suerte de la principal, así, cuando la obligación principal se hace imposible por un caso fortuito (por ejemplo la obligación de entregar una casa, que se consume por incendio), el fiador queda tan liberado como el principal obligado, puesto que su responsabilidad es accesoria y ha desaparecido la principal. El fiador solidario tiene también la facultad de pedir la liberación de su obligación en los casos que veremos más adelante, y que no dan este derecho de ser liberado al que se haya obligado solidariamente, como principal deudor y no como subsidiario.

Se discute sobre si se puede cobrar al fiador antes de interpelar al deudor principal. Según algunos, la fianza solidaria no deja de ser accesoria, por lo cual, se debe **constituir en mora al deudor**, para entonces poder cobrar al fiador; el hecho de que no haya beneficio de excusión es cuestión diversa: significa que no se podrá ejecutar el crédito en los bienes del fiador antes de agotar el patrimonio del deudor; si en la fianza solidaria, efectivamente, no hay beneficio de excusión, en cambio, no desaparece la obligación de constituir en mora al principal obligado, para entonces sí poder cobrar en los bienes de cualquiera de los dos. Una vez que se produce la mora, entonces sí, el acreedor queda en libertad de cobrar al deudor o al fiador en el orden que guste.

83. Objeto de la fianza

83.1. El objeto de la fianza consiste en la **obligación principal**, cuya satisfacción se garantiza al acreedor. La fianza accede a dicha obligación princi-

pal. Más que a una persona, se afianza, pues, una cosa, una obligación; por esto, no es parte del contrato el deudor, aunque él se beneficia con la garantía.

83.2. Es posible garantizar con fianza tanto una obligación civil como una simplemente **natural**. El artículo 2241 afirma: "La obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural", y también el artículo 1488 dice: "Las fianzas, prendas, hipotecas y cláusulas penales constituidas por terceros, para la seguridad de obligaciones naturales, valdrán".

La fianza de una obligación natural no admite el privilegio de excusión, porque no existiendo acción para exigir el cumplimiento de estas obligaciones naturales, no se podrían ejecutar los bienes del deudor por vía judicial: el acreedor puede directamente reclamar y ejecutar al fiador.

83.3. La obligación garantizada, debe ser **válida**, no habría fianza si fuera nula la obligación del deudor principal o directo. Si esta obligación fuere anulable, por existir un motivo de nulidad relativa, igualmente la fianza perdería su valor al declararse tal nulidad relativa, pero hasta ese momento se presumiría válida.

83.4. La obligación principal debe ser **determinada**, o por lo menos determinable. Cuando se afianza una obligación **futura**, la fianza solamente se hace eficaz desde el momento en que dicha obligación llega a existir y siempre que sea determinada. Hasta ese momento puede no ser determinada. La tendencia moderna consiste en proteger al fiador de una exagerada confianza y es así como el Código de las Obligaciones de Suiza, no reconoce validez a la fianza por obligaciones futuras, salvo que al menos se señale un límite o cuantía máxima. El fiador puede revocar su fianza, antes de que haya surgido la obligación principal, puesto que propiamente hasta ese momento todavía no hay fianza.

Cuando se afianza una obligación de dar o de hacer, el fiador solamente garantiza una **indemnización** equivalente a la obligación principal.

En las fianzas de entregar una cosa o realizar una obra, existirá perfecta determinación, aunque **el monto** apreciable en dinero del valor de la cosa que se ha de dar o ejecutar no sean líquidos.

83.5. "Puede afianzarse no sólo la obligación pura y simple, sino también la **condicional y a plazo**", dice el artículo 2242. Y añade, en el segundo inciso, el efecto de la fianza por obligación futura, que sería aplicable también al caso de las condicionales o a plazo: "Podrá también afianzarse una **obligación futura**, y en este caso, podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no existe; quedando, con todo, responsable para con el acreedor y para con los terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2076", o sea, como cuando termina el mandato por una causa ignorada por el mandatario.

83.6. "La fianza puede otorgarse **hasta** o **desde** día cierto, o **bajo condición** suspensiva o resolutoria" (Art. 2243). Este supuesto es muy distinto de la calidad de la obligación garantizada: ésta puede ser pura y simple y sin embargo, la fianza se someta a plazo o condición.

Pero no se admite que el plazo o la duración de la fianza sean **mayores** que el de la obligación asegurada, por el carácter accesorio propio de la garantía. Sí cabe que el fiador limite su obligación a un tiempo **menor** que el del deudor principal.

83.7. "El fiador no puede obligarse **a más** de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos" (Art. 2244). El carácter accesorio de la fianza trae esta consecuencia: no alcanzará a más de lo contenido en la obligación principal. Se aplica el principio a los variados aspectos de las relaciones jurídicas: la cuantía, las condiciones, el plazo, los intereses, multas u otros accesorios de la deuda principal, etc.

Se deriva de lo anterior, lo dispuesto en el inciso siguiente: "Puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor", es decir, que la obligación del fiador, reducida a dinero, deberá ser igual o **menor** que la obligación principal.

Dice el artículo 2246: "El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición, al modo de pago o a la pena impuesta por la inejecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse en términos menos gravosos.- Podrá, sin embargo, obligarse de un modo eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aunque la obligación principal no la

tenga.- La fianza que excede bajo cualquiera de los respectos indicados en el inciso primero, debe reducirse a los términos de la obligación principal.- En el caso de duda se adoptará la interpretación más favorable a la conformidad de las dos obligaciones principal y accesoria".

83.8. Esto se produce sobre todo en el caso de obligaciones de dar o hacer, así como en el afianzamiento por obligaciones que surjan de un **cuasidelito.** Tales prestaciones necesariamente se han de reducir al pago de una indemnización, cotizada en dinero, y no debe exceder los límites razonables del monto de la obligación principal.

Tratándose de consecuencias de un **hecho ilícito**, Lorenzetti señala acertadamente estas normas: a) Si se refiere a un hecho ya ocurrido, se deberá únicamente una indemnización; b) Un hecho futuro de carácter delictivo, no puede ser garantizado, habría objeto ilícito y sería nula la fianza; c) La responsabilidad por un cuasidelito futuro puede ser garantizada lícitamente: equivaldría a un seguro.

83.9. El tercer inciso del artículo 2245 concreta el valor de la fianza de una obligación de **hacer**: "Afianzado un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que, por su inejecución, se resuelva el hecho". Así lo afirma constantemente la doctrina.

83.10. "La obligación de **pagar una cosa que no sea dinero**, en lugar de otra cosa o de una cantidad de dinero, no constituye fianza", dice el inciso 4° del artículo 2245. Este supuesto podría calificarse de obligación sustitutiva o alternativa, o de prenda, en ciertos casos.

84. El sujeto de la fianza

84.1. Aunque en este contrato hay únicamente **una parte que se obliga**, esto es el fiador, se debe considerar la capacidad y el consentimiento de ella y también del acreedor que acepta la fianza, así como, indirectamente, interesa también la persona del deudor si bien no es parte de este contrato.

84.2. Se puede afianzar a una persona aunque ella **no lo sepa** y aún en el caso de que se **oponga**, puesto que, no siendo parte del contrato no tiene derecho de impedir que se garantice a su acreedor; además, en ningún caso

le puede resultar perjudicial la intervención del fiador, ya que no le obliga a nada nuevo. Dice el artículo 2247: "Se puede afianzar sin orden y aún sin noticia y contra la voluntad del principal deudor". Se da por supuesto, que el fiador en algunos casos, obrará **cumpliendo un mandato** del deudor, y entonces sí existirá una relación entre fiador y deudor, pero esa relación será la que provenga del mandato y de su cumplimiento. Puede no haber mandato, y actuar el fiador como un agente oficioso, o simplemente como un benefactor, que quiere ayudar o facilitar el negocio del deudor, que tal vez no obtendría el crédito sin su fianza.

84.3. También se considera la condición jurídica del deudor en cuanto la fianza solamente cabe respecto de obligaciones existentes y válidas: si la obligación principal es **absolutamente nula**, no valdrá la fianza; y será absolutamente nula la obligación principal si quien pretende contraerla es absolutamente incapaz. Así lo dispone el artículo 1463: "Los actos de los absolutamente incapaces (impúberes, dementes interdictos y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito) no admiten caución, pues sus actos son absolutamente nulos y no producen ni obligación natural".

84.4. No hay inconveniente para afianzar a los **relativamente incapaces**, porque su deficiencia jurídica se completa con la autorización o intervención de un representante legal o del Juez, con lo cual los actos son válidos y admiten garantía. Tal es el caso de las personas jurídicas y el artículo 2248 se refiere expresamente a ellas, añadiendo también el caso de la herencia yacente, aunque ésta no es persona jurídica, si bien actúa a través de un representante: "Se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente".

84.5. En cuanto a la **capacidad para dar la fianza**, se rige por las reglas generales: se requiere ser capaz de contraer obligaciones.

El incapaz puede obrar por medio de representante legal pero hay una especial protección de los incapaces, en cuanto el artículo 429 de nuestro Código Civil prohíbe que "el pupilo pueda obligarse como fiador sin previa **decisión judicial**, la que sólo puede darse cuando la fianza fuere a favor del cónyuge, o de un ascendiente o descendiente, y por causa urgente y grave".

84.6. Los representantes legales de los incapaces, tienen varias limitaciones de sus facultades de disposición y administración, tales como la enajenación de inmuebles, pero no se enumera en nuestro Código, la facultad de afianzar en nombre del hijo o pupilo. Buena parte de la duda que se presenta, se despeja por la disposición del artículo 429, que exige que el pupilo sea autorizado por el Juez, y solamente para conferir fianza a las personas más allegadas; ahora bien, no sería de ningún modo admisible que un padre o un tutor establezcan en nombre del hijo o pupilo una caución a favor de ellos mismos.

84.7. Los **mandatarios** necesitan de poder o cláusula especial para obligar como fiadores a sus mandantes.

84.8. Un **cónyuge** puede afianzar la deuda del otro, puesto que la fianza no es contrato entre el fiador y el deudor, sino con el acreedor, un tercero, y no alcanza a esta relación la prohibición de contratos entre los cónyuges, que por lo demás, actualmente ha quedado en muy poco contenido.

84.9. En cuanto al **consentimiento**, no hay prácticamente nada especial en materia de fianza. Hay que advertir solamente, que la voluntad de afianzar origina el contrato únicamente una vez que el acreedor acepta, y por lo tanto, hasta ese momento, el fiador podría retractarse.

84.10. El Código habla de **obligación de afianzar**, refiriéndose a quien precisamente no es parte del contrato de fianza: el deudor. Esta obligación del deudor, depende de otras situaciones o relaciones y origina un deber distinto del propio de la fianza. Si el obligado a "dar fianza", no lo hiciere, quien tiene el derecho de exigirle esta garantía, podría no conceder el préstamo o no celebrar el contrato con el deudor, o si ya celebró algún contrato, resolverlo por el incumplimiento de esta obligación de dar fianza.

84.11. Las **circunstancias** en que se produce esta obligación de conseguir un fiador están enumeradas en los artículos 2250 y 2251. Dice el primero: "Están obligados a dar fianza a petición del acreedor: 1. El deudor que lo haya estipulado; 2. El deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación; 3. El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio del Estado con ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes

para la seguridad de sus obligaciones; y, 4. El deudor que hubiere constituido válidamente patrimonio familiar sobre una parte de sus bienes, en forma tal que no quedare debidamente respaldada la deuda".

"Art. 2251.- Siempre que el fiador dado por el deudor cayere en insolvencia, estará obligado el deudor a prestar nueva fianza".

Se desprende de estos textos, que la ley confiere al acreedor el derecho de pedir una fianza, siempre que corre peligro su crédito, y esto puede ser desde el momento en que se constituye la relación con el deudor, o por una circunstancia sobreviniente, como son los casos de insolvencia del fiador, o de temor de que el deudor se ausente al extranjero. Esto último resulta bastante subjetivo y de difícil apreciación: corresponderá al Juez aquilatar la seriedad de tales temores.

84.12. El obligado a buscar y conseguir un fiador, debe presentar una persona apta y que esté dispuesta a comprometerse. El artículo 2252 señala las **cualidades** que ha de tener el presentado para rendir fianza: "El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal, que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado o elija domicilio dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte Superior.- Para calificar la suficiencia de los bienes, sólo se tomarán en cuenta los inmuebles, excepto en materia comercial o cuando la deuda afianzada es módica.- Pero no se tomarán en cuenta los inmuebles embargados o litigiosos, o que no existan en el territorio del Estado, o que se hallen sujetos a hipotecas gravosas o a condiciones resolutorias.- Si el fiador estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aún los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se tomarán éstos en cuenta".

En definitiva, se requiere que el fiador sea suficientemente **solvente**, con una fortuna **estable**; por eso, se aprecia fundamentalmente la propiedad de inmuebles no gravados.

85. Forma y Prueba

85.1. "La fianza no se presume", dice el artículo 2249, conforme con las disposiciones similares de otros derechos y con la doctrina unánime.

85.2. No basta, sin embargo, que una persona haya prometido afianzar, o se haya obligado por contrato a hacerlo, se requiere que su consentimiento sea expresado y puesto en conocimiento del acreedor, quien al aceptarlo concluye el contrato. La **aceptación** del acreedor puede ser tácita, y mientras no exista, el fiador puede retirar su oferta; si fallece antes de la aceptación, el acreedor no podrá exigir a los herederos el cumplimiento de un contrato que no llegó a perfeccionarse.

85.3. Que la fianza deba ser expresa, que no se presume, no equivale a decir que se requiera emplear **términos invariables** ("sacramentales"), sino que claramente ha de constar la voluntad de asumir las obligaciones propias de esta caución. En la duda, se interpretan las responsabilidades en la forma menos gravosa para el fiador.

85.4. Aunque las leyes no imponen que la fianza conste por **escritura** pública o privada, en la práctica se acude razonablemente al medio escrito, para facilitar la prueba. Si sólo constara verbalmente, habría que recurrir a la prueba de testigos y ya sabemos que las obligaciones que pasan de una mínima cuantía no admiten la prueba puramente testimonial. Desde luego, las fianzas ordenadas por el Juez, constan siempre en instrumento público: decretos, autos o sentencias judiciales.

Cuando el fiador renuncia a los beneficios de excusión y orden, algunos opinan que la fianza debe otorgarse **por escrito**, porque dicha renuncia exige la forma escrita. Por lo menos en nuestro derecho, no consta que tal renuncia ha de ser por escritura, sino que solamente se pide que sea expresa (Art. 2260), lo que no equivale a escrita, aunque será muy conveniente que conste de este modo.

85.5. La fianza **comercial** debe celebrarse siempre por escrito (Art. 603 del Código de Comercio). Y desde luego, el aval de una letra o pagaré, siempre consta por escrito.

86. Relaciones entre el fiador y el acreedor

86.1. El correcto **cumplimiento** del contrato accesorio y subsidiario de fianza consiste en que el fiador deje indemne al acreedor en lo relativo al contrato principal al cual accede, es decir, que el garante ha de conseguir

que el deudor pague su obligación, o, a falta de esto, satisfará el fiador lo que debía pagar, dar o hacer dicho obligado principal.

86.2. El fiador puede pagar la obligación **aún antes** de su vencimiento, pero si lo hace, corre el riesgo de no poder reembolsarse con el pago del deudor, por no haber alegado excepciones a que tenía derecho y de cuya aplicación se vio privado por el pago prematuro.

86.3. El fiador que paga al acreedor, debe **hacer saber** esto al deudor, para evitar que se repita el pago, y si efectivamente sucediere este doble pago por negligencia del fiador, no tendría acción contra el deudor a quien no notificó el pago, aunque sí conserva el derecho de repetir contra el acreedor, puesto que él no debe enriquecerse sin causa con un doble cobro; el acreedor tendrá que devolver al fiador, lo pagado por éste, ya que extinguida la obligación principal, termina la accesoria y ya no debía nada el fiador y si el pago fue posterior al realizado por el deudor principal, igualmente la devolución debe hacerse al fiador, quedando definitivamente cumplida la obligación por el principal deudor.

86.4. Generalmente la obligación principal consiste en pagar una suma de **dinero**, en cualquier situación en que se debe dinero, el fiador tendrá que pagar dinero. Cuando se trata de obligaciones de **dar una cosa** distinta de dinero, el incumplimiento por parte del deudor, origina la obligación del fiador de indemnizar al acreedor con una suma de dinero equivalente a la prestación incumplida.

Igualmente, si el compromiso del deudor era el que **hacer** algo, en último término la obligación accesoria del garante se cumple mediante un pago en dinero.

86.5. El cumplimiento de la obligación del fiador comprende **todo** lo propio de la obligación del deudor y sólo esto. No puede extenderse la caución a más de lo comprendido en la obligación principal, pero sí se admite que las partes limiten la garantía, que la obligación del fiador sea menor que la principal. Esta totalidad del cumplimiento abarca el pago principal y los **intereses** que eventualmente se hayan convenido o que se deban por disposición legal, en los diversos casos de mora de los correspondientes contratos.

86.6. También debe el fiador los **gastos** judiciales o extrajudiciales que haya ocasionado el cobro de la deuda y que le sean imputables. Las costas judiciales de un juicio seguido contra el deudor para hacer efectiva la obligación, no serán imputables al fiador que, lejos de oponerse al pago, ha facilitado la ejecución o ha pagado él voluntariamente; pero, si, el fiador opone excepciones con la única intención de retardar el cumplimiento, él deberá sobrellevar la indemnización correspondiente. Según el artículo 2263, el fiador debe anticipar los gastos de la excusión, si lo pide el acreedor, pero al final podrá resarcirse sea cobrando al deudor o al mismo acreedor si a éste se ha condenado en costas.

86.7. Cumplida la obligación del deudor por parte del fiador, éste se **subroga** en los derechos del acreedor frente al deudor, es decir, puede repetir lo pagado legalmente cobrando al principal obligado, a su garantizado. Si el acreedor, por su culpa, hace imposible la subrogación del fiador en sus derechos, éste podrá excepcionarse en la medida en que pierda tal derecho y por consiguiente será el acreedor culpable quien deba soportar el perjuicio económico (Art. 2257).

La subrogación no requiere ningún acto o documento especial, se verifica por el ministerio de la ley: el garante que ha pagado, puede repetir contra el deudor, utilizando las mismas acciones que habría ejercido el acreedor. La subrogación no puede tampoco hacer más gravosa la obligación del deudor, por ejemplo, si el fiador ha pagado antes de vencer el plazo que le favorecía, el fiador no podrá repetir contra deudor sino cuando ya venza el plazo.

En estos puntos se sintetiza lo relativo al pago **voluntario** por parte del fiador; consideremos a continuación, la situación que se produce cuando no ha sucedido esto. Suponemos, pues, que el acreedor cobra al fiador y éste se resiste a pagar:

86.8. Hay que distinguir dos situaciones diversas: si se trata de una **fianza ordinaria** ("simple"), o si el fiador ha asumido una obligación **solidaria**. En el segundo supuesto, el acreedor puede cobrar indiferentemente su crédito sea al deudor principal o al fiador y ejecutar su derecho en el patrimonio de uno u otro, en cualquier orden y también sea en la totalidad o por partes, sin que ellos puedan oponer excepciones de orden, división o

excusión. Pero estas excepciones pueden ser presentadas por el fiador ordinario.

86.9. El acreedor puede cobrar al deudor principal o al fiador y nada impide que primero se dirija contra el fiador, quien podrá cancelar la deuda y luego repetir contra el deudor; pero también puede oponer **excepciones**. Lo razonable será que el acreedor cobre primeramente al deudor principal, y llegue hasta la ejecución de los bienes de éste para hacerse pago y solamente si no lo consigue, cobrará al fiador. Nada impide que dirija la acción judicial contra los dos simultáneamente, en la misma demanda, pero aún en este caso (en la fianza ordinaria), la ejecución se deberá realizar primero en bienes del deudor y solamente de modo subsidiario en los del fiador: en esto consiste el beneficio de excusión.

86.10. La primera excepción que puede oponer el fiador demandado será la de **división**, siempre que existan varios fiadores y no sean solidarios entre sí. No puede, en efecto, cobrar el acreedor toda la deuda a uno de los fiadores, si no existe obligación solidaria entre los varios fiadores: solamente podrá cobrar a cada uno su parte, y si uno o más de ellos han caído en insolvencia, perderá el acreedor, sin que la parte del insolvente se acumule en gravamen de los otros fiadores no solidarios. Lo contrario sucede en caso de existir solidaridad entre los fiadores: la insolvencia de uno grava a los demás, y cada uno de ellos podrá ser demandado por la totalidad de la deuda, pudiendo solamente repetir frente a los otros, pero descontada la parte del insolvente (cuya pérdida se reparte entre todos).

86.11. El fiador puede oponer al acreedor que le cobra, las excepciones relacionadas con la fianza en sí misma, o las relativas a la obligación principal. Las segundas, pueden a su vez, ser "reales" o "personales", y el fiador puede valerse de las reales en todo caso, y de las personales que le afecten a él mismo, no puede oponer las excepciones personales del deudor.

86.12. La **fianza en sí misma** da origen a ciertas excepciones: su nulidad, su terminación o extinción, la imposibilidad de ejecutarla, o los referidos privilegios de excusión, división u orden. Desde luego, el fiador no está obligado a proponer excepciones, y si se allana y paga o no presenta alguna o algunas de las posibles excepciones, con ello no perjudica al deudor, quien conservará íntegros sus derechos de defensa. El fiador deberá de

todas maneras, notificar al deudor sobre su proceder, para que el deudor defienda sus intereses.

Las excepciones del fiador pueden presentarse sea en el **juicio** que el acreedor haya iniciado **contra él**, o bien en el seguido **contra el deudor**; en este segundo caso, el fiador tiene derecho de intervenir y defender sus propios intereses, por ello, debe ser citado y a falta de esta noticia, conservará íntegras las excepciones que no tuvo oportunidad de presentar.

86.13. Las excepciones del fiador no sufren desmedro **si el deudor no las ha presentado** en el juicio seguido por el acreedor contra él. Se presenta la duda sobre este principio en algunos casos: por ejemplo, la excepción de prescripción, pero la doctrina sostiene que no se afecta al fiador ni siquiera por la renuncia que el deudor haga de esta excepción: bien puede presentarla por su parte el fiador. Categóricamente afirma nuestro Código que el fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor (Art. 2396).

86.14. Las **excepciones reales**, a las que se refiere el artículo 2256, son las que atañen a la obligación principal en sí misma (no a la fianza directamente). "El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir", dice el artículo mencionado, y agrega en otro inciso: "Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal". Así, pues, el fiador puede aceptar que ha accedido a la obligación del deudor, pero se opone a pagar porque considera que dicha **obligación no es exigible**, sea por su nulidad o porque pende de término o condición no cumplidos, o porque se ha extinguido. El fiador no puede oponer las **excepciones personales del deudor**, y el artículo trascrito despeja toda duda sobre cuáles sean éstas, poniendo como ejemplo las principales de ellas: Incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el privilegio de competencia. No cabe discutir en nuestro derecho lo planteado por la doctrina en otros países: si los vicios del consentimiento son excepciones reales o personales y consiguiente si pueden o no ser alegados por el fiador: el artículo 2256, clasifica el dolo y la violencia entre las excepciones reales que sí se reconocen a favor del fiador. Y es lógico que

así sea, ya que implicaría una injusticia que el garante tuviera que pagar una deuda que le consta que no es válida.

86.15. Algunas de estas excepciones reales requieren especial consideración y han sido tratadas en otros lugares del Código. Así sucede con la **novación**: Si hay verdadera novación, se extingue la obligación primitiva y por ello deja también de existir la fianza, que es accesoria, pero hay casos en que es menos clara la novación, como el previsto en el artículo 1663: "Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta el valor de la deuda principal, sin la pena. Mas si en caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena y quedarán extinguidos los privilegios, prendas o hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal". Debe, pues, constar claramente la **intención de novar**, y si ello no aparece, subsisten las dos obligaciones, y la primitiva conserva sus cauciones.

Son frecuentes las fianzas para garantizar las obligaciones de los **arrendatarios**, principalmente el pago de la pensión conductiva; ahora bien, tales cauciones no pueden durar sino el tiempo para el cual se hizo el alquiler.

"La mera **ampliación del plazo** de una deuda, dice el artículo 1663, no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación". No cabe, en efecto, que sin la voluntad del fiador, se agrave su obligación prolongando su tiempo de vigencia y durante el cual deba responder subsidiariamente, por esto, se exige su aceptación voluntaria de la ampliación del plazo: a veces dicha prolongación del plazo puede ser ventajosa para el fiador, en cuanto facilitará al deudor el pago y aleja así la perspectiva de tener que pagar por él.

86.16. Para producir el efecto extintivo, la **compensación** exige que las dos partes sean recíprocamente deudoras, y como asevera el artículo 1673, "el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador", en cambio, por sentido contrario, sí

afirmamos que el fiador puede oponer al acreedor la compensación entre lo adeudado por el principal obligado y lo que el acreedor deba al fiador.

La compensación se alega a veces expresamente y produce su efecto en virtud de ello, pero también se efectúa por el ministerio de la ley y entonces, según el artículo 1676, "el deudor que no la alegare, ignorando el crédito que puede oponer a la deuda, conservará, junto con el crédito, las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad". Aunque la fianza es una relación del fiador con el acreedor, si el deudor principal tiene un crédito contra su acreedor y a su vez está afianzado, el fiador de la obligación del deudor principal, bien puede oponer ese crédito del deudor, y si no lo hace, no por ello pierde el deudor su crédito ni su propia fianza que garantiza el cobro de éste. En una palabra, el no usar de esta excepción, no destruye su valor ni la posibilidad de ser utilizada por el principal deudor.

86.17. El incumplimiento de una obligación de hacer da derecho al acreedor para exigir la devolución de lo recibido o su valor con indemnización de perjuicios; al **resolverse** la obligación principal, el fiador mantiene su obligación subsidiaria, pero nada impide que oponga contra el acreedor las excepciones reales: Hasta el momento de la resolución está subsidiariamente obligado, y producida la resolución no pierde el derecho de defenderse con argumentos que atañen a la validez o vigencia de la obligación.

86.18. La excepción de **pago** puede ser opuesta por el fiador en idéntica manera que lo sería por parte del deudor principal, bien sea el pago total o parcial; y se ha de asimilar al pago, la disminución penal del capital en los casos de cobro de intereses usurarios. Tanto vale que el pago haya sido efectuado por el deudor principal como por el mismo fiador, en ambas circunstancias es válida la excepción propuesta por el garante.

86.19. Además de las excepciones dirigidas contra la validez o vigencia de la misma fianza, y de las excepciones reales del deudor asumidas por el fiador, éste tiene, en tercer lugar, la posibilidad de **defenderse frente al acreedor, alegando la culpa de él** por no conservar las garantías de su crédito, que existían al momento de establecerse la fianza: no sería justo que por negligencia del acreedor se haga más gravosa la obligación subsidiaria del fiador y que se vea en una situación peor que cuando aceptó

garantizar. Así como el deudor principal no puede agravar el compromiso del fiador, tampoco puede hacerlo el acreedor. Aplicación concreta de estos principios tenemos en las disposiciones de los artículos 2257 y 2258: si el acreedor **hace imposible la subrogación** a favor del fiador, o si **deja caer en insolvencia al deudor** por no emplear oportunamente la acción judicial, el fiador podrá oponer estas actuaciones culpables del acreedor como excepciones para no asumir la deuda y solventarla.

Dice el artículo 2257: "Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de **no poder subrogarse** en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiere podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores, por medio de la subrogación legal". Tal sería el caso de que el acreedor destruyera los únicos documentos por los que constaban pagos parciales, o si ha remitido la obligación de otros fiadores o del mismo deudor, etc., en todas estas circunstancias, se agravaría indebidamente la situación del fiador que no fue parte de tales actos, y es razonable que él pueda oponer como excepción para no pagar esas cantidades que no estará en aptitud de reembolsarse, por actos del acreedor.

Para que obre favorablemente la excepción del fiador, debe constar la **culpa del acreedor** y que el mismo fiador no haya incurrido igualmente en culpa.

Si la subrogación se ha hecho imposible en cuanto a la acción contra otro fiador, pero puede hacerse efectiva para cobrar a otros fiadores o al mismo deudor principal, no valdrá la excepción del fiador, pues realmente no se ha hecho **imposible la subrogación**, sino solamente ineficaz frente a alguno de los obligados.

El hecho de aceptar un acreedor, en el juicio de cesión de bienes, que se rematen los bienes dimitidos con un cincuenta por ciento de rebaja de las deudas, no significa condonación de la deuda ni extinción de la fianza; pues, aun existiendo convenio expreso con el fallido, no se priva a los acreedores de sus derechos por la totalidad de sus créditos contra los fiadores de aquél; y, por consiguiente, tampoco se ha colocado al demandado en el caso de no poder subrogarse en las acciones contra el deudor principal.

86.20. La eficacia de la subrogación dependerá muchas veces de la **oportunidad** con que se exija el cumplimiento de la obligación principal y esta oportunidad también influirá en la conservación de la solvencia del deudor: si negligentemente se deja pasar el tiempo, tanto puede suceder que caduque o prescriba la acción para cobrar, como que el deudor caiga en insolvencia. En uno u otro caso, si esta falta de diligencia es imputable sólo al acreedor, el fiador podrá excepcionarse. Tanto el acreedor como el fiador deben cuidar de que se cobre oportunamente, y cuando uno u otro por su culpa deja extinguirse la acción o la posibilidad de que ella sea eficaz, evidentemente no tendrá derecho de cobrar al otro (el acreedor al fiador o el fiador al acreedor). De aquí deriva el derecho del fiador de requerir al acreedor que proceda contra el deudor, y si no cobra oportunamente el acreedor, dejando que el deudor caiga en insolvencia, se libera el fiador de su responsabilidad.

Dice el artículo 2258: "Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; y si el acreedor, después de este requerimiento, lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo". Aquí aparece el **beneficio de orden**, aunque no se lo nombre expresamente: el fiador tiene derecho de pedir que se cobre al deudor principal antes de que se le exija a él un pago que corresponde principalmente al deudor y secundaria o subsidiariamente al fiador. Ahora bien, esta es una facultad, no una obligación, concedida al fiador, y si no pide que se cobre previamente al deudor, no podrá alegar a su favor el beneficio de orden. Muy parecido, pero no igual es el beneficio de excusión.

86.21. Si el acreedor atiende favorablemente el pedido del fiador y demanda al deudor, el fiador tiene derecho de **intervenir en este juicio** en resguardo de sus intereses, aunque no está obligado a hacerlo. Si no ha intervenido en el juicio el fiador, la sentencia no causa **cosa juzgada** contra él, y le queda la facultad de oponer sus excepciones en el juicio que le siga posteriormente el acreedor.

87. Beneficio de excusión

87.1. La finalidad que se persigue con el beneficio de excusión consiste en hacer **respetar el carácter accesorio y subsidiario** de la fianza: porque ella tiene estas características, es natural que no se ejecute al fiador antes de haber "excutido", es decir, ejecutado los bienes del deudor principal, para satisfacer el crédito del acreedor.

87.2. No contiene el Código una definición del beneficio de excusión, pero se describe en el artículo 2259, que se completa con el siguiente, sobre todo el numeral 6° del artículo 2260. Luego se precisa en el 2261 los bienes del deudor que se deben ejecutar antes de embargar y rematar los del fiador. A continuación se señalan características del beneficio: se puede renunciar (Art. 2262), implica costas que el acreedor puede exigir que adelante el fiador (Art. 2263), sólo se puede oponer una vez (Art. 2265), vale aunque sea parcial (Art. 2266); se contempla el caso de varios deudores (Art. 2264) y las consecuencias de que el acreedor no ejecute al deudor; finalmente se regula el caso del subfiador (Arts. 2268; 2270), mientras que el artículo 2269 trata de la división de la fianza y de la limitación de la misma.

87.3. Dice el artículo 2259: "El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que, antes de procederse contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas constituidas por éste para la seguridad de la misma deuda". El inciso 6° del artículo siguiente indica que el fiador ha de "señalar al acreedor los bienes del deudor principal", y éstos deberán estar sujetos a una posible ejecución eficaz, por lo que el artículo 2261 indica qué bienes no tomarán en cuenta para la excusión.

Con estos elementos podemos **definir** el beneficio de excusión, como el derecho que tiene el fiador ordinario para impedir que se ejecute la deuda principal en sus propios bienes, siempre que señale bienes del deudor que puedan ser eficazmente eje

87.4. En tales términos, se deja en claro que es un derecho del fiador, del cual puede o no hacer uso, pero **si alega** su beneficio, está obligado a ayudar al acreedor en la ejecución, señalando los bienes del deudor principal que reúnan las condiciones para poder hacerse el pago con ellos.

El artículo 2259 dice que "el fiador reconvenido" goza del beneficio de excusión. Debemos entender que esta "reconvención", es más bien un "requerimiento", una petición o demanda de pago; quedando la duda de si tal petición de cumplir la obligación deba necesariamente hacerse en forma judicial, mediante demanda, o si basta una notificación privada pero que pueda probarse. Pienso que bastaría esto segundo, porque un principio de economía procesal inclina hacia esta opinión y porque no parece necesaria la acción judicial para dar paso al beneficio.

Como observa Puig Peña, "el beneficio no envuelve una subsidiaridad absoluta en el proceso, sino una subsidiaridad en la persecución de los bienes; así, el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, e incluso obtener sentencia contra los dos. Ahora, lo que no puede es hacerse pago en los bienes del fiador sin haber 'excutido' antes los del principal obligado en la deuda (sentencia del 22-sep-1932)".

87.5. Puede plantearse la cuestión de si el fiador que señale bienes hipotecados o dados en prenda **por terceros** para garantizar la misma deuda, quedaría también protegido por el beneficio de excusión. Por una parte, si dichos bienes son suficientes para satisfacer la deuda, parece que sí serían aptos para aplicar el beneficio de excusión; pero, por otra, el artículo 2259 se refiere de "prendas o hipotecas constituidas por éste (el deudor principal) para seguridad de la misma deuda, lo que parecería excluir las hipotecas o prendas constituidas por terceros. Prefiero la primera opinión, que satisface el objeto que se propone la ley, consistente en asegurar el carácter accesorio de la fianza al mismo tiempo que se garantice suficientemente al acreedor: si hay hipotecas o prendas de bienes cuantiosos en proporción con la deuda, no se ve por qué motivo no podría el fiador liberarse del pago facilitando el cobro en esas cauciones reales que suelen ser muy seguras.

87.6. No se debe confundir este beneficio de excusión con el de **orden.** El orden se refiere a las demandas del acreedor; no es frecuente, pero cabe establecer que haya de acudir primero a demandar al deudor y que solamente con posterioridad pueda hacerlo al fiador: he allí el beneficio de orden. Cuando ha sido demandado el fiador y no el deudor, el primero debe **hacer conocer** al deudor principal (*litis denuntiatio*), para que éste pueda oponer sus excepciones personales, las mismas que no puede pre-

sentar el fiador; si el garante no cumpliere con esta notificación se haría responsable de la pérdida que podría sufrir el deudor quien se viera impedido de defender sus intereses.

87.7. El beneficio de excusión debe ser alegado por el fiador al "primer requerimiento", según afirman varios autores. Nuestro Código no lo dice expresamente, pero el numeral 5° del artículo 2260 dice que el fiador debe oponer el beneficio "luego que sea requerido el fiador" y el artículo 2265 lo deja entrever, al ordenar que sólo puede oponerse una vez, y que si la excusión de los bienes designados por el fiador no surtiere efecto o no bastare, no podrá señalar otros; salvo que hayan sido posteriormente adquiridos por el deudor principal. Esto supone que el beneficio se ha de presentar como defensa del fiador, **oportunamente** y el artículo 487 del Código de Procedimiento Civil dispone que en el juicio ejecutivo contra el deudor se cite al fiador para que pueda intervenir; intervenga o no el fiador, llegado el caso de señalamiento de bienes, será notificado, para que cumpla lo señalado en el numeral 6° del artículo 2260 (señalar bienes del deudor principal). Por tanto, se supone que el fiador puede intervenir desde el principio del juicio ejecutivo, pero, con alguna flexibilidad, se admite que dentro de diez días a partir de la notificación que ordene señalar o dimitir bienes, puede el fiador designar aquellos bienes del deudor que podrían embargarse.

87.8. Las **condiciones** para que el fiador pueda gozar del beneficio de excusión están enumeradas en el artículo 2260, y son éstas: 1. Que no se haya renunciado expresamente; 2. Que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario; 3. Que la obligación principal produzca acción; 4. Que la fianza no haya sido ordenada por el Juez; 5. Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador: salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera; y, 6. Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

En cuanto al primer numeral del artículo 2260, es evidente que si el fiador ha **renunciado** al beneficio de excusión, no podrá luego pretender que se aplique en su favor. Únicamente cabría plantearse la posibilidad de que la renuncia no sea válida, por ejemplo, por haberse hecho sin libre consentimiento o engañado por el dolo: se requeriría obtener la nulidad de la renuncia para alegar el beneficio. En segundo lugar, "el fiador que se haya obligado como **codeudor solidario**" no alcanzará el beneficio. En esta

situación, existe ya una obligación principal, igual a la del otro deudor y propiamente deja de ser un fiador quien así se ha obligado. La esencia de la solidaridad consiste precisamente en que el acreedor puede indiferentemente cobrar a cualquiera de los deudores solidarios y ejecutar en los bienes de ellos, sin orden o excusión. Pero no hay que confundir esta asunción de la deuda solidaria, con la solidaridad entre varios fiadores, este es un caso diverso, en el cual cada uno de ellos tiene el beneficio de excusión, pues todos siguen siendo obligados solamente subsidiarios, a falta de capacidad del deudor principal; en este sentido hay varias sentencias de la Corte. Lo supuesto en el numeral 3° del artículo 2260: "que la obligación principal **produzca acción**", es asimismo evidente, ya que dentro de la acción ha de presentar el fiador su pretensión de que primeramente se ejecuten los bienes del deudor principal; si no hay acción, no tiene sentido el beneficio de excusión. No hay acción a favor de las obligaciones simplemente naturales.

La cuarta condición es que la fianza "no haya sido ordenada por el Juez": esto se justifica por la mayor protección que el derecho quiere dar a los incapaces o a otras personas que en circunstancias especiales se encuentran en situación de inferioridad.

87.9. Acertadamente distingue el Código las condiciones para gozar del beneficio de excusión (Art. 2260), de las condiciones que han de tener **los bienes que se presenten para la excusión** (Art. 2261), aunque ciertamente, afecten estas condiciones al beneficio. Dice el artículo 2261: "No se tomarán en cuenta para la excusión: 1. Los bienes existentes fuera del Estado; 2. Los bienes embargados o litigiosos, o créditos de dudoso o difícil cobro; 3. Los bienes cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria; 4. Los hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas; y, 5. Los inembargables". Se procura, pues, actuar con realismo: el fiador ha de señalar o han de existir con evidencia, bienes que podrán responder por la deuda principal, sin mayores dificultades para la ejecución; no se trata de excluir únicamente a los que sería imposible ejecutar; pero tampoco, cualquier dificultad para el cobro en esos bienes, los convierte en no aptos para la excusión: es el término medio del buen sentido el que domina esta regulación legal.

Los **bienes existentes fuera del Ecuador** podrían, con dificultades, ser objeto de medidas ejecutivas en el extranjero, sobre todo si se cuenta con sentencia ejecutoriada y se hallan en un país que haya ratificado la Convención Interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros u otro tratado internacional vigente con el país en el que se encuentren los bienes. Sin embargo, el cobro de una deuda que deba satisfacerse en nuestro país, resulta bastante difícil de conseguir a través del embargo de bienes en el exterior.

En el numeral 2°, se excluyen "los bienes **embargados y litigiosos**"; respecto de los primeros, habría que distinguir si permiten o no hacer una tercería, puesto que si esto es posible y su cuantía es suficiente para cubrir la obligación por la que se ha realizado el embargo y queda un saldo suficiente para cubrir la otra deuda sería razonable admitir aún aquellos bienes embargados. Por litigiosos, se entiende que lo son aquellos sobre los que existe una demanda ya citada. Los de "dudoso o **difícil cobro**", serán, en cambio, de más relativa determinación, y corresponderá al Juez el apreciar esa dificultad, si bien pueden presentarse pruebas de ello, como cuando se trata de certificados, papeles, bonos, etc., que resulta de dominio público que no se cobran.

Están sometidos a **condición resolutoria** aquellos bienes que se hayan adquirido mediante un contrato sujeto a dicha condición expresa; no cabe incluir entre éstos a todos los adquiridos por compraventa normal (sin expreso pacto comisorio) o por otro contrato sinalagmático que lleva siempre la condición del cumplimiento por la otra parte; si se entendiera que todos estos bienes no sirven para la excusión, prácticamente no quedaría ninguno, por lo cual hay que entender que la condición resolutoria ha de ser expresa.

En cuanto a los bienes **hipotecados**, solamente no sirven para la excusión los que responden "por deudas preferentes", como serían las de costas, impuestos, pago de obligaciones laborales u otras semejantes, y siempre que su valor no fuere suficiente para pagar ambas obligaciones. En esta situación resulta más asequible el cálculo, puesto que figurará en escritura pública el valor del bien, y el monto de la deuda preferente también constará en contrato, sentencia u otro documento auténtico, en la mayor parte de los casos.

No son **embargables**, los bienes enumerados en el largo artículo 1634, y ninguno de ellos podría presentarse para la excusión y gozar del correspondiente beneficio.

87.10. El beneficio de excusión presenta algunas **peculiaridades**: en el caso de existir un subfiador, o de haber varios deudores solidarios, así como cuando resulta insuficiente la excusión o por culpa del acreedor no se cobra oportunamente al deudor principal. Podemos referirnos a las incidencias de este beneficio, a su desenvolvimiento o vida jurídica del mismo, que se expone en los artículos 2262 a 2268, con suficiente claridad.

87.11. La **renuncia** del beneficio de excusión, no afecta más que al propio renunciante; si éste tiene a su vez un fiador, "subfiador", no le priva del beneficio la renuncia del primero, como es evidente, y así lo declara expresamente el artículo 2262.

87.12. El **subfiador** goza del beneficio con relación al fiador principal y al deudor principal, es decir que esta persona que se compromete a una especie de garantía de segundo grado, puede exigir que se ejecute antes al fiador principal y al deudor principal y solamente a falta de bienes de estos dos, quedará sujeto el subfiador al embargo de sus propios bienes (Art. 2268).

87.13. La excusión ocasiona **gastos**: las costas judiciales del embargo y remate de los bienes del deudor; tales expensas corresponderán en definitiva a uno de los tres (deudor, fiador o acreedor), esto dependerá de la buena o mala fe con que procedan; así, el deudor podrá librarse de dicho pago cumpliendo inmediatamente su obligación, pero el Código facilita el trámite de la ejecución imponiendo al fiador la obligación de adelantar los gastos, que en algunos casos podrá recuperar después. Se le permite al fiador ejercitar él mismo la acción ejecutiva contra el deudor principal, del mismo modo que puede intervenir en el juicio que instaure el acreedor.

Dice el artículo 2263: "El acreedor tendrá derecho para que el fiador le anticipe los costos de la excusión.- El Juez, en caso necesario, fijará la cuantía de la anticipación y nombrará la persona en cuyo poder se consigne, la que podrá ser el acreedor mismo.- Si el fiador prefiere hacer la excusión por sí mismo dentro de un plazo razonable, será oído".

87.14. En el caso de varios **deudores solidarios**, a uno de los cuales haya dado fianza una persona, ésta puede resistirse a que se ejecuten sus bienes y pedir la excusión de los bienes de cualquiera de los deudores solidarios. Esto no es más que una consecuencia lógica de la solidaridad pasiva: todos los deudores solidarios están obligados a pagar, y el acreedor puede exigir a cualquiera de ellos la totalidad; por tanto aunque el fiador solamente haya garantizado a uno de los deudores, tiene la facultad de señalar los bienes de cualquiera de ellos para que se ejecute el crédito, tal como ordena el artículo 2264: "Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho para que se haga excusión, no sólo de los bienes de este deudor, sino de los de sus codeudores".

Nada impide que el fiador señale bienes de varios o de todos los **deudores solidarios**, aunque el texto legal se refiere, en singular, a uno de ellos.

87.15. "El beneficio de excusión no puede oponerse sino **una sola vez**" dice el primer inciso del artículo 2265. No sería razonable que el fiador postergara una y otra vez el cumplimiento de la obligación, señalando bienes insuficientes; solamente se admite nuevo señalamiento cuando ha adquirido posteriormente otros bienes.

87.16. "Si los bienes en que se ha hecho la excusión no produjeren más que el **pago parcial** de la deuda, estará, sin embargo, el acreedor obligado a aceptarlo y no podrá reconvenir al fiador sino por la parte pagada" (Art. 2266). Como regla general no se obliga a un acreedor a recibir un pago parcial, pero en el supuesto de este artículo estamos ante una ejecución judicial, y no cabría que rechazara el acreedor este pago; además, conserva el derecho de cobrar al fiador el saldo no cubierto de su crédito. La excusión produce en estas circunstancias un efecto parcial: habrá liberado al deudor y al fiador de una parte de la deuda.

87.17. El fiador que señala oportunamente bienes del deudor principal que reúnan las condiciones para ser excutidos, **queda liberado** de la obligación de pagar al acreedor en la medida en que valgan esos bienes: si cubren con su precio la totalidad de la deuda, nada deberá el fiador, y si solo se paga **una parte** de la deuda, el fiador seguirá obligado por el saldo. Ahora bien, si el fiador señaló esos bienes, pero el acreedor, por su negligencia, no eje-

cutó su crédito, el fiador queda igualmente liberado en la porción en que dichos bienes alcanzaban a pagar la deuda y si esta cantidad era igual o superior al total, nada deberá el fiador, mientras que si los bienes que señaló no eran suficientes, quedará el fiador obligado a pagar la diferencia entre el valor de los bienes y el monto total de la deuda (Art. 2267).

88. Beneficio de división

88.1. Si hay dos o más fiadores de la misma deuda, normalmente se **divide** entre ellos la responsabilidad subsidiaria, es decir, que si el deudor principal no paga, el acreedor podrá exigir a cada uno de los fiadores solamente la **parte que le corresponde**.

El beneficio de división es lo contrario de la **solidaridad**: si hay solidaridad, no pueden los fiadores exigir que se divida el cobro y el acreedor tiene derecho de exigir la totalidad de su crédito a cualquiera de los fiadores (aunque el acreedor podría cobrar por partes).

88.2. En cuanto a la parte que corresponda a cada fiador, esto depende de lo que **hayan convenido**, y si nada consta al respecto, se ha de presumir que se han obligado por igual, de suerte que a cada uno se le podrá cobrar la alícuota que corresponda según el número de fiadores: si son dos, a cada uno la mitad, si hay tres, un tercio a cada uno, etc.

88.3. Si uno de los fiadores **cae en insolvencia**, la cuota que le correspondía, gravará la de los demás fiadores en la misma proporción antes indicada. Pero si el que incurre en insolvencia tenía un subfiador, es éste quien asumirá la responsabilidad y no los demás cofiadores.

88.4. Un caso concreto en que se suele precisar el monto máximo de la garantía que asume un deudor, se suele dar en las llamadas **fianzas hipotecarias**, en las que se fija con precisión la cantidad por la cual se establece ese gravamen real. La jurisprudencia ha aclarado que existiendo esa obligación concreta y precisa no podría el fiador hacer valer el beneficio de división para pagar menos de lo que se ha obligado y consta en la escritura pública.

88.5. El artículo 2270 añade una aclaración casi obvia: "La división prevenida en el artículo anterior tendrá lugar entre los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, aunque se hayan rendido separadamente las fianzas".

10.6. Como explica Borda, la **solidaridad** implica la renuncia tanto del beneficio de separación como del de excusión; pero si se renuncia solamente a uno de ellos, no se renuncia al otro.

89. Relaciones entre el fiador y el deudor principal

89.1. Hay que **distinguir** la situación existente antes del pago de la deuda, y la que se produce una vez que el fiador o el deudor han pagado al acreedor.

89.2. Mientras **está pendiente** la obligación del deudor principal, el fiador solamente tiene un vínculo con el acreedor; pero, como existe la posibilidad de que tenga que pagar con sus propios bienes lo que debe el principal obligado, la equidad y la ley le confieren un derecho de defender sus intereses. Para este efecto, vigilará la solvencia del deudor, y en caso de presentar síntomas de debilitarse o peligro de desaparecer, el fiador tiene derecho a que el deudor a su vez le asegure el cumplimiento, sea con una hipoteca, prenda u otra garantía, o bien, señalando bienes con los cuales podrá cumplir, o, finalmente, dando una fianza a favor del fiador.

El deudor no puede **agravar** la situación del fiador, por ejemplo, renunciando al plazo que le favorece. Pero el fiador sí responde por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del principal. En cambio, el fiador se beneficia de los cambios favorables al deudor, por ejemplo la rebaja de la deuda.

89.3. Dice el artículo 2271: "El fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago, en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes; Cuando el deudor principal se obligó a obtenerle relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y se ha vencido este plazo;

2. Cuando se ha vencido el plazo o condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal, en todo o en parte;

3. Si hubieren transcurrido diez años desde el otorgamiento de la fianza, a menos que la obligación principal se haya contraído por un tiempo determinado más largo, o sea de las que no están sujetas a extinguirse en tiempo determinado, como las de los tutores y curadores, la del usufructuario, la de la renta vitalicia, la de los empleados en la recaudación o administración de rentas públicas;

4. Si hay temor fundado de que el deudor principal fugue, no dejando bienes raíces suficientes para el pago de la deuda; y,

5. Si el deudor hubiere constituido patrimonio familiar, sin contar con la anuencia del fiador, disminuyendo así su patrimonio libremente disponible.

Los derechos aquí concedidos al fiador no se extienden al que afianzó contra la voluntad del deudor".

89.4. Por lo dicho en el último inciso queda, pues, muy claro, que todo el artículo se refiere al caso del fiador que se ha obligado con el conocimiento y **consentimiento del deudor** principal; quizá, como sucede muchas veces, el fiador se ha obligado a petición del deudor, a quien interesa tener un garante para conseguir el crédito o realizar un contrato con el acreedor. Si bien no hay contrato entre el deudor y el fiador, sí existen intereses recíprocos, y por esto es equitativo que así como el fiador garantiza al deudor, éste asegure a su garante que no tendrá que soportar el último término el peso de la deuda.

89.5. El artículo trascrito dice que en los seis casos que luego enumera, el deudor debe "obtener el relevo (del fiador) o caucionarle (...) o consigne medios de pago". Tres, son por consiguiente las **medidas para descargar al fiador** de un daño injusto. Pero la primera, el "relevo", no depende del deudor, sino que tendría que conseguirlo del acreedor; en cuanto a dar caución a favor del fiador o depositar el dinero para el pago, son obligaciones de hacer, y en caso de no realizarlas, cabe preguntarse ¿qué podrá hacer el fiador?

89.6. No existiendo **contrato con el deudor**, no tiene el fiador una acción judicial para exigirle *ex contractu*; ni tampoco se ha producido todavía un perjuicio injusto, para que el fiador demande la reparación. Se trata más bien de una situación de peligro, frente a la cual es razonable que defienda sus intereses; pero no se alcanza a ver claramente, cómo podrá hacerlo de manera eficaz, si el deudor no satisface voluntariamente esta obligación por uno de los tres medios indicados. De todas maneras, como la ley tiene que cumplirse, el fiador que recurra al Juez, ante la renuencia del deudor, alcanzará alguna **medida cautelar**, como las previstas en el Código de Procedimiento Civil para asegurar las obligaciones que corren peligro de no satisfacerse.

89.7. El primer supuesto: "el deudor que disipa o aventura temerariamente sus bienes", es el mismo que justifica el ponerlo en interdicción; así protege el derecho a terceros que serían perjudicados por una conducta irresponsable de quien ha contraído deudas y tiene otras obligaciones. Sería evidente esta situación, si se ha llegado a la interdicción del deudor, o si se ha iniciado el procedimiento de declaración de **insolvencia**. En tales circunstancias, el fiador tiene derecho a que se le asegure de alguna manera frente a la mala situación culpable del deudor, pero no será fácil que haga efectivo ese derecho.

89.8. No presenta dificultad lo establecido en el numeral 2°: es evidente que si el deudor se obligó a liberar al fiador, debe cumplir dicho compromiso. Igual sucede si la fianza se ha establecido por un tiempo fijo y éste ha transcurrido, o bajo una condición que se ha cumplido.

89.9. En cambio, no parece equitativa la disposición del numeral 3°: "Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal, en todo o en parte". Efectivamente, si había un plazo para la fianza, es evidente que se debe liberar al fiador, pero el cumplimiento del plazo *de la obligación principal,* no significa otra cosa que es el momento en que debería pagar el deudor, y a falta de él, el fiador; si el fiador en ese momento pide que se le libere de su obligación subsidiaria, no se ve para qué se obligó o en qué consiste su ayuda.

89.10. Demandado el fiador, tiene que **notificar** este hecho al deudor principal, salvo que la demanda haya sido conjunta a ambos, para que tenga la

posibilidad de defenderse, presentando las excepciones que le favorezcan. Por ejemplo, si ya ha pagado la deuda, es lógico que no tuviera que pagarla nuevamente. El fiador tal vez desconoce razones o causas que hacen inconveniente el pago, y por todo ello está en la obligación de comunicar al deudor. El incumplimiento de este deber, acarrearía al fiador la pérdida del derecho de reembolsarse de lo pagado.

89.11. La fianza se considera una ayuda, una garantía y también un peligro pendiente sobre el que la da, por lo cual no es favorable el derecho a la prolongación indefinida de ella, y se confiere al fiador el derecho de pedir el relevo al cabo de **diez años**, siempre que la obligación no haya sido por un tiempo mayor o deba durar mientras perdura una situación, como la del pupilo interdicto, o la del administrador de rentas públicas; en estas situaciones, la fianza ha de durar cuanto dure la obligación principal (Num. 4).

89.12. El numeral 5° presenta la dificultad de la apreciación subjetiva de las intenciones ajenas: "el **temor** fundado de que el deudor principal fugue", es decir, desaparezca de su domicilio y, quizá, salga del país. Todo esto resulta muy relativo y por lo mismo, peligroso: se presta a interpretaciones antojadizas. Menos mal, que hay siquiera un límite: no actúa esta suposición, si el deudor tiene bienes raíces suficientes para el pago de la deuda. Él podrá evitar las exigencias del fiador, demostrando que tiene esos bienes inmuebles, y tal demostración facilitaría la excusión en caso de no pagar la obligación principal.

89.13. El numeral 6 se agregó al artículo que hoy lleva el número 2271, por disposición de la Ley 256 de 1970, y contiene una norma justa, puesto que el deudor no debe agravar la situación de su fiador, y se haría más peligrosa la situación de éste, si el principal obligado limita la disponibilidad de sus bienes y convierte en inembargables a algunos de ellos, mediante la constitución de **patrimonio familiar**. Para establecer dicho patrimonio, el deudor tendría que obtener el consentimiento del fiador; éste calculará si le van a quedar bienes con los que responder de la deuda o si toda la carga se va a trasladar en su perjuicio.

89.14. El fiador **puede pagar** la deuda que ha garantizado, sea que haya sido requerido por el acreedor o sin tal requerimiento, bien haya sido citado

con demanda judicial o sin tal demanda. Más aún, puede pagar antes del vencimiento de la deuda.

Ahora bien, tal pago voluntario, ha de ser **prudente**: teniendo la seguridad de que existe la deuda y de que es realmente exigible y en el monto real de ella. Si el fiador, por un celo desmedido, por precipitación o por querer beneficiar al acreedor, se apresura a cubrir una obligación y lo hace en condiciones inconvenientes o injustas para el deudor, evidentemente tendrá que responder del perjuicio que le cause.

Por lo dicho, el fiador tiene la obligación de **hacer saber** al deudor que va a pagar o que ha pagado, y si omitiere esta notificación, se hace responsable de los posibles perjuicios y no podrá reembolsarse lo pagado. No hay formalidad establecida para tal notificación, pero un fiador sensato dejará constancia de manera que disponga de prueba, en caso de juicio.

89.15. Si el fiador paga la deuda **antes de vencido el plazo** de la obligación principal, tal vez hace un beneficio al deudor, porque le descarga de intereses, pero también puede causarle un perjuicio, por ejemplo, si la deuda estaba a punto de extinguirse por prescripción. En cualquier caso, el fiador que anticipa el pago, no puede pretender reembolso, sino desde la fecha en que la obligación habría sido exigible.

89.16. Las relaciones entre fiador y deudor cambian radicalmente desde el momento en que el fiador ha conseguido la **extinción de la obligación principal** del deudor, normalmente por pago. En efecto, el fiador que paga se **subroga en los derechos del acreedor**, es decir, que ocupa su lugar jurídico frente al deudor, y generalmente podrá exigirle a éste el reembolso de lo pagado.

89.17. La doctrina ha distinguido **dos acciones del fiador** que ha pagado, contra el deudor: la de reembolso, simple y llanamente fundada en la equidad, y la de subrogación de los derechos del acreedor. Aunque en teoría se deban distinguir, en la práctica no conduce a mayores diferencias, y nuestro Código se refiere sobriamente al derecho del fiador de recuperar lo que ha pagado por otro.

El artículo 2272 dice así: "El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada por el deudor.- Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales.- Pero no podrá pedir el reembolso de gastos inconsiderados, ni de los hechos antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador".

Serían **gastos inmoderados**, por ejemplo, el contratar la construcción de una casa, que debía fabricar el deudor, con otro constructor que cobre mucho más de lo acostumbrado, o reconocer al acreedor intereses que no estaban estipulados ni se debían por mora, etc.

Aparece claramente en el texto legal, la obligación del fiador de **notificar** al deudor la demanda que se le haya citado, para que el deudor a su vez pueda intervenir y defenderse. El fiador que no cumple este requisito pierde los gastos que haya hecho, pero no el capital que haya pagado para descargar al deudor. La equidad impide que una persona se enriquezca sin motivo, y el deudor quedaría en esa condición injusta, si no devolviera al fiador lo que ha gastado legítimamente para extinguir su obligación principal.

89.18. La acción del fiador contra el deudor principal, tendrá la **misma naturaleza** que correspondía a la acción del acreedor por la misma obligación. Si el acreedor tenía acción ejecutiva, por ejemplo por tratarse de un préstamo a mutuo constante en escritura pública, el fiador que pagó, podrá seguir la misma vía ejecutiva contra el deudor.

89.19. La **subrogación** del fiador que paga, se efectúa por el ministerio de la ley, sin necesidad de una manifestación de voluntad del acreedor ni el cumplimiento de ninguna formalidad, basta que conste el pago legítimo hecho por el fiador, para que pueda dirigirse contra el deudor, de la misma manera que podría haberlo hecho el acreedor.

89.20. El deudor demandado por el fiador que ha pagado la deuda del primero, puede oponer **excepciones contra el reembolso**, sea fundadas en sus relaciones con el fiador, o en la ilegitimidad del pago realizado.

Pertenecerían al primer grupo las excepciones que deriven de contrato expreso por el cual el fiador se obligó al pago sin derecho de reembolso, lo

cual propiamente desvirtúa la fianza o bien porque dependa de otra obligación del fiador hacia el deudor, que sea compensable.

Se puede oponer al reembolso, en virtud de no ser legítimo el pago hecho por el fiador, si el deudor demuestra que no tenía esa obligación hacia el acreedor, o que se extinguió, o bien que el fiador no cumplió el deber de darle a conocer que había sido demandado o que iba a pagar.

89.21. "Cuando la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fiador que ha pagado tendrá acción contra el mandante; sin perjuicio de la que le competa contra el principal deudor" (Art. 2273). Aquí se supone un doble contrato: el de fianza, y además, un mandato por el cual el fiador se obligó; tiene, por consiguiente las acciones que derivan de uno y otro contrato, sin que sean opuestas entre sí.

Pero es evidente, que si el fiador se reembolsa requiriendo al deudor, ya no podrá demandar lo mismo al mandante, ni, viceversa. En uno y otro caso, no cabe doble reembolso, que significaría un enriquecimiento sin causa del fiador. No veo inconveniente para que cobre parcialmente a uno y otro, por ejemplo el capital al deudor y los gastos al mandante.

89.22. Además del capital pagado, con los intereses igualmente adeudados por el principal obligado y los gastos proporcionados y demostrados, el fiador también puede **cobrar intereses sobre el total de la suma desembolsada** hasta su recuperación; se explica esta obligación porque el deudor está realmente en mora al no cumplir él la obligación de modo que el fiador se ve en la necesidad de cubrir la deuda. Naturalmente, esto no se aplica al caso del fiador que paga anticipadamente, o del que no cumple el deber de notificar al deudor.

89.23. Si el fiador consigue una **rebaja** de la deuda o llega a una transacción con el acreedor, por la cual paga menos de lo que representaba la obligación primitiva, no podrá el fiador cobrar al deudor más de lo que realmente desembolsó: sería un enriquecimiento sin causa. Pero si el acreedor le cede al fiador, por transacción, la totalidad de la deuda, permitiéndole que la cobre al deudor, aunque sea dicha cesión gratuita o por un pago menor al de la deuda inicial, entonces el fiador habrá recibido una verdadera donación, aunque encubierta, del acreedor, y podrá ejercitar su derecho por la

totalidad; propiamente no cobra al deudor por subrogación sino por **cesión** de los derechos del acreedor.

El artículo 2276 dice: "El fiador a quien el acreedor ha condonado la deuda en todo o en parte, no podrá repetir contra el deudor por la cantidad condonada, a menos que el acreedor le **haya cedido** su acción".

89.24. Las relaciones del fiador con varios **deudores principales solidarios**, plantean dos situaciones diversas: si una persona se comprometió como fiador de todos ellos, o si solamente afianzó a uno de los deudores. Las dos hipótesis están resueltas por el artículo 2274: "Si hubiere muchos deudores principales y solidarios, el que ha afianzado a todos podrá demandar a cada uno de ellos el total de la deuda en los términos del artículo 2272. Pero el fiador particular de uno de ellos sólo contra él podrá repetir por el todo; y no tendrá contra los otros sino las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado".

Esto es una aplicación de lo dispuesto en el artículo 1538: el deudor solidario que ha pagado la deuda, queda subrogado en la acción del acreedor, con todos los accesorios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor. "Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, quedarán éstos responsables entre sí, según las artes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados fiadores". A su vez, el fiador que paga, ocupa el lugar del deudor por el cual ha pagado, y si hay codeudores solidarios, operará la indicada norma.

89.25. El artículo 2277 señala los casos en los cuales el **fiador no tendrá las acciones** que venimos explicando: "Las acciones concedidas por el artículo 2272 no tendrán lugar en los casos siguientes: 1. Cuando la obligación del principal deudor es puramente natural, y no se ha validado por ratificación o por el transcurso del tiempo; 2. Cuando el fiador se obligó contra la voluntad del deudor principal; salvo en cuanto se haya extinguido la deuda, y sin perjuicio del derecho del fiador para repetir contra quien hubiere lugar, según las reglas generales; y, 3. Cuando, por no haber sido válido el pago del fiador, no ha quedado extinguida la deuda".

Cuando la obligación principal era **puramente natural**, no daba acción y por lo mismo no puede pasar esa acción al fiador que paga. Por ejemplo una deuda de juego de azar origina solamente obligación natural, y si interviene un tercero como fiador y cancela esa obligación natural, no podrá repetir contra el deudor, como no podía tampoco demandarle el acreedor. En cuanto el tercer supuesto, de **no haber sido válido el pago**, es evidente que no da derecho al fiador a reembolsarse, porque no ha liberado al deudor con su intervención ineficaz.

El segundo caso, no resulta claro pero entendemos así: la regla general es que el fiador puede **obligarse, aún contra la voluntad del deudor**; si paga la deuda y libera al deudor, puede cobrar el reembolso. Esto es lo que parece más equitativo, aunque el texto legal resulta oscuro.

89.26. En los artículos 2278 y 2279, se regula el caso de no cumplir el deudor o no cumplir el fiador con la obligación de avisar al otro el pago. Ambos están **obligados a avisar el pago** al acreedor, para permitir la posible oposición y excepciones, y para evitar el doble pago, por ignorar la extinción de la deuda. Quien no cumple esta obligación no puede dirigirse contra el otro obligado, pero uno y otro sí pueden repetir contra el acreedor que hubiere recibido un pago duplicado.

"Art. 2278.- El deudor que pagó **sin avisar al fiador**, será responsable para con éste, de lo que, ignorando la extinción de la deuda, pagare de nuevo; pero tendrá acción contra el acreedor, por el pago indebido".

"Art. 2279.- Si el fiador pagó sin haberlo avisado al deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones de que el mismo deudor hubiere podido servirse contra el acreedor al tiempo del pago.- Si el deudor, ignorando por la falta de aviso la extinción de la deuda, la pagare de nuevo, no tendrá el fiador recurso alguno contra él, pero podrá intentar contra el acreedor la acción del deudor, por el pago indebido.

90. Relaciones entre los cofiadores

90.1. Si hay varios fiadores de una misma deuda y uno de ellos la paga, hay que distinguir diversas situaciones: si los fiadores se comprometieron de modo **simple**, en mancomún, o bien de forma **solidaria.**

90.2. Quien con su pago ha extinguido la deuda, se subroga en los derechos del acreedor, no sólo contra el deudor principal, sino **contra los otros cofiadores**, si es que ha pagado más de lo que le correspondía. Concretamente, si pagó más de la parte viril (el total de la deuda dividida para el número de fiadores), puede exigir a los demás el aporte que les corresponde. Si sólo pagó su cuota, naturalmente no podrá reclamar nada a los cofiadores.

La diferencia consiste en que entre los fiadores solidarios se aplicarán las reglas de la solidaridad, mientras, que si solamente se obligaron de manera simple, se dividirá entre ellos la obligación y no podrán reclamar sino la cuota excesivamente pagada.

90.3. Cuando uno de los fiadores **cae en insolvencia**, el fiador que ha desembolsado más de su propia cuota, pierde la parte que le habría correspondido pagar al insolvente o quebrado, si se trata de cofiadores en mancomún simples, pero si se trata de solidarios, la parte del insolvente se divide entre todos, incluso el que pagó, de suerte que la pérdida será menor.

90.4. Al aplicarse las **reglas de la solidaridad**, se aplican éstas en todos sus extremos, así, los fiadores solidarios se representan recíprocamente y la interrupción de la prescripción o la cosa juzgada que afecta a uno, vale respecto de los demás. El acreedor solidario que persigue contra otro pero solamente por una parte, conserva el derecho de dirigirse contra los demás para reembolsarse del exceso que hubiere pagado. El fiador solidario puede oponer a los otros la excepción de compensación (lo cual no cabe entre deudores solidarios). Hay que tener en cuenta que el aval es un fiador solidario.

90.5. Todas estas posibles acciones de un fiador contra los otros, se subordinan al hecho de que el demandante haya realmente **liberado la deuda**, la haya extinguido, y valen si no ha hecho pagos inconsiderados, ilegales o extemporáneos. Además el pagador debe haber notificado a los codeudores que el acreedor le exige el pago o que va a realizar voluntariamente el pago por considerarlo conveniente: solamente así, los cofiadores podrán oponerse y eventualmente hacer valer sus excepciones; al negárseles este derecho, el fiador pierde el suyo de reembolsarse parcialmente demandando a los demás fiadores.

90.6. Sin hacer de modo explícito las distinciones que preceden, el artículo 2280 dice: "El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado, por el exceso, en los derechos del acreedor contra los cofiadores". Pero, como queda dicho, ese "exceso", es diferente según se trata de cofiadores simples o solidarios, y además, hay que tener en cuenta las obligaciones de avisar a los compañeros de fianza.

90.7. Los cofiadores demandados por el que ha pagado en exceso, pueden defenderse, oponiendo varias **excepciones**: unas relativas a la falta de aviso o a la inconveniencia del pago realizado; otras sobre el carácter no liberador del pago hecho; finalmente, sobre su condición de cofiadores, sea mancomunados o solidarios, con la consecuencia ya indicada de variar el monto de la responsabilidad, sobre todo si alguno cae en insolvencia. Entre las excepciones, cabe la de compensación: si el reclamante a su vez tiene una deuda exigible hacia otro fiador.

El Código señala, más bien, cuáles son las excepciones que **no pueden presentar los cofiadores**: "no podrán oponer al que ha pagado, las excepciones puramente personales del deudor principal" (por ejemplo la incapacidad de que adolecía al momento de contraer la deuda). "Tampoco podrán oponer al cofiador que ha pagado, las excepciones puramente personales que correspondían a éste contra el acreedor, y de que no quiso valerse" (Art. 2281), como sería el caso de haber existido una promesa de condonar o no cobrar al fiador, promesa no cumplida por el acreedor y no alegada por el fiador que pagó.

90.8. La situación del **subfiador** es muy diversa que la anteriormente considerada. "El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores".

El subfiador tiene dos veces el beneficio de excusión: señalará los bienes del deudor principal y si no sirven o no bastan, los bienes del fiador al que garantiza. En cambio, solamente tiene el beneficio de división respecto de otros subfiadores del mismo fiador, pero no respecto de los otros fiadores principales. En caso de pagar, se subroga, ocupando el mismo lugar jurídico que habría ocupado el fiador principal.

91. Extinción de la fianza

91.1. La fianza termina, sea por causas que atañen **directamente** a ella misma, o bien por motivo de **extinguirse la obligación principal** que garantiza, ya que siendo una relación accesoria sigue el destino de la principal.

91.2. Sin embargo, es evidente que, cuando la deuda principal se extingue por pago **verificado por el fiador** y éste se subroga al acreedor, no se extingue el derecho del fiador sino que precisamente entonces nace su derecho de exigir el reembolso al deudor (y eventualmente a otros cofiadores).

91.3. Si el acreedor ha **muerto**, transmite sus derechos a los sucesores y la fianza no termina. Igualmente en otras circunstancias en que cede o **transfiere** su crédito, permanece la fianza, ya que el solo cambio de la persona del acreedor no extingue esa obligación accesoria. Esto sucede también cuando un tercero paga y se subroga en el crédito; tal es el caso del pago por intervención de una letra de cambio.

91.4. La obligación principal termina por **cualquiera de los modos** de extinguirse las obligaciones, que corresponda a la respectiva situación. En las que consiste en dar una cosa o pagar un dinero, normalmente se extingue la obligación por la solución. El pago puede ser total o parcial, y en esta segunda suposición, la fianza no se extingue sino que se limita a la cantidad todavía debida.

91.5. Cuando la fianza no aseguraba la totalidad del crédito sino **solamente hasta cierta cantidad**, y el deudor o un tercero hacen un pago parcial, éste se ha de imputar primeramente a la parte no afianzada, es decir que se conserva la plenitud de esta garantía, y solamente después, se imputará a la parte afianzada y en el monto en que quepa; si totalmente se extingue la deuda, totalmente se extingue la fianza y si todavía queda un saldo a pagar, permanece afianzado en esta parte.

91.6. El pago realizado mediante la entrega de una **cosa distinta** de la debida y que ha aceptado el acreedor, por ejemplo un vehículo, extingue la deuda y la fianza termina definitivamente, aunque con posterioridad se

produzca la evicción de la cosa entregada, así lo dispone expresamente el artículo 2284.

91.7. La **novación** propiamente dicha, extingue la obligación principal, y por vía de consecuencia también termina la accesoria; pero no desaparece la fianza si la deuda garantizada solamente ha sufrido un cambio accidental que no la hace más grave, como sucede cuando se rebaja el alquiler de una casa y el fiador quedará con esto menos expuesto a pagar, o si el vendedor permite pagos parciales.

No puede imponer el acreedor que continúe la fianza al aceptar una novación, es necesario que el fiador consienta: en realidad será una nueva obligación accesoria libremente asumida para garantizar una nueva obligación principal. La simple prórroga del plazo, no extingue la fianza, sino que permanecerá durante todo el tiempo estipulado inicialmente: lo que no cabe es que se agrave la situación del fiador prolongando el lapso de su responsabilidad.

91.8. Las obligaciones de **hacer**, normalmente se extinguen por la ejecución de lo ofrecido, por ejemplo transportar una cosa o construir una vía, pero si no se realiza la obra debida, se convierte la obligación en la de pagar una indemnización y esto es precisamente lo que deberá el fiador, a falta de cumplimiento por parte del principal. Voluntariamente podría aceptar el acreedor que el fiador cumpla la acción propia del contrato, pero no está obligado a aceptar esta ejecución sustitutiva y hay motivos para exigir que sea el deudor, sobre todo cuando se trata de obras que requieren especiales cualidades técnicas, artísticas, de experiencia, etc.

91.9. En cuanto a las obligaciones de **no hacer**, quedará descargado el fiador una vez que haya transcurrido el plazo o se haya cumplido la condición dentro de los cuales se debía abstener el deudor sin que haya transgredido la prohibición. El incumplimiento o sea la ejecución de lo que se obligó a no hacer, se traduce en la obligación de pagar una indemnización, y esto será de lo que responda el fiador, como deudor subsidiario. También se cumple esta obligación y desaparece la fianza, cuando la acción prohibida se ha hecho absolutamente imposible, como sucede generalmente en los casos de muerte sin que sea ejecutable la acción por otra persona distinta del que murió.

91.10. La **condonación o remisión** de la deuda principal, extingue la fianza, pero no cuando se haya producido concurso de acreedores contra el acreedor, puesto que entonces esa renuncia a cobrar un crédito perjudicaría a los otros acreedores.

91.11. La extinción por **transacción** entre el acreedor y el deudor, da origen a diversas opiniones: algunos consideran que solamente se extingue la fianza si la nueva situación sería más pesada para el fiador, mientras que subsistiría esa garantía, si en adelante la obligación del fiador sería menos gravosa. Lacruz rechaza este razonamiento, y prefiere con razón, distinguir si se ha producido una verdadera novación en cuyo caso se extingue la fianza, o si no hay este auténtico reemplazo por otra obligación, lo que determinaría que la fianza continúe.

91.12. Si se **confunden** las situaciones del deudor y el fiador, **termina la fianza**, pero no la obligación frente al acreedor. Por ejemplo, el fiador ha heredado al deudor y como heredero asume la deuda principal: no puede ser fiador de sí mismo, pero tiene que pagar al acreedor ya no en calidad de obligado subsidiario sino de deudor principal. El artículo 1682 dice: "Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y surte los mismos efectos que el pago". Y el artículo 1681: "La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal". Esto deriva precisamente del carácter accesorio de la fianza; por ejemplo, el acreedor transmite sus derechos al fiador, por acto entre vivos o por sucesión hereditaria: el fiador no puede garantizarse a sí mismo ni exigir el pago al deudor en doble calidad, sino simplemente como acreedor principal.

Si se confunden las obligaciones del deudor y el fiador, se extingue la fianza, pero si hay un **subfiador**, continúa y ocupa el lugar del principal garante al cual reemplaza, según dispone el artículo 2285. Subsiste parcialmente la fianza cuando existen varios fiadores y la confusión de derechos solamente libera a uno de ellos. También quedan subsistentes las otras cauciones y especialmente hipotecas que hubiere dado un fiador.

91.13. Aunque la **compensación** solamente se da entre obligaciones principales, y la fianza es accesoria, sin embargo, el fiador puede oponer esta excepción respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal.

91.14. La **imposibilidad del pago** es causa de extinción de la obligación principal, y como consecuencia, también de la fianza, pero, como observan Ennecerus y Lheman, no se produce este efecto cuando uno u otro han asumido la responsabilidad incluso por caso fortuito, o cuando la imposibilidad ha sobrevenido por un hecho culpable del fiador.

91.15. La **prescripción** propiamente extingue la acción y la deuda queda como una obligación puramente natural. Borda opina que hace bien el Código argentino al distinguir, porque una cuestión es que una obligación natural no pueda afianzarse (porque no hay acción para exigirla) y otra, que la obligación ya afianzada pase a ser meramente natural porque el acreedor ha dejado correr el tiempo para la prescripción. Si el deudor renuncia a la excepción de prescripción, sin embargo el fiador podría oponer este modo de extinción de la obligación; en cambio, los actos de interrupción de la prescripción sí le afectan.

91.16. Producida reclamación judicial del acreedor contra el deudor y habiéndose llegado a sentencia, se plantea si ésta tendrá valor de **cosa juzgada** contra el fiador. Hay que distinguir varias situaciones: si el fiador fue citado o notificado después de la citación al demandado o intervino como tercero interesado, indudablemente la sentencia tendrá la misma fuerza contra él que contra el deudor principal. Si fue citado o notificado, pero no intervino en el juicio por su culpa, igualmente tendrá que estar a lo juzgado. Pero si justifica que no recibió ni citación ni notificación, o que, habiéndolas recibido le fue imposible intervenir en el juicio, no se le podría negar el derecho de defensa y de oponer posteriormente excepciones que le liberen de la responsabilidad.

91.17. Las causas que **extinguen directamente** la fianza, independientemente de que permanezca la obligación principal, son las mismas que afectan en general a las obligaciones, pero con algunas modalidades que el mismo Código, la doctrina y la jurisprudencia señalan.

Ya queda mencionada la extinción por **confusión**: si ésta se produce respecto de los derechos del acreedor y el fiador, es un caso de directa terminación de la fianza, puesto que ella relaciona precisamente estas dos partes y no pueden concentrarse en la misma persona los intereses opuestos de deudor y acreedor. La obligación del deudor principal queda vigente y, generalmente, el acreedor exigirá una nueva caución.

La **prórroga del plazo** otorgada por el acreedor al deudor, sin contar con el consentimiento del fiador, no extingue la obligación, pero la fianza no se extenderá más allá del tiempo primitivamente fijado. No se considera prórroga, la tácita, debida al hecho de no demandar a tiempo el cumplimiento de la obligación, esta es una mera tolerancia, y el fiador podría liberarse exigiendo que se haga efectiva la responsabilidad del deudor a su debido tiempo.

Si el acreedor por su negligencia deja pasar el tiempo y se produce la **insolvencia** del deudor, queda el fiador liberado, porque no tiene razón responsabilizarle de la culpa ajena.

La **prescripción** de la acción contra el fiador corre desde el momento en que el acreedor pudo cobrar a éste. Se interrumpe la prescripción por la demanda contra el deudor principal o contra el fiador.

91.18. Además de los motivos de terminación que afectan a la obligación principal o directamente a la fianza, y que son comunes con la extinción de cualquier obligación, hay otras **causas específicas** aplicables a esta relación de garantía.

91.19. "El **relevo** de la fianza, en todo o en parte, concedido por el acreedor al fiador" (Art. 2283 Num. 1), equivale a una condonación. Hemos expuesto los casos en los que el fiador tiene derecho a pedir este relevo y la dificultad que se produce, ya que el deudor deberá presentar otro fiador o dar otra caución; además, no siendo parte de la fianza el deudor principal, el fiador no tendrá medios eficaces para exigirle el relevo.

91.20. En segundo lugar: cuando "el acreedor, por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse" (Art. 2283 Num. 2). Por ejemplo, el acreedor ha dejado pasar el tiempo de la

prescripción extintiva de una acción ejecutiva, sin interrumpirla: el fiador no podría reembolsarse si pagara, porque ya no sería posible la subrogación en una acción extinguida. Igualmente, si había una hipoteca que garantizaba suficientemente la deuda y el acreedor o no la inscribe o, una vez inscrita la levanta, dejando desguarnecido al fiador.

Si por negligencia del acreedor se hace imposible la excusión, también se extingue la fianza, lo cual está corroborado por lo dispuesto en el artículo 2267.

Casi no es necesario decir que la fianza no se extingue por muerte del fiador, sino que se transmite esta obligación a sus sucesores.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO VIII
LA PRENDA

92. Descripción y definición

92.1. Quien contrae una obligación debe cumplirla, pero no siempre lo hace, sea porque no le resulta posible, sea por resistencia de su voluntad, más o menos de mala fe. Cuando esto sucede, la obligación normalmente se transforma en un **pago en dinero**, voluntario u obligado. El acreedor, por tanto, exigirá el cumplimiento material de la obligación, o a falta de este, el pago de una cantidad que le compense.

De lo dicho se deriva que el acreedor buscará asegurarse que la obligación será cumplida o al menos que percibirá una cantidad de dinero que le deje indemne. El deudor a su vez, para lograr que se le haga confianza, procurará garantizar la realización de lo prometido y esto puede verificarse de diversas maneras. La fianza, por la cual un tercero garantiza la obligación o **garantías reales**, que consisten en destinar ciertas cosas para asegurar con su precio el cumplimiento de las obligaciones. Actualmente estas garantías reales, en nuestro derecho, son la prenda, la hipoteca y la anticresis.

92.2. Históricamente parece que la primera forma de garantía real consistió, en el Derecho Romano, en la **transferencia de la propiedad** de una cosa, que hacía el deudor al acreedor con lo cual, en caso de incumplimiento, el acreedor se quedaba con esa cosa a cambio de lo prometido y no cumplido. Tal sistema aseguraba al máximo al acreedor, pero dejaba al deudor muy poco protegido e incluso se prestaba a notables abusos, por ejemplo, el cobro de intereses usurarios.

El mencionado inconveniente se solucionó mediante la institución de *pignus,* que no transfería la propiedad sino únicamente la posesión, quedando el objeto pignorado en manos del acreedor, a quien se le reconocía sola-

mente un **derecho de retención** hasta que el deudor satisficiera su obligación. Así se lograba una mayor equidad, pero no resultaba suficientemente práctico, porque el deudor podía tener poco interés de recuperar su cosa y demorar desmedidamente el cumplimiento de la obligación para rescatarla. En el mundo moderno, que exige mayor celeridad y agilidad en los negocios el mero derecho de retención no es suficiente y no favorecería la concesión de préstamos.

La prenda, según algunos autores, surgió en el ámbito de las obligaciones agrícolas y recayó inicialmente sobre cosas, muebles e inmuebles, destinados a esa producción; se discute si realmente fue una prenda o una hipoteca. En todo caso, en el mundo moderno, se configura la prenda como una **garantía real sobre muebles** y la hipoteca y la anticresis como garantía real sobre inmuebles, además de otras diferencias.

92.3. La ulterior evolución de la prenda consiste en no pasar al acreedor ni la propiedad ni la posesión de la cosa sino la **mera tenencia**. En algunos sistemas extranjeros no se usa esta terminología de "mera tenencia", sino de "posesión útil", "posesión precaria" y otras.

Otros elementos que precisan el actual contenido de la prenda, consisten en que puede quedar en **manos de un tercero** y que, además de ser una garantía, es un **derecho real**.

92.4. Finalmente, en los años más recientes, han surgido varios tipos de **prendas especiales**, en las que se altera profundamente la institución, puesto que no se requiere la entrega de la cosa al acreedor, sino que permanece en poder del deudor, quien se constituye en una especie de depositario de su propio objeto. Estas prendas especiales han surgido en el ámbito del Derecho Mercantil, y en el Ecuador son: la prenda común mercantil, la prenda especial de comercio, la prenda industrial y agrícola.

92.5. La **definición del Código Civil** se contiene en el artículo 2286: "Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda.- El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario".

92.6. Fijémonos que el legislador emplea en la definición un sinónimo, **"empeño"**, y esta palabra es muy usual en el lenguaje corriente; se habla de "empeñar", "dar en empeño", "casa de empeños".

La palabra "prenda" designa tanto el contrato, como el derecho real que de él surge, y el objeto de uno y otro, la cosa prendada.

El acreedor **"tiene"** la prenda, aunque en algún otro artículo se emplea la voz "posee" o poseer, que, es menos exacta, ya que se trata de una **mera tenencia.**

La finalidad de la prenda consiste en "asegurar el crédito", es decir, que se trata de una **garantía** y por esto mismo, es una obligación accesoria de otra que es principal.

También es mérito de nuestro Código referirse directamente a la condición de **"contrato" Somarriva** sugiere que la definición de nuestro Código debería completarse añadiendo: "dándole al acreedor la facultad de venderla y de pagarse preferentemente con el producido de la venta si el deudor no cumple su obligación". **Puig Peña**, precisa que los contratos de garantía real tienen por objeto afectar una cosa o valor determinado, constituyendo sobre ellos un derecho real accesorio de la obligación que aseguran.

93. Características y modalidades de la prenda

93.1. La ubicación de la prenda en el Código manifiesta el carácter complejo de la institución que es **un contrato y a la vez un derecho real**. Se puede apreciar por esta simple comparación de los sistemas de Francia, España e Italia, la dificultad objetiva de situar las normas sobre la prenda.

Hedemann señala que la figura del *pignus,* de la que deriva la prenda, ha sido aplicada en ocasiones aún en el ámbito del Derecho Público y en el Internacional; recuerda a este propósito la historia de ciudades y países enteros retenidos, en época reciente, como garantía para el cumplimiento de tratados internacionales u otras obligaciones nacidas de conflictos bélicos.

93.2. Orienta para la mejor comprensión de esta materia, la visión de conjunto de las normas del Código Civil sobre la prenda; éstas son las de los siguientes artículos:

Art. 2886.- Descripción o definición.
Art. 2287.- Modalidades de tiempo o condición.
Art. 2288.- Contrato real.
Art. 2289.- Aptitud para dar en prenda: tener facultad de enajenarla.
Art. 2290.- Quien puede constituir la prenda: el deudor o un tercero.
Art. 2291.- Dar en prenda un crédito: entrega del título y notificación.
Art. 2292.- Prenda de cosa ajena.
Art. 2293.- Sustitución de la prenda de cosa ajena.
Art. 2294.- Prohibición de dar prenda contra la voluntad del dueño. Prenda judicial.
Art. 2295.- Acción para recuperar la tenencia de la prenda.
Art. 2296.- Obligaciones del acreedor: guardar y conservar.
Art. 2297.- Utilización de la prenda: sólo con permiso del deudor.
Art. 2298.- Indivisibilidad. Posible sustitución.
Art. 2299.- Ejecución de la prenda: venta o adjudicación.
Art. 2300.- Intervención en la licitación: el deudor y el acreedor.
Art. 2301.- Pago íntegro: suspende la venta.
Art. 2302.- Adjudicación sin subasta, de cosas de ínfimo valor.
Art. 2303.- Restitución de la prenda. Caso de retención de ella.
Art. 2304.- Imputación del precio de la prenda vendida.
Art. 2305.- Aumentos y frutos de la prenda.
Art. 2306.- Redención de la prenda por el comprador de ella.
Art. 2307.- Indivisibilidad en los casos de sucesión del deudor o del acreedor.
Art. 2308.- Extinción de la prenda.

93.3. Características jurídicas de la prenda

Son las siguientes: es un contrato real, unilateral, oneroso, de garantía, accesorio; es también un derecho real, que sólo confiere la tenencia, es indivisible, da lugar al derecho de persecución y a una preferencia; se permite la sustitución; puede cederse, subrogarse, transferirse y transmitirse; puede también prometerse una prenda.

93.4. En primer lugar, hay que destacar que la prenda es un **contrato**. Por su naturaleza, esta relación jurídica consiste en un acuerdo de voluntades del cual dimanan obligaciones. Se han de aplicar, por tanto, las normas generales de los contratos en cuanto no existan reglas especiales que prevalezcan.

El hecho de que ciertas personas estén obligadas a dar caución y que ésta pueda consistir en prenda, no desvirtúa la naturaleza contractual. Tal es la situación de los tutores y curadores, aunque no se les admite prenda común sino solamente la especial.

93.5. El contrato de prenda es de los que se perfeccionan con la entrega de una cosa, por lo cual pertenece a la categoría de los **contratos reales**.

Expresamente dice el artículo 2288: "Este contrato no se perfecciona sino con la entrega de la prenda al acreedor".

Las prendas especiales de comercio o de industria y agricultura, son una excepción a esta norma, porque, a diferencia de la civil, no implican desplazamiento de la prenda de manos del deudor (o tercero) al acreedor (o tercero), sino que permanece en el poder y tenencia del dueño de ella; pero en la prenda civil es esencial la **entrega**. Esta consiste en la **mera tenencia**. Excepcionalmente, hay transferencia del dominio, cuando la prenda consiste en dinero destinado a gastarse. La prenda en esta situación excepcional se desvirtúa un tanto y se suele llamar "prenda irregular". No deja de ser contrato real, cuando se agregan solemnidades, voluntarias o exigidas por ley especial; en este caso, además de real, el contrato se convierte en **solemne**.

Las condiciones de real y de solemne, excluyen absolutamente la posibilidad de una prenda puramente **verbal o tácita**. Por esto, entre otras razones, no se identifican con la prenda los simples derechos de retención que se reconocen por las leyes a ciertas personas, como el arrendatario, el depositario, etc.

Nada tiene que ver esta característica de ser contrato real, con el hecho de que la prenda sea también un **derecho real**; esta es otra y muy diversa característica.

93.6. La prenda es una **garantía, una caución** del cumplimiento de una obligación principal, como consta en el artículo 31 del Código. Por esto mismo, la prenda tiene carácter **accesorio**, lo cual influye decisivamente en los modos de extinguirse y en las posibles modificaciones.

93.7. En principio la prenda ha de garantizar una obligación **determinada**, aunque se admite que sea simplemente "determinable" más adelante, cuando surja en concreto, como sucede en un negocio cuyos extremos no se especifican suficientemente desde un primer momento pero cuenta con bases ciertas para concretarse después.

Se discute sobre la validez de la llamada "prenda general", destinada a garantizar cualquier obligación que llegue a tener el deudor para con el acreedor. En Chile, como explica **Somarriva Undurraga**, se permite expresamente la prenda general en el caso de las especiales en garantías a favor de los bancos, en la prenda industrial y en las llamadas *"warrants"*, pero no en las demás. En el Ecuador, entiendo que no hay inconveniente en admitir la prenda general también en el plano civil ordinario, por cuanto el artículo 2287 dice en su última parte: "Podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor prendario". Si solamente se dijera, todas las obligaciones que tenga, cabría la duda sobre la aceptación de la prenda general, pero al agregarse el futuro "pueda tener", descarta cualquier limitación. La determinación de la prenda se establece por la indiscutible identificación del deudor y el acreedor, y la voluntad de ambos de que se garanticen cuantas obligaciones surjan.

93.8. La forma mediante la cual la prenda obra como garantía consiste en la posibilidad de que la cosa sea **vendida** para cubrir con su precio el monto de la obligación principal (con sus intereses, costas y eventuales indemnizaciones). Se trata, por consiguiente de una liquidación que permite compensar al acreedor por su crédito no satisfecho.

93.9. "La prenda podrá otorgarse bajo cualquiera **condición** y desde o hasta cierto día", es decir, **con plazo inicial o final** (Art. 2287). Se deja un amplio campo para la convención entre las partes, quienes pueden así modificar el derecho como mejor les convenga. Únicamente no cabe que la obligación accesoria soporte una carga económica mayor que la principal, precisamente por su carácter de accesoria; pero bien puede comprender la

obligación principal y sus anexos, como son los gastos del mismo cobro, intereses y eventuales indemnizaciones por perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deudor.

93.10. Dentro de esta libertad de contratación, se admite que la prenda garantice toda clase de obligaciones: primeramente las de naturaleza civil, pero también las puramente naturales. Si una obligación civil se extingue por prescripción, suele perdurar una simplemente natural y la anexa prenda llevará también este carácter. En cambio, si la prenda se constituye cuando ya ha surgido la obligación puramente natural, al establecerse la prenda con conocimiento de esta circunstancia por parte de deudor y acreedor, la garantía tendrá carácter civil y no puramente natural.

Son mercantiles las que garantizan obligaciones de esa índole, pero nada impide que una prenda mercantil caucione una obligación civil. En cuanto a las prendas especiales de comercio, industria o agricultura, tienen una finalidad más específica que circunscribe su eficacia a la garantía de operaciones de la respectiva categoría.

Los *"warrants"* o prendas de mercancías en poder de entidades administrativas (aduanas, normalmente), o depositadas en Almacenes Generales, permiten negociar el derecho de prenda, mediante endoso de los recibos o constancias; éstas prendas especiales también pueden garantizar cualquier clase de obligaciones, aunque generalmente se desenvuelven íntegramente en el campo comercial.

93.11. La prenda se considera generalmente como un contrato **unilateral**. En las civiles, con desplazamiento de la tenencia a manos del acreedor, solamente éste contrae la obligación de conservar y devolver la prenda, mientras que las obligaciones que eventualmente surgen a cargo del deudor, dependen de eventos posteriores a la celebración del contrato: él ya ha hecho lo que le corresponde al entregar la cosa y con ello se perfecciona el contrato; pero si por la mala condición de la cosa u otros factores se producen daños para el acreedor, el deudor deberá indemnizarle, esto resulta puramente accidental y no justifica considerar bilateral al contrato. En las prendas especiales, por el contrario, al no desplazarse la prenda es el deudor el único que contrae obligaciones, en calidad de secuestre o depositario

de su propia cosa, la que debe ser conservada y mantenida a órdenes del acreedor para que pueda ejecutar sobre ella su crédito.

93.12. Igualmente, se disputa sobre si la prenda ha de considerarse contrato **gratuito u oneroso.** La constitución de prenda, así como el remitirla, presentan tal semejanza con la donación, que el legislador juzgó oportuno aclarar en el artículo 1413 que no son formas de donación; pero, indudablemente se trata de actos de benevolencia o beneficencia, gratuitos, pues aventajan solamente a la otra parte: al dar prenda el deudor le facilita al acreedor el cobro de lo suyo, sin ninguna compensación por ello. Me inclino por la calificación de gratuito porque el acreedor al recibir la prenda no se empobrece de manera alguna, sino que consigue una mayor seguridad de su crédito.

Somarriva considera que la prenda es onerosa, aunque sostiene que esta calificación es meramente doctrinaria, porque no asume más importancia que la de indicar la clase de culpa por la que responde el deudor y para la procedencia de la acción Pauliana; y ambos puntos han sido resueltos directamente por el Código estableciendo que la responsabilidad se extiende hasta la culpa leve y concede la acción Pauliana, exigiendo para que proceda, la mala fe de ambas partes.

93.13. Otro aspecto de la prenda debemos considerar: su condición de derecho real

El derecho real de prenda consiste en la **facultad que tiene el acreedor** de tener la cosa bajo su poder, de perseguirla en manos de cualquier tercero que pudiera llegar a apoderarse (incluso el mismo dueño y deudor prendario), y de realizar el valor de la prenda para pagarse con éste su crédito garantizado.

Como todo derecho real, se puede hacer valer ante cualquier persona -*"erga omnes"*- e implica una cierta relación con el objeto del derecho, independientemente de la relación con una determinada persona. En el caso de la prenda y veremos que también en la hipoteca y en la anticresis-, las facultades del titular no son tan amplias como las del propietario (no tiene ni el uso, goce ni disposición directa e inmediata de la cosa), pero el acreedor podrá **retener** la cosa, **defenderla** *(ius persequendi),* y, en caso de incumpli-

miento de la obligación del deudor, tiene la facultad de hacerla **vender** para pagarse con su precio. Estas tres facultades se ejercitan directamente sobre la cosa y no dependen de una especial relación con otro sujeto, sino que valen y son **eficaces frente a cualquier tercero**.

Algunos autores han pretendido dar explicaciones más sencillas o unitarias del carácter de derecho real de la prenda, pero tales simplificaciones no convencen porque descuidan alguno de los tres elementos antes mencionados que completan el sentido del derecho real de prenda. Además, la prenda confiere una **preferencia**, y tal prelación del crédito prendario se ejecuta respecto de cualquier persona, como es propio del modo de actuar de los derechos reales.

93.14. En cuanto al derecho positivo ecuatoriano, es categórico en clasificar la prenda como un derecho real.

El artículo 595 define los derechos reales y los enumera; entre ellos, figuran la prenda y la hipoteca. Advierte, además, que de los derechos reales nacen **acciones reales**.

En otros artículos se hace referencia a la prenda como un derecho real, por ejemplo en el 2392, a propósito de la prelación de créditos.

93.15. El derecho real de prenda es **indivisible**. El artículo 1542 explica el funcionamiento de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones y refiriéndose expresamente a la prenda, el numeral 1 dice: "La acción prendaria o hipotecaria se dirige contra el codeudor que posea, en todo o en parte, la cosa empeñada o hipotecada. El codeudor que ha pagado su parte de la deuda no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aún en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aún en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores".

A su vez el artículo 1588 dice: "Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor; aun sin su conocimiento, o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor". Pero, evidentemente, no podrá **retirar la prenda** quien no tenga mandato o autorización de quien la constituyó.

Hecha la cesión de bienes los acreedores pueden dejar al deudor la administración de los bienes o hacer los convenios que resuelvan por mayoría, "pero los acreedores **privilegiados, prendarios** o hipotecarios, no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría, si se hubieren abstenido de votar" (Art. 1638). Por el contrario, si se colocan ellos mismos en posición de igualdad con los demás coacreedores y participan de la votación, equivale a una renuncia de su privilegio y tendrán que atenerse a lo resuelto por la mayoría.

93.16. La prenda puede **cederse, transferirse, transmitirse, subrogarse o sustituirse**. Es decir que este derecho real está sometido a las normales reglas que rigen los de su especie. Respecto de la **sustitución** de la fianza por una prenda o hipoteca, la ley distingue dos casos, si se trata de obligación contractual de rendir caución, no se puede cambiar la fianza por una prenda o hipoteca, sin contar con la aceptación del acreedor, no se puede "contra su voluntad", dice el artículo 2240; pero cuando la fianza es exigida por la ley o por decisión del juez, puede sustituirse con una prenda o hipoteca suficiente.

93.17. Se ha discutido si cabe **promesa de prenda**, en consideración del carácter accesorio, al parecer incompatible con el establecimiento de la garantía antes de que surgir la obligación garantizada. Pero, bien entendido que la promesa no es el derecho real sino una obligación personal de constituir la prenda, no se ve inconveniente.

94. Analogías

94.1. Presentan notable similitud con la prenda que se establece por contrato, varias situaciones jurídicas en las que una persona **retiene**, autorizado por la ley, una cosa ajena para seguridad de un crédito. Así sucede cuando se ha contratado la ejecución de una cosa mueble, que el artesano retiene hasta que se le pague, o en la retención de los equipajes del huésped de un hotel, etc. En todas estas circunstancias hay en común con la prenda el **derecho de retención**, pero no existe un derecho real de persecución de la cosa ni el *ius distraendi,* para pagarse con el precio de la cosa vendida; en una palabra, no son prendas, sino derechos personales análogos a ella.

94.2. Tratando de la compraventa, el artículo 1742 explica lo que son las **arras** y sus efectos: "Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retirarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas". Aquí nos hallamos ante una relación compleja en la que se distingue una verdadera prenda por parte de quien entrega las arras en garantía, pero con una obligación recíproca de la otra parte, quien no constituye derecho real, sino solamente promete "devolver dobladas" las cosas recibidas en prenda.

94.3. Tampoco hay prenda en la **transmisión fiduciaria de la propiedad**, como sucede en la venta con pacto de retroventa, o en depósitos de valores en bancos con la condición de aplicarse al pago de obligaciones en caso de mora o a devolverlos al cumplimiento de la obligación. Aún la prenda de dinero, hemos indicado ya que ha de considerarse como un caso anómalo, excepcional o irregular, porque transfiere la propiedad, a diferencia del contrato de prenda propiamente dicho, que no transmite la propiedad, ni siquiera la posesión.

94.4. Las **prendas especiales** mercantil, de industria o agricultura, reguladas por el Código de Comercio, significan una evolución de la prenda civil, porque se prescinde de la obligatoria entrega de la cosa al acreedor; son prendas "sin desplazamiento" de la cosa, la cual permanece en manos del deudor o bien se entrega a un tercero. Estos contratos especiales tienen ciertas peculiaridades entre las que hay que destacar: 1. Son contratos solemnes, que necesariamente se han de realizar por escrito, y a veces, por instrumento público; 2. Normalmente se exige una inscripción en registros públicos; 3. Los documentos que certifican estas prendas especiales suelen ser negociables, por endoso o por cesión regular; 4. Se permite expresamente la constitución de más de una prenda sobre las mismas mercancías.

94.5. Entre las prendas especiales, han adquirido mayor difusión los *"warrants"*, que permiten al acreedor ejercitar el derecho de retención sobre el vale del depósito hecho por el deudor en Almacenes Generales. La ley permite al tenedor del vale inspeccionar y tomar medidas conservativas y responsabiliza a los Almacenes Generales hasta por la culpa levísima, incluso de los empleados del mismo.

94.6. La hipoteca y la anticresis son prendas sobre inmuebles, con características bastante diversas de la prenda que solamente se aplica muebles.

Conviene mencionar que el último artículo del Título de la Anticresis, dice así: "En cuanto a la anticresis judicial o **prenda pretoria**, se estará a lo prevenido en la ley". Toda institución jurídica se somete a las leyes y no es preciso decirlo, salvo que por comodidad se quiera señalar la precisa disposición que la regula; en este caso no se indica cuál sea tal ley, y por simple lógica se deduce que ha de ser el Código de Procedimiento Civil; ahora bien, en este cuerpo legal no existe ninguna sección o capítulo dedicado a la prenda pretoria, y solamente se pueden encontrar referencias a ella, dispersas a lo largo de su texto.

95. Clases de Prenda

95.1. Dejamos de lado las **prendas especiales**, reguladas por el Código de Comercio. El artículo 582 de este código se remite al Código Civil en cuanto no esté especialmente regulado por el de Comercio.

La prenda común de comercio se distingue de la civil, según las normas generales relativas a los actos de comercio, mientras que para la prenda especial de comercio se ordena que "sólo podrá establecerse a favor de un comerciante matriculado y sobre los artículos que vende para ser pagados mediante concesión de crédito al comprador"; en los demás casos estaremos ante una prenda civil. La prenda agrícola o industrial se distingue fácilmente por las exigencias de forma (Art. 581), los objetos precisos a que se refiere (Arts. 559 y 560) y el registro (Arts. 562 y 563).

95.2. Concretándonos a la prenda civil, varios autores señalan tres clases: contractual, legal y judicial.

95.3. Nuestro Código Civil se concentra en la prenda **contractual** y solamente hace una referencia indirecta a las otras dos. Dice el artículo 2294: "No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad, para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia". No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan".

Se hace referencia al **embargo** judicial, por el cual el juez ordena tomar bienes del deudor que se entregan a un depositario judicial para proceder a su venta en pública subasta o remate. He aquí la prenda judicial.

La **prenda legal**, está insinuada en el segundo inciso. Caso de esta prenda establecida, no por pacto expreso de las partes, sino por mandato de la ley, se encuentra en este mismo Título, en el artículo 2303, que estudiaremos más adelante.

No se trata de una prenda legal, la permitida a los guardadores, en lugar de prestar fianza; ésta es una prenda especial voluntaria, de índole contractual, aunque intervenga el juez para aprobarla. Los tutores y curadores deben otorgar fianza antes del discernimiento de la guarda, y conforme al artículo 401, pueden dar hipoteca, prenda comercial, agrícola o industrial, u otra caución suficiente, aceptada por el juez. No cabe la simple prenda, porque sería el pupilo quien debería tenerla y él es incapaz; las prendas especiales quedan en manos del que las constituye. Esta posibilidad de constituir prenda especial, se corrobora en el artículo 536.

95.4. No parece que sean diversas clases de prendas las que se contratan bajo **condición o con un plazo inicial o terminal**, como autoriza el artículo 2287. Éstas son simples modalidades admitidas en el contrato normal de prenda civil.

96. Sujetos del contrato de prenda

96.1. Resulta evidente que, por tratarse de un contrato accesorio, las partes del contrato principal son las que necesariamente han de intervenir en el secundario: el **deudor y el acreedor**. El artículo 2294 pone a resguardo al deudor al prohibir terminantemente que se prescinda de su voluntad o que se retenga contra su querer una prenda.

96.2. Pero, además de las dos indicadas personas, **un tercero** interviene cuando la cosa prendada pertenece a éste. Tal posibilidad está prevista en el artículo 2290: "La prenda puede constituirse no sólo por el deudor sino por un tercero cualquiera, que hace este servicio al deudor". En estos supuestos, el tercero o los terceros intervienen de manera parecida a cómo puede hacerse en el caso de la fianza, con la diferencia de que los terceros

no comprometen su patrimonio sino exclusivamente la cosa dada en prenda o su valor.

96.3. Nada impide que la prenda garantice obligaciones de un deudor plural o de **varios deudores**: de una sociedad, comunidad o grupo de personas.

96.4. En cambio, la cuestión de si una misma prenda puede garantizar a favor de **varios acreedores** es más difícil. Como la prenda se entrega y solamente entonces se perfecciona, esa tenencia debe corresponder necesariamente a uno sólo, de aquí que la prenda civil no se conciba con pluralidad de acreedores.

96.5. En cuanto a la **capacidad** del deudor o del tercero que entrega la prenda, se rige por las reglas generales: en la prenda civil, como únicamente se da la tenencia al acreedor, no hay enajenación, y basta con la capacidad de obligarse; tratándose de las prendas especiales, en las cuales sí se transfiere la propiedad o la posesión (reteniendo el deudor la mera tenencia), se requiere capacidad de enajenar.

96.6. Distinta cuestión plantea la **facultad de enajenar**, que se precisa en el que empeña. El artículo 2289 dice: "No se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad de empeñarla", esto supone o bien ser propietario del objeto, o tener otro derecho que permita darlo en prenda (como el de usufructo) o, finalmente, tener poder, encargo o facultad de disponer de los bienes de otro por contrato o por disposición de la ley. En esta última situación se hallan los mandatarios, los comisionados, los gerentes o administradores con facultades para esto.

96.7. Como indica Planiol, la carencia de facultad para empeñar no origina nulidad del contrato si el acreedor ha entrado en posesión (mejor dicho, tenencia) de **buena fe**. El defecto de capacidad o de facultad de disponer, permite demandar la declaración de la nulidad relativa y después reclamar la devolución de la cosa.

96.8. El artículo 184 confiere a los **herederos** y al cónyuge sobreviviente, el derecho de reclamar la devolución de la prenda que se hubiere establecido sin cumplir las normas de la administración de bienes de la sociedad con-

yugal o del cónyuge fallecido. Es decir, que la nulidad que podía haber alegado el de *cuius*, pasa a los sucesores.

96.9. No entra en las facultades administrativas ordinarias del **socio**, el empeñar o hipotecar los bienes de la compañía, salvo urgente necesidad; en los demás momentos deberá consultar con sus consocios y tener su aprobación (Art. 1982).

96.10. Los **guardadores** administran los bienes de sus pupilos con ciertas restricciones, entre las que está la prevista en el artículo 418, según el cual requieren de autorización judicial para "empeñar los muebles preciosos", esto es, los de gran valor y el juez no autorizará sino por causa de necesidad o utilidad manifiestas.

96.11. El representante del **ausente**, es legítimo administrador de sus bienes y tiene las mismas obligaciones facultades y obligaciones que los curadores; dentro de esas facultades no está la de dar los bienes del ausente en prenda, pues entraña un acto de dominio y no de mera administración. La misma consideración debe hacerse respecto de los herederos que entren en posesión provisional de los bienes del ausente, una vez hecha la declaración de ausencia. Con la posesión definitiva sí podrán dar en prenda; pero si el ausente se presentare o se probare su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen.

97. Objeto en prenda

97.1. En la definición de la prenda, se indica el objeto que sirve para este contrato: una **cosa mueble**, sin restricción alguna. Naturalmente ha de reunir los requisitos generales del derecho, para ser objeto de un contrato, principalmente el ser "objeto lícito", conforme al artículo 1478.

El bien dado en prenda debe **estar en el comercio**; no habría objeto lícito en la entrega de una cosa embargada, o si se ha hecho cesión de bienes y aún antes de la cesión, si se ha constituido la prenda de mala fe, esto es, sabiendo ambas partes el mal estado de los negocios del deudor (Art. 2370 num. 1).

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

97.2. Como la prenda se constituye mediante su entrega, el objeto ha **de poder ser entregado**, y esto no sería posible respecto de un mueble secuestrado o embargado.

97.3. En el contrato de prenda lo que se entrega es únicamente la **tenencia**, y según dispone el artículo 1478 una declaración de voluntad -como lo es todo contrato-, puede referirse a la mera tenencia. Si el constituyente carece de la tenencia no puede entregarla y no cabe prenda, salvo que ya esté en manos del acreedor por otro motivo y decidan las partes que quede como prenda.

97.4. Las cosas que **no existen** pero que se espera que lleguen a ser, no sirven propiamente para el contrato de prenda, por la imposibilidad de entregarlas, solamente cabría una promesa de prenda.

97.5. Normalmente la cosa ha de **pertenecer** al que constituye la prenda, sea el mismo deudor u otra persona que le favorece con esta garantía real.

No hay inconveniente alguno de entregar una **cosa ajena**, con el consentimiento o el expreso mandato del dueño. En rigor sería el mismo propietario quien la entrega por intermedio de otro. Esta posibilidad de entregar cosa ajena con el permiso de quien tiene su dominio, se insinúa en el artículo 2292, que prohíbe la entrega de cosa ajena **sin** el consentimiento de quien puede disponer de ella.

Esta tercera hipótesis, de la entrega de cosa ajena sin la anuencia del dueño, todavía permite la existencia y validez del contrato, si ha habido buena fe y subsiste mientras no la reclame el dueño. Si la cosa ha sido perdida, robada o hurtada, la ley se remite a la regla dada para el comodatario de cosas que estén en tales circunstancias: No puede retenerlas, sino excepcionalmente, hasta recibir la indemnización por costas o por daños ocasionados.

Estas reglas se formulan en el artículo 2292: "Si la prenda no pertenece al que la constituye, sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato, mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa haber sido hurtada, o tomada por fuerza, o perdida, en cuyo caso se aplicará a la prenda lo prevenido en el artículo 2085". No

puede el acreedor negarse a entregar la cosa robada pretextando que no se le ha cancelado su crédito, pero sí puede retenerla hasta que se le paguen las costas o la indemnización por los daños producidos por la tenencia de la cosa robada.

97.6. En los casos en que el acreedor tiene que devolver la prenda o entregarla a un tercero, por haber demostrado ser el propietario sin cuyo consentimiento se constituyó la prenda, el acreedor podrá exigir que se le **reemplace la caución**, sea con otra prenda satisfactoria o con otra garantía, como la fianza o la hipoteca. Así lo establece el artículo 2393.

Corrobora la regla de que quien entrega la prenda debe ser dueño de ella, o tener la autorización del dueño, lo dispuesto en el artículo 1633. El deudor que empeña bienes ajenos como si fueran suyos, no actúa de buena fe y no le protege la ley, por lo cual el referido artículo excluye de la cesión de bienes el caso del deudor que ha procedido en esa forma ilegítima.

97.7. Valencia Zea indica de manera sintética las varias clases de objetos que sirven de prenda: sólo serán cosas muebles, presentes (las futuras únicamente se prometen dar en prenda); simples o compuestas, singulares o universales. El propietario puede constituir prenda sobre una cuota o parte de una cosa mueble que posea (pero el acreedor ha de recibir la cosa misma).

97.8. Especial referencia hace nuestro Código a la **prenda de un crédito**, es decir, de una cosa inmaterial. Ésta se verifica entregando el título que representa ese derecho personal (crédito), y, además, notificando al deudor que no debe pagar a distinta persona del tenedor de dicho documento. Así lo ordena el artículo 2291: "Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor notifique al deudor el crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague a otra persona".

97.9. Nada dice la ley sobre la prenda de **otros objetos inmateriales** tales como los derechos de autor, y habría que concluir, por analogía con el artículo que acabamos de transcribir, que, si consta en un documento podría entregarse en garantía, con la notificación correspondiente. Desde luego, solamente se aplicaría esto al derecho económico y no al derecho de autoría, que es intransferible.

97.10. En el campo del derecho Mercantil, se considera la prenda de **patentes**, marcas de fábrica y otros derechos. En esa otra rama jurídica, el objeto del contrato de prenda suele ser más restringido: se enumeran expresamente las cosas que se pueden dar en prenda agrícola (Art. 578 del Código de Comercio) o en prenda industrial (Art. 579 ibídem).

97.11. En el plano civil se limita la posibilidad de dar en prenda ciertos objetos de especial valor más bien por consideración al sujeto, para proteger a los incapaces. Así, el artículo 418 dispone que los muebles preciosos o con especial valor de afección que pertenezcan a un pupilo, no pueden darse en prenda por parte de sus tutores o curadores sino con autorización judicial si existe causa de utilidad o necesidad manifiesta. Esta norma sanciona como ilícitos los actos realizados sin esa autorización del juez, por lo que concluimos que no son nulos sino anulables, por falta de un requisito exigido en consideración del estado o capacidad de las personas; en tal sentido existe jurisprudencia.

97.12. No todos los derechos se pueden dar en prenda. Entre los derechos reales, no admiten este gravamen en garantía, ni el **usufructo del padre** o madre de familia, ni el del administrador de la sociedad conyugal; tampoco cabe dar en prenda un derecho de prenda o de hipoteca, ni las servidumbres (que no se separan de la finca a que pertenecen). Sí se admite la prenda sobre el usufructo normal (no los especiales, indicados antes) o la propiedad fiduciaria.

97.13. Cuestión distinta de la analizada hasta aquí, es la del **objeto que la prenda puede garantizar**. La prenda puede asegurar el cumplimiento de obligaciones civiles y aún de las simplemente naturales. Pero respecto de éstas, parece que solamente sería posible tratándose de obligaciones de otra persona, ya que no resulta congruente que el deudor de esta clase al dar una prenda contraiga una obligación civil provista de la correspondiente acción, mientras que la obligación principal (puramente natural), carece de acción. Al dar la prenda como garantía de una obligación natural propia, más bien parece que ésta se transforma en civil por el reconocimiento o ratificación por parte del deudor; si subsistiera la obligación solamente como natural, por haber prescrito la acción para exigirla, el dar una prenda en seguridad del cumplimiento, es un reconocimiento del derecho ajeno que interrumpiría la prescripción.

98. Forma del contrato de prenda

98.1. Queda expresado que la prenda es contrato real y, por tanto, se perfecciona mediante la **entrega** de la cosa, llamada también prenda.

Con un poco de inexactitud el artículo 2288 dice: "Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor". Lo que se entrega es el objeto o cosa que se constituye en prenda, pero no siempre la recibe el acreedor, sino que puede también quedar en manos de un tercero.

98.2. Como la entrega es en calidad de **tenencia**: el acreedor o el tercero reciben la cosa para tenerla con cargo de devolverla al dueño que sigue siendo tal. El que constituye la prenda que a su vez será el deudor o un tercero, sigue poseyendo la cosa a través del tenedor, quien no la detenta con ánimo de señor y dueño (no es poseedor), sino en nombre del propietario. Sin embargo, en defensa del derecho del *"dominus"* y en interés de ambas partes, el tenedor podrá defender el derecho sobre la cosa, persiguiéndola contra cualquier usurpador.

Queda muy claro en el artículo 740 que la prenda solamente transfiere la tenencia de la cosa, conservando el posesor su posesión. La prenda no es título traslativo del dominio, ni siquiera de la posesión. También el artículo 729, que define la mera tenencia como la que "se ejerce sobre la cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño", enumera, entre otros casos, el del "acreedor prendario", quien es "tenedor de la cosa empeñada".

La tenencia de una cosa pasa a los sucesores del tenedor, por esto los herederos de una persona que tenía en su poder una prenda, pueden exigir que se les entregue dicha cosa, y en la acción de petición de herencia se comprenden no sólo las cosas de que era propietario el causante, sino también las que poseía o simplemente tenía, como es el caso de la prenda. Así se dispone en el artículo 1287.

98.3. La entrega se realiza generalmente por una peculiar **tradición**, específica de este contrato, precisamente por lo que se acaba de exponer: porque se trata de una tradición que no transfiere la propiedad, ni siquiera la posesión, sino solamente la mera tenencia. Sin embargo, los procedimientos o

maneras de efectuar la tradición de la prenda, son los mismos que se disponen en el artículo 700, aplicables a las cosas corporales muebles. Presentan alguna dificultad las dos formas señaladas en el numeral 5°, la *traditio brevi manu* y el *contitutum possesorium,* por dos razones que señalan muchos autores: porque en la prenda no hay transferencia de dominio, y porque conviene que la constitución de prenda sea manifiesta, de suerte que los terceros no incurran en error o engaño, pensando que una persona continúa teniendo plena disponibilidad de cierta cosa; ese error afectaría al crédito o solvencia, por lo cual se exige que conste la entrega de la prenda.

También se advierte la dificultad de aplicar la entrega por entrega de llaves, si esto no da suficiente publicidad al contrato, y la inconveniencia del compromiso de poner la cosa a disposición de la otra parte, puesto que solamente el momento en que se entregue la cosa surgirá propiamente el contrato y hasta entonces no sería más que una promesa de prenda.

98.4. La **intención** de quien entrega y la de quien recibe, asumen gran importancia, pues no basta la materialidad de que una cosa pase de unas manos a otras. El artículo 2294 advierte que "No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad" ni tampoco "retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda". Se requiere, pues, la voluntad de entregar y ha de ser una voluntad libre. También se exige que quien la recibe, lo haga en calidad de tenedor de la prenda, sea el acreedor o un tercero y, en este segundo caso, han de estar conformes deudor y acreedor en confiar la prenda a ese tercero.

Cuando se deposita la prenda en manos de **un tercero,** debe constar claramente la voluntad tanto del acreedor como del deudor, de que esa persona tenga la prenda en calidad de garantía del cumplimiento de la obligación principal. Ese tercero no contrae ninguna obligación a título personal y solamente es un ejecutor de las voluntades de las dos partes.

98.5. Tiene igualmente suma importancia que conste **cuál es la deuda garantizada**, es decir, a qué obligación accede la prenda. Muchas veces será preciso que esto conste en un documento.

98.6. La frecuencia con la que se deja **constancia escrita** de la prenda plantea la cuestión de si este documento integra la forma o solemnidad del

contrato. Se discute sobre el valor de la constancia escrita: algunos la consideran necesaria para la constitución, ya que sin ella no se podría saber muchas veces, cuál es la obligación principal respecto de la cual la prenda es accesoria; otros piensan que el documento no es una formalidad constitutiva pero sí resulta necesario para la prueba en todos aquellos casos en que el derecho exige un principio de prueba por escrito. Considero más probable esta segunda hipótesis, ya que la ley es demasiado categórica al afirmar el carácter **real** de la prenda: se perfecciona por la entrega.

98.7. Para la prenda de **créditos**, está prevista una forma especial de entrega: la del título, juntamente con la notificación al deudor para que no pague a persona distinta del tenedor de ese documento (Art. 2291). Y por analogía, hay que pensar que la entrega de otros derechos inmateriales, como los de autor se han de verificar de modo parecido, entregando el respectivo título; mientras que en los derechos personales que no consten en un título, se requeriría la cesión del derecho con la consiguiente notificación.

98.8. En el plano civil es peculiar el **derecho de herencia**, que también podría darse en prenda, pero la entrega tendría que ser de acuerdo con la naturaleza de este bien inmaterial: está prevista la inscripción en el Registro de la Propiedad, y allí debería constar la entrega en prenda.

98.9. Para las **prendas especiales**, propias del ámbito comercial, existen normas específicas, que consisten en la entrega de los títulos, contratos o recibos, los cuales son generalmente negociables. En estas prendas especiales se suele exigir, además, el registro en una entidad pública, como el Registro Mercantil, o en el Banco Nacional de Fomento, etc. Algunos de estos documentos se transfieren mediante endoso, como sucede con el aval de una letra de cambio, o los *"warrants"*, certificados de mercancías normalmente importadas.

99. Derechos del acreedor prendario

99.1. La garantía del crédito mediante la prenda, origina los derechos del acreedor, que consisten en: 1. Retener la prenda en su poder; 2. Ejecutar o liquidar la prenda, haciéndola vender o adjudicar; 3. Recibir el pago que le indemnice de la obligación no cumplida y de las costas y otros perjuicios.

Más analíticamente, Treviño enumera once derechos del acreedor prendario: l. Preferencia de su crédito; 2. Persecución de la cosa prendada; 3. Ser indemnizado por los gastos de conservación, a no ser que, por convenio de las partes pueda usarla; 4. Exigir otra prenda o dar por vencido el plazo de la obligación garantizada, si se pierde la cosa sin culpa del acreedor; 5. Vender u obtener la adjudicación de la prenda; 6. Retención; 7. Derecho de que el deudor defienda la prenda si se perturba la posesión; 8. Derecho de que extienda la prenda a sus accesorios y aumentos; 9. Usar la cosa, pero solamente con el permiso expreso del constituyente; 10. Percibir los frutos, si así se ha convenido; 11 Demandar al deudor si hubiere vendido la cosa y si el precio no cubre el crédito, ejecutando otros bienes del deudor.

99.2. Considero que el derecho fundamental, del que en cierto modo derivan los demás, consiste en **tener la prenda.** Se constituye el contrato con la entrega, al acreedor o a un tercero, de suerte que sin esa especial tradición, no hay contrato; se trata de una mera tenencia y que puede ejercitarse por uno mismo o por medio de otro encargado de ello; en este último caso, el tercero que detenta la cosa se caracteriza como un depositario o secuestre.

99.3. La tenencia indicada, **dura hasta** que se satisfaga totalmente la obligación garantizada, con sus anexos, a saber, las costas del cobro, la compensación de las expensas necesarias para la conservación y la indemnización de los perjuicios.

Este es el plazo normal de duración de la tenencia de la prenda; puede **prolongarse**, en el caso especial previsto en el artículo 2303: "Satisfecho el crédito totalmente, deberá restituirse la prenda.- Pero podrá el acreedor **retenerla** si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1. Que sean ciertos y líquidos; 2. Que se hayan contraído después de la obligación para la cual se ha constituido la prenda; y, 3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior". Se extiende la prenda, de esta manera tácita, siempre que la nueva obligación surja durante la vigencia del contrato (después de la entrega y antes de su extinción), además, deberá estar vigente la nueva obligación después de pagada la primera y reunir las calidades de ser cierta (no sujeta a discusión) y líquida.

Se discute sobre si la retención de la prenda ha de extenderse hasta el vencimiento de la obligación principal, o hasta el momento del pago efectivo al acreedor. Me adhiero a la opinión de Somarriva y otros, que prefieren la segunda solución, puesto que resulta más equitativa, ya que la prenda tiene la finalidad de garantizar el pago y no simplemente de cumplir una obligación abstracta o meramente formal.

99.4. Dado el carácter indivisible de la prenda, se ha de conservar **íntegra** por todo el tiempo de su vigencia. No puede el deudor o el tercero que la dio, exigir una devolución parcial por haber cancelado una parte de la deuda. Como esta indivisibilidad se concede a favor del acreedor, él bien puede renunciar a su derecho y conceder la devolución parcial de la prenda, si es posible. Se presenta esta situación sobre todo en las herencias: si varios herederos suceden en la deuda y cada uno está obligado por una alícuota de ella, al pagar lo que le corresponde, no puede liberar a los demás, ni exigir la devolución parcial de la cosa dada en garantía; igualmente si hay varios acreedores que suceden al de *cuius*, uno de ellos satisfecho en sus derechos, no puede devolver la prenda, con perjuicio de los demás acreedores.

99.5. La tenencia de la prenda, está protegida por el derecho de doble manera: el mismo acreedor puede ejercitar las **acciones posesorias** o bien se dirige al deudor para que sea él quien la defienda jurídicamente. Iniciada una acción reivindicatoria para recuperar la prenda, el acreedor tiene derecho de intervenir en el juicio, en defensa de su derecho real de prenda, aunque no sea más que un tenedor desposeído. Prácticamente se asimila, para estos efectos al dueño de la cosa. La defensa del acreedor puede dirigirse incluso contra el dueño de la cosa, porque éste no debe apoderarse arbitrariamente de lo entregado en garantía.

El acreedor prendario puede **reivindicar** su derecho real de prenda, ya que el Código permite esta acción en defensa de los derechos reales, menos el de herencia.

99.6. Si el acreedor perdiere la tenencia de la cosa, por haberla reivindicado su dueño, el primero puede exigir que se **sustituya** la prenda, según ordena el artículo 2293. Tal obligación de dar otra cosa de igual o mayor valor u otorgar caución suficiente, corresponde al deudor. El incumplimiento de

esta sustitución, confiere al acreedor un nuevo derecho: el de exigir el **pago inmediato** de la obligación principal, aunque esté pendiente el plazo.

99.7. Puesto que el acreedor es mero tenedor de la prenda, el deudor (o el tercero) conserva **la propiedad y puede disponer** de ella, enajenándola o gravándola; lo que le está vedado es privar al acreedor de su derecho real, por tanto, si el deudor vende la cosa, contrae la obligación de entregarla al comprador, pero no puede cumplir esa obligación mientras el acreedor no sea plenamente satisfecho de todos sus derechos.

En el contrato de prenda industrial o agrícola, sí se prohíbe la venta de la cosa, o cualquier forma de enajenación, porque en estas prendas especiales se conserva la posesión y tenencia en manos del deudor, pero en la prenda civil, **se permite la venta** y se prohíbe solamente la tradición y enajenación, que quitaría al acreedor su legítima tenencia y derecho real de prenda.

Se **permite la entrega** de la cosa a quien la haya adquirido, solamente si el precio se entrega previamente o en el mismo acto, al acreedor, cubriendo totalmente su crédito, con costas, intereses, indemnizaciones y cuanto tuviere derecho.

El artículo 2306 dice: "Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor la entrega, pagando o consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño.- Se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda.- En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aún con los requisitos enumerados en el artículo 2307". Es decir, que si se paga todo lo que el acreedor tiene derecho por razón del contrato de prenda, no puede retenerse o prolongarse la tenencia de la cosa en manos del acreedor.

99.8. Tampoco hay inconveniente de que otros acreedores **embarguen** la prenda, pero igualmente este embargo no alterará el derecho del acreedor prendario, quien conserva la preferencia por el que primeramente debe cubrirse el crédito prendario.

Igualmente, en caso de **concurso de acreedores**, aunque el acreedor prendario deba consentir en que se incluya la cosa en el activo de la quiebra o del concurso, no significa que su crédito pierda la preferencia correspondiente: se incluirá en el pasivo general, pero sólo para los cálculos y para dar lugar al cobro de los otros acreedores únicamente en el caso de quedar un saldo después de pagar totalmente al prendario.

99.9. La tenencia de la prenda no confiere al acreedor el derecho de **usar o gozar** de ella, salvo que expresamente se le haya reconocido estas ventajas adicionales. Sin embargo, si la cosa es fructuaria, razonablemente se han de recolectar los frutos, ya que no hacerlo significa generalmente perderlos. No se establece una obligación del acreedor de cultivar la cosa, y si la producción de frutos requiere de algún trabajo, la ley debería expresar que ha de realizarlo el deudor o se ha de hacer a su costa; pero la ley no lo dice expresamente, aunque por equidad así debe entenderse.

En todo caso, si la cosa produce frutos, naturales o civiles, el acreedor **podrá imputarlos al pago de la deuda**, tal como lo permite el artículo 2305: "El acreedor está obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo. Si la prenda ha dado frutos, podrá imputarlos al pago de la deuda, dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante".

99.10. Como el acreedor no tiene el derecho de usar y gozar de la cosa salvo expreso consentimiento dado por el dueño, si lo hace, comete un **abuso**. El artículo 2297 se remite a la situación del depositario, quien solamente puede dar el uso conveniente a la cosa para conservarla o evitar el deterioro que se produce por falta de utilización adecuada. Si el acreedor abusa, perderá el derecho de prenda y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada. Esto no obsta para que el acreedor haga efectivo su crédito en otros bienes del deudor, mediante embargo.

99.11. La conservación de la cosa implica frecuentemente **expensas**, las que deberá realizar el tenedor, pero con el derecho de que se le reembolsen. El artículo 2298 se refiere exclusivamente a los gastos **necesarios**; si el acreedor hubiere realizado otros, útiles o simplemente suntuarios, no podrá exigir reembolso, salvo que hubiere convenido con el deudor esta ventaja adicional.

99.12. Igualmente, se ha de reconocer al acreedor la **indemnización por los perjuicios** que le haya ocasionado la tenencia de la prenda, según las reglas generales de los contratos.

99.13. El mantenimiento de la cosa en prenda, su tenencia, se dirige a conseguir que el deudor cumpla su obligación y, si esto no se logra, a ejecutar la **prenda**, venderla para cubrir con su precio el crédito asegurado.

Tiene, pues, el acreedor el derecho de pedir que **se venda** la prenda. Ésta debe hacerse en pública subasta, por orden del juez, una vez que lo solicite el acreedor con la constancia de que se halla vencida la obligación.

La facultad de pedir esta **venta** judicial de la cosa prendada, no impide que el acreedor pueda seguir también la **acción personal** contra el deudor para obligarle a cumplir o para ejecutar su crédito en otros bienes del deudor. El derecho del acreedor es irrenunciable, pero bien puede contentarse con retener la cosa como elemento de coerción para inclinar al deudor a cumplir.

99.14. Mientras el acreedor conserva la prenda en su poder, consideran algunos autores que **no prescribe** su derecho; en efecto, no está obligado a realizar acto alguno expreso de ejercicio del derecho, y el conservar la tenencia de la cosa, significa su voluntad de exigir el pago. Sin embargo, otros como Alessandri Rodríguez, opinan lo contrario: el paso del tiempo, sin exigir judicialmente la venta de la prenda, conduciría a la prescripción. La cuestión es difícil, porque si la obligación principal está sujeta a prescripción, parece que la accesoria debe seguir la misma suerte, y por otra parte, si el acreedor no tiene obligación de pedir la venta, no se ve desde qué momento correría la prescripción extintiva. Sería deseable un pronunciamiento legislativo al respecto.

99.15. La venta en subasta no se puede **impedir**, por parte del deudor, si no es pagando o consignando todo el valor de la obligación, incluidas las costas e intereses (Art. 2301).

Tampoco podría intervenir para que no se venda la prenda el que se creyere dueño de ella, si la cosa fue dada en garantía con la buena fe del constituyente y el acreedor.

99.16. El acreedor puede presentar en la subasta una **oferta o propuesta** (postura), sea para que se le adjudique la cosa por el valor de su crédito (y dejar así saldada la deuda), sea por una cantidad superior, en cuyo caso tendrá que completar él el precio, o, finalmente, por una cantidad inferior, y en esta última hipótesis, el deudor quedaría todavía debiéndole el saldo, en caso de aceptarse la postura del acreedor.

99.17. "Si el valor de la cosa empeñada no excediere de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, podrá el juez, a petición del acreedor, **adjudicársela** por la tasación, sin que se proceda a subastarla.", dice el artículo 2302; es decir, que la venta en subasta, puede sustituirse por mera asignación al acreedor, pero solamente cuando la prenda es de ínfima cuantía.

99.18. En ningún caso, puede el acreedor **apropiarse** por propia autoridad, de la prenda, esto se desprende de lo dicho en el artículo 2301, y se compagina con lo establecido en el 2294, además de que existe una doctrina antiquísima al respecto: ya el año 1188 se estableció en el Juramento del rey de León esta norma, que ha pasado al derecho moderno y corresponde a un sentido de equidad y tutela al deudor.

En cambio, sí se consiente que el deudor venda voluntariamente la prenda al acreedor. No es posible pactar que el acreedor se haga pago con la prenda, pero sí se puede, una vez constituida la prenda, realizar este nuevo negocio que equivale a una dación en pago o una novación que extingue la deuda.

El inciso segundo del artículo 2299 expresamente dice: "Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o apropiársela por otros medios que los aquí señalados", es decir, mediante la **subasta**, en la que puede intervenir. Pero, indudablemente, nada impide la dación en pago. Lo que se prohíbe terminantemente en el inciso trascrito es el llamado "pacto comisorio", que se permitía en el primitivo Derecho Romano y después se prohibió. Ese pacto comisorio implicaba que al no cumplir el deudor su obligación, *ipso iure* el acreedor se quedara con la prenda; tal disposición favorecía la usura y dejaba indefenso al deudor.

99.19. También el deudor está facultado para **vender** la prenda, que no ha dejado de ser suya, y el acreedor tendrá en este caso el derecho de exigir que se le cancele su crédito. El deudor a su vez, puede exigir al acreedor la entrega de la prenda, una vez que paga lo debido, sea directamente, o por medio del comprador de la prenda, quien puede pagar el precio al acreedor (Art. 2306). La venta, que se permite respecto de la prenda civil, se prohíbe en el caso de la prenda industrial, incluso con responsabilidad penal.

Pero este derecho del deudor de vender la prenda, entiendo que no podría efectuarse sino hasta el momento en que se haya ordenado judicialmente la subasta, ya que en tal momento la prenda queda fuera del comercio normal y debe venderse judicialmente. Aceptar otra cosa, significaría dejar en manos del deudor el resultado de la subasta y permitir que por interpuesta persona (un comprador colusorio) se paralice la venta judicial, con perjuicio de otras personas (incluido el acreedor), que pudieran hacer mejores posturas.

99.20. No solamente el acreedor prendario puede solicitar la venta en pública subasta. También el **fiador** que tenga beneficio de excusión tiene derecho de pedir la ejecución de la prenda, antes de sufrir la ejecución en sus propios bienes, como se dispone en el artículo 2259.

99.21. Si la prenda garantizaba el cumplimiento de una **obligación de hacer**, no se puede demandar directamente la venta de la prenda, sin antes haber exigido el cumplimiento de la obra; si esto no se obtiene, hay lugar a una indemnización y, una vez liquidada ésta, es cuanto se puede pedir la subasta, según ha precisado una sentencia de la Suprema.

Pero bien puede estipularse en un contrato, que en caso de incumplimiento de la obligación principal, sea de pagar o de hacer, el acreedor dé por vencido el plazo y proceda a demandar la venta; también ha admitido la jurisprudencia que se puede estipular que el préstamo garantizado con prenda se invierta necesariamente en determinada inversión y, de no hacerlo, igualmente se puede demandar la venta de la prenda.

99.22. Verificada la subasta, el precio se ha de aplicar en primer lugar para cubrir los gastos o costas de la misma subasta e, inmediatamente, para el pago del crédito garantizado por la prenda, ya que éste **goza de privilegio**.

El derecho del acreedor prendario ocupa el tercer lugar en la segunda clase de créditos, según se dispone el Título de la Prelación de Créditos (Art. 2376). Así, el derecho de prenda tiene preferencia sobre los créditos públicos por impuestos, etc. (Art. 2388).

Como indica Alessandri, el único crédito privilegiado que da acción contra terceros poseedores es el de segunda clase del acreedor prendario; pero esta particularidad se explica por el carácter de **derecho real** que tiene la prenda. La preferencia del acreedor prendario, puede, pues, hacerse efectiva contra terceros no por ser un privilegio, sino por la calidad de derecho real que tiene la prenda". Según este mismo autor, los créditos de segunda clase se pagan antes que los de tercera o cuarta o los que no tienen ninguna prelación.

La preferencia se ejercita sobre la prenda y su precio; o bien, en caso de haberse destruido y haber pagado el **seguro**, sobre esa indemnización. El precio de la expropiación, es igual al precio de una venta normal, e igualmente responde con preferencia a la deuda garantizada por prenda.

99.23. El acreedor con prenda puede pedir la venta de la cosa, mientras ésta **permanece en su poder** o en el del tercero que las partes convinieron que tenga la prenda; perdida la tenencia, el acreedor prendario pierde la preferencia que le confiere la prenda, pero conserva el derecho de perseguir su crédito en los bienes del deudor. Si éste ha enajenado la prenda, el acreedor tiene también el derecho de perseguir la cosa en poder de otro, por tratarse de un derecho real, según lo ha reconocido una sentencia de la Corte Suprema.

99.24. Habiéndose rematado la prenda, si el precio no cubre la totalidad de la deuda garantizada, el acreedor tiene derecho de demandar por el saldo y hacer ejecutar la sentencia en **otros bienes** del deudor.

99.25. Si, por el contrario, el precio de la prenda cubre las costas y paga totalmente el crédito del acreedor prendario, el **saldo** servirá para otros acreedores que hayan reclamado y que cobran después del privilegiado. Finalmente, si aún queda algún saldo, se devolverá al que constituyó la prenda (Art. 2304).

99.26. Para el **caso de quiebra** del deudor, Planiol señala estos pasos: 1. El Síndico retira la prenda para evitar su venta intempestiva. 2. El acreedor hace vender judicialmente y si hay un saldo después de cubrir su crédito, ese saldo pasa a la masa; si el precio no cubre la deuda, el acreedor interviene en la masa pero sin preferencia por su saldo no satisfecho; 3. Si el acreedor no ha realizado la prenda, no puede entrar en el concurso de acreedores, salvo que la prenda sea de un tercero.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, en la Sección "Del Concurso de acreedores", dice en su artículo 577: "Después de admitido en el pasivo de la quiebra el crédito garantizado con prenda, podrán los sindicados, con autorización del juez, recoger la prenda, satisfaciendo la deuda. Si la prenda fuere vendida a solicitud del acreedor, el **exceso** del precio sobre la deuda, si lo hubiere, será recibido por el síndico para la masa quirografaria". En el caso contrario, esto es, si lo dado en prenda **no alcanzare** a cubrir la deuda, el acreedor prendario puede concurrir con los demás acreedores en la ejecución del resto de los bienes, pero en esa parte ya no goza de privilegio. Así aparece claramente del artículo 579 del mismo Código adjetivo.

100. Obligaciones del acreedor

9.1. Aunque la prenda se constituye en beneficio del acreedor y origina una serie de derechos, también impone algunas obligaciones al beneficiario. Éstas, lógicamente, se configuran como derechos del deudor.

Se enumeran principalmente estas obligaciones del acreedor: l. Conservar la prenda como buen padre de familia. 2. Restituirla cuando se haya satisfecho su crédito. 3. No usarla o percibir sus frutos, salvo expreso pacto en contrario; si hay lugar al uso, ha de ser de manera adecuada, pues el abuso da derecho a pedir la restitución.

Se pueden agregar a las mencionadas: 4. Obligación de sustituir cuando lo pide razonablemente el deudor; 5. Defender la cosa en caso de agresión. 6. Pagar los daños y perjuicios en caso de haberlos causado el acreedor.

100.2. El artículo 2296 señala la primera obligación del acreedor: "El acreedor está obligado a **guardar y conservar la prenda** como un buen padre

de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa".

"Conservar como un buen padre de familia" significa responder hasta por la **culpa leve**; esto es lo propio de los contratos en que ambas partes obtienen beneficio.

100.3. Consecuencia de la obligación de conservar y guardar, es la de efectuar las reparaciones y **expensas necesarias**, si bien el acreedor las cobrará en su momento: cuando satisfaga la obligación el deudor o cuando se venda la prenda.

100.4. La conservación de la cosa implica también su **defensa judicial**: el acreedor deberá iniciar las acciones correspondientes o rechazar las que se dirijan contra él o pretendan arrebatarle la cosa prendaria; esto es un derecho, pero también un deber, y la negligencia que causare culpable perjuicio al deudor, tendría que ser indemnizada.

En esta defensa judicial hay que distinguir las acciones o excepciones que el acreedor efectúe en cuanto tenedor de la prenda y las que le corresponden en cuanto titular del derecho real de prenda; éstas son indudablemente más importantes y comprenden hasta la reivindicación.

100.5. "El acreedor no puede **servirse** de la prenda, sin consentimiento del deudor. Bajo este respecto, sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario", dice el artículo 2297. El uso indebido constituye abuso y da derecho al deudor para pedir la terminación del contrato y la devolución de lo suyo (Art. 2298, Inc. 3).

100.6. El deudor puede pedir "que se le permita **reemplazar** la prenda por otra sin perjuicio del acreedor" y "será oído", es decir, que el juez ha de considerar si hay razón suficiente que justifique el cambio y, sobre todo, que no se produzca perjuicio para el acreedor. Motivos de sustitución pueden ser múltiples, por ejemplo la necesidad de usar el deudor un instrumento de trabajo, etc. (Art. 2298, Inc. 2).

100.7. El deudor puede **vender** la prenda (si es civil, no la prenda comercial industrial o agrícola), puesto que la venta únicamente produce obligaciones

y éstas no necesariamente perjudican al acreedor; más aún, puede ser una ventaja del acreedor que se venda la prenda, puesto que nace entonces su derecho de percibir del precio, lo que sea preciso para cancelar su crédito.

100.8. Si se verifica la subasta, el deudor tiene el derecho de **suspenderla** cancelando todo lo que debe (Art. 2301). También puede hacer una postura en la subasta (Art. 2300).

100.9. El acreedor está obligado a **restituir** la prenda una vez que la obligación principal haya sido satisfecha. Se trata de una obligación condicional, puesto que el deudor no puede pedir la devolución sino una vez cancelada la obligación principal, sus intereses y las costas e indemnizaciones si las hubiere.

La restitución debe hacerse con los frutos y accesorios o aumentos que hubiere experimentado la cosa.

Si se resistiere el acreedor, el deudor puede demandarle con la acción directa por cumplimiento del contrato y también podría emplear la reivindicatoria; aunque resulta en este caso menos práctica, ya que en la primera basta que pruebe el cumplimiento del contrato por su parte y el incumplimiento del acreedor.

100.10. En los textos legales de varios países, incluido el nuestro, nada se dice sobre el derecho del deudor de que el acreedor proceda a la **realización** de la prenda; en efecto, la venta puede ser útil al deudor que no puede cumplir la obligación principal y en cambio necesita liberarse de ella; puede ser que la prenda tenga un valor muy superior al de la obligación garantizada y el deudor tendría interés de recibir el saldo, o cancelar con ese saldo otros crédito, y si el acreedor se abstiene de pedir la venta, no lo puede hacer el deudor, lo cual debería remediar el derecho, permitiéndole suplir la reticencia o negligencia del acreedor.

101. Terminación del contrato de prenda

101.1. Las causas de extinción del contrato de prenda al igual que en la fianza dependen, unas de la terminación del contrato principal al cual accede esta garantía, y otras afectan directamente a la misma prenda.

Siempre que ha terminado el contrato principal, termina también el accesorio, con la única excepción de que si el pago se ha realizado por un tercero se subroga al deudor para alguna reclamación que haya lugar contra el acreedor pagado.

101.2. Si el acreedor **abusa** de la prenda, no cumpliendo sus obligaciones de guardar y no usar de ella, "el deudor puede pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada", según dispone el inciso tercero del artículo 2298. Evidentemente, no termina el contrato principal, y el acreedor obligado a restituir la prenda conserva sus demás derechos y el de ser garantizado; si en el caso de reivindicación o pérdida de la prenda el acreedor puede exigir otra prenda o caución, parece que también en estas circunstancias, o bien se ha de liquidar el contrato principal o se ha de asegurar con nueva prenda.

101.3. Igualmente, en la hipótesis prevista en el artículo 2306 que el deudor haya **vendido** la prenda, el acreedor cuyo crédito no haya quedado totalmente pagado, podrá pedir nueva garantía. Pero si con el precio de la venta se paga íntegramente la obligación del deudor, con sus intereses, costas e indemnizaciones, evidentemente el contrato de prenda se extingue.

101.4. No termina el contrato de prenda por un pago **parcial** o por cumplimiento parcial de la obligación principal, dado el carácter indivisible de la prenda, tal como se afirma en el artículo 2307.

101.5. "Se extingue el derecho de prenda por la **destrucción completa** de la cosa empeñada", dice el inciso primero del artículo 2308. Esto corresponde al carácter real del derecho de prenda, pues no se podría ejercer tal derecho sobre algo que ya no existe. Si la destrucción es parcial, todo el derecho permanece y se ejercitará sobre lo sobrante; normalmente podrá pedir el acreedor que se complete su garantía, salvo que él haya sido causante de la pérdida parcial.

Si la prenda estuvo **asegurada** y el asegurador ha pagado por su destrucción, se subroga (subrogación real) el precio a la prenda y ejercitará su derecho el acreedor sobre la indemnización o pago del seguro así como habría podido ejecutar la prenda. Naturalmente si el pago del seguro consiste en dinero, y la obligación del deudor es líquida, no se requerirá ningu-

na subasta sino simplemente asignar al acreedor o pagar su crédito con dicho seguro.

101.6. "Se extingue (la prenda) cuando la **propiedad de la cosa** pasa al acreedor por cualquier título" (Art. 2308 Inc. 2). Los casos más frecuentes consisten en la herencia u otra sucesión en los derechos del deudor, o bien por venta o dación en pago que haga el deudor.

101.7. Finalmente, el inciso tercero del artículo 2308 señala el caso de extinción: "Cuando, en virtud de una condición resolutoria, se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella. Pero el acreedor de buena fe tendrá contra el deudor que no le hizo saber la condición el mismo derecho que en el caso del artículo 2293".

Este es, pues, un caso especial de extinción del derecho sobre la cosa: pierde el dominio el deudor cuyo derecho pendía de una **condición resolutoria** y ésta llega a cumplirse. Tal sucede, por ejemplo con las cosas adquiridas por venta con reserva de dominio o en una venta con pacto comisorio expreso, etc.

El efecto de extinción de la prenda se produce en todo caso en que el dueño **pierde el dominio**, en cambio es diversa la situación respecto de la conservación del derecho del acreedor a que se le sustituya la prenda (Art. 2293). Para que el acreedor pueda pedir esa sustitución se requiere que él haya recibido la prenda de buena fe, es decir, desconociendo la existencia de la condición resolutoria que podía hacer perder el dominio al constituyente, y al mismo tiempo, se requiere que el deudor no haya hecho conocer tal situación al acreedor, es decir, mala fe del deudor. Si falta una de estas condiciones no podrá exigir el acreedor que se le dé otra prenda en sustitución de la perdida: por ejemplo, si el deudor le advirtió la existencia de la condición resolutoria y sin embargo aceptó la prenda, el acreedor obviamente no podrá después exigir otra en sustitución.

101.8. Se extingue la prenda si el acreedor la entrega u ordena **entregarla al deudor**. Pero la terminación de la prenda no elimina la deuda garantizada por ella: la prenda es lo accesorio y no determina la suerte de lo principal. Así se explica en el artículo 1155: "Si la cosa que fue empeñada al testador se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de pren-

da; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda".

101.9. Entre los medios ordinarios de extinción de cualquier obligación, figura la **remisión**, y ésta se menciona expresamente en el artículo 1413 a propósito de que la constitución de prenda o el **remitirla** no se consideran donación, aunque es razonable calificarlas como actos de benevolencia o beneficencia, gratuitos, que aventajan a la otra parte.

101.10. La prenda se extingue por **novación** de la obligación principal, "sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella". Los privilegios de la primera obligación se extinguen por la novación (artículo 1658), y la prenda no pasa a la segunda obligación sino cuando el deudor y el acreedor convienen expresamente en la reserva (y siempre que la prenda no sea de un tercero, desde luego). Además, "Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera".

"Si la novación se opera entre el acreedor y unos de los **deudores solidarios**, la reserva no puede tener efecto si no relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen a pesar de toda estipulación contraria: salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación", dice el artículo 1659; no se puede obligar a una persona a constituir o mantener una prenda si no se cuenta con su voluntad: los actos de terceros no pueden imponer obligaciones que no ha querido aceptar aquél a quien se pretende atribuirlas. Si el deudor prendario quiere aceptar que continúe la prenda garantizando una nueva obligación, debe procederse con las mismas solemnidades que en el caso de constituir por primera vez la prenda, según lo ordena el artículo 1660. Si no se actuara así, la prenda se extinguiría aunque se haya expresado la voluntad de mantenerla.

El artículo 1663 dispone: "Si la nueva obligación se limita a imponer una **pena** para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas, subsistirán hasta el valor de la deuda principal, sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá la novación desde que el acreedor exige sólo la pena y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los

que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal". Es lógico: la novación extingue prenda, y para que subsista se requiere, la reserva expresa de ambas partes: en esta específica forma de novación, en que se agrega una obligación penal, se extingue igualmente la prenda, salvo esa expresa reserva y conducta consistente en exigir sólo la pena, constituye una novación sin reserva de conservación de la prenda, y esta se extingue.

"La simple **mutación del lugar del pago** dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen". Si el cambio del lugar del pago implicare un nuevo gravamen, este no quedaría garantizado por la prenda, que perdura en todo lo demás.

101.11. "La **mera ampliación del plazo** de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación del plazo" (Art. 1665). Si se trata de prenda de **bienes del propio deudor**, la ampliación del plazo no altera en nada la relación con el acreedor: la ampliación del plazo suele significar una ventaja para el deudor, y si implicara una nueva carga, es muy dueño de asumirla voluntariamente; lo que no se admite es que se imponga una nueva o más pesada carga al tercero, dueño de la prenda.

Para el caso del arriendo, el artículo 1898 dispone: "Renovado el **arriendo**, las fianzas, prendas e hipotecas constituidas por terceros no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación". Esto no es más que una aplicación del principio expuesto en el artículo 1665.

101.12. El **pago** de la obligación asegurada por la prenda, extingue ésta, salvo que ese pago se verifique por parte de un tercero que se subrogue en los derechos del acreedor.

101.13. La **compensación** también origina la extinción de la prenda en los términos del artículo 1676: "Sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará, junto con el crédito, las fianzas,

privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad". Cuando podía operar la compensación, la ignorancia de la existencia de la obligación de la otra parte, impide que tenga eficacia el efecto extintivo; tal desconocimiento, si es de ambas partes, deja vigentes para ambas sus respectivos créditos y las correspondientes garantías, y si solamente una de las partes es quien ignora, será ella la que conserve sus privilegios, prendas e hipotecas.

101.14. La **transacción** puede también servir para terminar la prenda, si así lo convienen las partes, y esto puede verificarse en cualquier estado del juicio o fuera de él. Una sentencia ha admitido la validez de la transacción, incluso estando ya en ejecución la venta de la prenda y suspendida por la oportuna apelación".

101.15. La **prescripción**, según la doctrina francesa predominante, no puede dar fin a la prenda, puesto que, siendo accesoria no cabe que prescriba sin que haya prescrito la obligación principal, y si ésta ha prescrito, la prenda se extingue por vía de consecuencia no por prescripción. Somarriva se opone a este razonamiento y se funda en que la ley no ha declarado imprescriptible la prenda, de donde se deduce que puede prescribir; también afirma este autor que no cabe una continuada interrupción de la prescripción, ya que para interrumpir la prescripción se requieren actos o hechos y no un "estado".

101.16. Valencia Zea señala un caso más de terminación de la prenda: cuando el propietario reivindica con éxito el objeto que fue entregado sin su consentimiento. Este caso está previsto en el artículo 2293, pero propiamente no da fin al contrato de prenda, sino al derecho real sobre la cosa reivindicada, y el acreedor "podrá exigir que se le entregue otra prenda", es decir que subsiste el contrato que le confiere este derecho.

101.17. Desde luego, la prenda termina por su **realización o ejecución**, mediante la venta en subasta o, en casos excepcionales de venta sin subasta.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO IX
LA HIPOTECA

102. Concepto, definición, caracteres

102.1. El **Título XXXVI** del Libro IV, trata sobre la hipoteca, pero, además de esos 26 artículos (del 2311 al 2336), en otros lugares del Código Civil se menciona expresamente la hipoteca, concretamente en otros 92 artículos. Se trata, pues de una institución jurídica que presenta amplias relaciones con muchas otras en el campo civil. Además de esto, se encuentran normas al respecto en los Códigos de Procedimiento, y de Comercio así como en leyes de índole fiscal.

102.2. Los siguientes son los artículos del Título expresamente dedicado a la hipoteca:

Art. 2309.- Definición.
Art. 2310.- Indivisibilidad.
Art. 2311.- Forma solemne.
Art. 2312.- Inscripción en el Registro.
Art. 2313.- Contratos hipotecarios celebrados en el exterior.
Art. 2314.- Convalidación por transcurso de tiempo o por ratificación.
Art. 2315.- Hipoteca bajo condición o con plazo.
Art. 2316.- Capacidad de enajenar. Hipoteca de bienes propios en garantía de obligación de otro.
Art. 2317.- Libertad de enajenar o hipotecar los bienes hipotecados.
Art. 2318.- Hipoteca de derecho limitado, eventual o rescindible.
Art. 2319.- Hipoteca de cuota de bienes comunes.
Art. 2320.- Objeto sobre el que recae la hipoteca: inmuebles o naves.
Art. 2321.- Hipoteca de bienes futuros.
Art. 2322.- Hipoteca de inmuebles por accesión.
Art. 2323.- Extensión a los aumentos y mejoras de la cosa hipotecada.

Art. 2324.- Extensión a las pensiones e indemnizaciones de seguros.
Art. 2325.- Exclusión de los frutos o productos percibidos o separados.
Art. 2326.- Derechos del acreedor hipotecario, como los del prendario.
Art. 2327.- Acción real hipotecaria y acción personal contra el deudor hipotecario.
Art. 2328.- Derechos de abandonar, y de recobrar la finca cancelando la deuda.
Art. 2329.- Derecho de pedir sustitución u otra caución.
Art. 2330.- Derecho de persecución de la finca hipotecada.
Art. 2331.- Derechos del poseedor de la finca: no tiene excusión, se subroga y es indemnizado.
Art. 2332.- Derechos del que hipoteca un bien propio por deuda ajena.
Art. 2333.- Limitación voluntaria y legal del monto garantizado por hipoteca.
Art. 2334.- Contenido de la inscripción.
Art. 2335.- Efectos de las omisiones en la inscripción.
Art. 2336.- Causas de extinción de la hipoteca.

102.3. Esta realidad jurídica compleja que es la hipoteca, se puede situar entre los derechos reales, entre las garantías de las obligaciones o entre los contratos. Nuestro legislador ha preferido tratar directamente sobre la hipoteca en el Libro IV, como **uno de los contratos de garantía**, pero esto no quita que el carácter de derecho real sea el más sobresaliente.

102.4. El **artículo 2309 del Código Civil** define así: "La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor".

En realidad, más que una definición, es una descripción aproximada y por comparación. En efecto, se califica a la hipoteca como "un derecho de prenda", pero esto no resulta muy exacto, ya que existen diferencias fundamentales con la prenda propiamente dicha; ha de entenderse que el Código se refiere aquí a la prenda como un género: como **garantía** de obligaciones; así comprendida la expresión nos señala el género, y la diferencia específica sería, que el objeto dado en garantía **"permanece en poder del deudor"**. Esto es lo específico de la hipoteca. Recaer sobre **"inmuebles"** es también natural en la hipoteca, pero, por una excepción o

por una amplificación del contenido, nuestro derecho admite la hipoteca sobre las naves, que son muebles.

Díaz Garaicoa, expone que la definición de nuestro Código sigue el concepto del Derecho Romano, pero no corresponde con exactitud a la situación actual, en la cual hay gran diferencia entre la prenda y la hipoteca. Encuentra contradictorio el decir que es una prenda e indicar luego que la cosa permanece en poder del deudor, siendo así que es esencial a la prenda el entregar su posesión al acreedor. Considero que tiene razón al sostener que el referido artículo no debería decir que permanece en poder del "deudor", sino del **"constituyente"**, porque éste puede ser persona distinta del deudor, un **tercero**.

102.5. La dificultad que presenta esta figura jurídica ha llevado a algunos códigos a prescindir de definirla; tal sucede con el de España o Perú.

102.6. Revisemos algunas definiciones **doctrinales.**

Los hermanos **Mazeaud** escriben: "La hipoteca es una garantía real que, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, embargar ese inmueble en poder de quien se encuentre, rematarlo y cobrar con preferencia sobre el precio". Esta descripción de lo esencial de la hipoteca se acomoda plenamente a nuestro sistema jurídico: se destaca el carácter real y la acción real que le acompaña, así como el derecho de preferencia, también señala con acierto que no hay desplazamiento posesorio hasta el momento de la ejecución e indica que ésta se efectúa (normalmente) por embargo y remate, aunque sobre este último punto veremos que hay alguna excepción.

Puig Brutau reproduce tres importantes opiniones de juristas españoles: "para Sánchez Román, dice, es un derecho real constituido en garantía de una obligación sobre bienes inmuebles ajenos o derechos reales enajenables que recaigan sobre bienes raíces y que permanecen en la posesión de su dueño para satisfacer con el importe de su venta aquella obligación, cuando sea vencida y no pagada.- Con vigorosa síntesis dice Moxo Ruano que la hipoteca es un derecho real formal que recae sobre el valor en cambio de bienes inmuebles y garantiza la percepción de una suma pecuniaria frente a todos.- Roca Sastre afirma que "con la finalidad práctica de ofrecer un

concepto descriptivo, se puede definir la hipoteca como un derecho real de realización de valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles ajenos, enajenables y que permanecen en posesión del propietario". Todavía añade la opinión de Ignacio Casso, que se centra más en el aspecto formal del registro: "es un derecho registral, de garantía concreta, de cosas muebles o inmuebles determinadas, cuya posesión conserva el hipotecante y que faculta al titular para exigir, si no se cumple normalmente la obligación garantizada, la venta pública de aquella resarciéndose con su precio".

Nuestro compatriota **Díaz Garaicoa** adopta como la mejor definición la de Merry Berisso: "la hipoteca es un derecho real de garantía constituido sobre inmuebles que continúan en poder del otorgante". Realmente en estas pocas palabras se dice lo esencial y es suficiente para caracterizar el derecho de hipoteca, aunque se deba después hacer alguna aclaración, como la de que también se admite hipoteca sobre las naves, que no son inmuebles.

102.7. De las diversas definiciones y descripciones, se deducen los caracteres esenciales de la hipoteca: 1. Es un **derecho real** y da origen a una acción real; 2. Es un derecho **accesorio,** con función de garantía de una obligación principal; 3. Es **indivisible**; 4. Confiere un derecho de **preferencia particular** al acreedor hipotecario. A estas cuatro características, se pueden agregar otras secundarias; a todas ellas nos referimos a continuación.

102.8. El artículo **595 define el derecho real** como "el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona", y enumera entre los derechos reales a la hipoteca. Agrega: "De estos derechos reales nacen las acciones reales". El sistema de la tradición de los derechos reales sobre inmuebles mediante la **inscripción en el registro**, está señalado en el artículo 702, que hace expresa referencia a la hipoteca. Bastaría con estas dos disposiciones legales para fundamentar que nuestro sistema ante todo ve en la hipoteca un derecho real, provisto de **acción real**, pero hay muchos otros artículos del Código Civil que concuerdan perfectamente con este sistema jurídico Dice el artículo **201**: "El cónyuge que, por efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la

división de la masa social, paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra la sociedad para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare". Esta norma es una consecuencia del carácter real y de la indivisibilidad de la hipoteca, así como de la divisibilidad de los créditos. Según dispone el artículo **769**, el **propietario fiduciario** "está obligado a todas las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas y de las hipotecas a que estuviere afecta; pero llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le paguen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas (…)". La reducción en el caso de las hipotecas, consiste en la décima parte del valor por cada año transcurrido desde el pago hasta la restitución. El gravamen hipotecario permanece, pues, en la propiedad también en el caso de su desmembración por la constitución de fideicomiso, lo cual es característico de un derecho real.

A diferencia de la enajenación, que extingue el **legado**, la hipoteca no le da término, sino que la cosa legada pasará con este gravamen, según la disposición del artículo 1162. He aquí otra prueba del carácter de derecho real, que no se altera ni en el caso de sucesión por causa de muerte.

Se refuerza lo dicho anteriormente con la consideración del artículo 1382. En los **legados sujetos a hipoteca**, hay que distinguir dos situaciones. Si la deuda hipotecaria ha sido accesoria a la obligación de otra persona distinta del testador, o si éste impuso la carga al mismo legatario, tal legatario no tiene acción contra los herederos (Inc. 2), en los demás casos, si el legatario paga la deuda, se subroga en la acción del acreedor contra los herederos (Inc. 1). He aquí otro efecto del carácter real de la hipoteca, de su indivisibilidad y del equitativo tratamiento al pago de deuda ajena.

Las disposiciones del artículo 1382 se aplican también al caso de **venta de la cosa dejada por el testador** con un derecho de usufructo; el usufructuario y el nudo propietario se consideran una sola persona para el efecto del pago de las deudas o hipotecas que afectan a la cosa (Art. 1384).

El carácter real de la hipoteca se aprecia en la regulación de la **venta bajo condición**; si se constituye en esa situación una hipoteca y, por cumplirse la condición, regresa la cosa al vendedor, no se resuelve el gravamen hipotecario sino en el caso excepcional de haberse procedido con mala fe; en-

tonces, si hay mala fe, (esto es conocimiento por parte de quien adquiere del bien de que está sujeto a condición resolutoria), por esta razón se resuelve también la hipoteca (Art. 1507). El dueño de un inmueble, aunque esté supeditado a una condición, mientras lo posee puede disponer de él; pero si consta la condición, quien lo adquiere deberá respetar dicha condición y atenerse a las consecuencias: al perder la propiedad el que hipotecó. Quien adquirió a sabiendas que podría perder su derecho, efectivamente lo pierde. Nos hallamos ante una sanción excepcional contra la mala fe, pero salvo esta excepción, la enajenación de una cosa la hace pasar a otro con el gravamen hipotecario, que perdura, por ser real.

También aparece el carácter real de la hipoteca, en el artículo 1557: "Si la pena estuviere asegurada con hipoteca, podrá perseguirse ésta por toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar". Aquí actúa el carácter real, y hasta cierto punto abstracto, de la hipoteca: se ha de pagar, sin necesidad de establecer previamente quien deberá asumir en definitiva el costo de la pena.

De manera más concluyente y definitiva, el artículo 2330 dice: "La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, **sea quien fuere el que la posea**, y a cualquier título que la haya adquirido". Este derecho contra cualquier persona, es lo característico del derecho real.

102.9. El **carácter accesorio de la hipoteca** se declara en el inciso cuarto del artículo 2315: "La hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario". Esta es la finalidad propia de la hipoteca: garantizar una o más obligaciones, y esa finalidad implica accesoriedad. Otros artículos del mismo Título XXXVI, al tratar del derecho de persecución y de la ejecución de la hipoteca, perfilan precisamente el carácter de derecho real accesorio, y, finalmente, al tratar de la extinción, el artículo 2336 manifiesta que "se extingue (la hipoteca) junto con la obligación principal".

El concepto **germánico** de la hipoteca se aparta bastante de nuestra concepción latina, y llega a explicar este derecho como algo abstracto y que puede subsistir en sí mismo, sin obligación principal; se admite, por esto, incluso de hipoteca de propietario, y hay quienes mencionan que la cosa misma es "deudora", sin necesidad de que exista un sujeto deudor. Dispo-

ne el artículo **1670**: "La remisión de la prenda o la hipoteca no basta para que se presuma remitida la deuda". La hipoteca es lo accesorio y no determina la suerte de la deuda principal, sino al revés, si se extingue la principal, se extingue lo accesorio, la hipoteca.

En el artículo **2246** leemos: "El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor (...). Podrá sin embargo, obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aunque la obligación principal no la tenga". Aparece aquí el carácter accesorio de la hipoteca.

También podemos aducir en apoyo del carácter accesorio de la hipoteca, cuanto manda el artículo **1413**: Ni el que constituye hipoteca ni el que la remite, hacen donación; sí hay donación en la remisión de una deuda, y, desde luego, si dicha obligación principal estaba garantizada con hipoteca.

Al definir el artículo 31 la **caución** como "cualquier obligación que se contrae en seguridad de otra obligación propia o ajena", está indicando que la caución es accesoria de la obligación que garantiza; y son especies del género "caución", la fianza, la prenda y la hipoteca, según el mismo artículo.

La accesoriedad de la hipoteca se consideró plenamente en el Derecho Romano y en el Código de Napoleón, de donde derivan las legislaciones modernas. De aquí se siguen dos consecuencias: 1. No existe hipoteca sin un crédito que garantizar, y 2. La hipoteca sigue la suerte del vínculo principal. Los hermanos **Mazeaud** señalan que esto sufre algunas atenuaciones: se puede garantizar una obligación futura, o simplemente natural, o sujeta a condición. Nuestro Código exige a los guardadores el rendir caución antes de entrar en el desempeño de sus funciones, y si no pueden presentar un fiador, pueden dar hipoteca (Art. 536).

102.10. La hipoteca es **indivisible**. Así se afirma categóricamente en el artículo 2310: "La hipoteca es indivisible.- En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella".

Aunque la redacción, en la que se **personaliza** la deuda, resulta poco precisa, el concepto es claro: la hipoteca garantiza en toda su integridad la obli-

103. Breve reseña histórica sobre la hipoteca

103.1. En el Derecho Romano, la prenda y la hipoteca fueron precedidas en el tiempo por la garantía consistente en transferir la propiedad; después se pasó la transferencia sólo de la posesión *(pignus)*, y finalmente, se llegó a la garantía que permite la realización de una cosa para pagar con el precio la obligación principal; esta garantía se diversifica dando origen a la prenda, aplicable a muebles que se entregan en tenencia al acreedor, y la hipoteca que no supone pérdida de la posesión por parte del constituyente y que se refiere normalmente sólo a inmuebles.

En el mismo Derecho Romano, la hipoteca, que surge en el ámbito agrario, no se estableció un sistema de publicidad. Más bien en Grecia se solía marcar los predios que estaban grabados, con carteles que denotaban la existencia de la hipoteca; así se suele decir que la hipoteca romana tuvo carácter clandestino u oculto, con todas las graves implicaciones de esa falta de publicidad. Se debe al derecho consuetudinario de los pueblos germánicos, la solemnidad y la publicidad de la hipoteca: se constituía ante asambleas del pueblo. Posteriormente se llega a la publicidad mediante el registro o inscripción en libros de carácter público; esto triunfa plenamente en el Código de Napoleón y se incorpora a los códigos modernos de todos los países. Las modalidades del registro son variadas y más o menos perfectas, pero el sistema registral es indiscutiblemente el moderno.

103.2. Nuestro Derecho adoptó el sistema del título y del modo para la transferencia del dominio y los demás derechos reales, en el Código que entró en vigencia en 1862. La reforma dictada por Gabriel García Moreno el 15 de mayo de 1869, con algunas pequeñas modificaciones del Congreso de fecha 7 de julio del mismo año y del Reglamento de 29 de julio de 1869, puso en plena vigencia la necesidad de la inscripción de los derechos reales sobre inmuebles, y por consiguiente, de la hipoteca.

Reformas posteriores al derecho hipotecario en el Ecuador, se refieren principalmente a determinas clases de bienes, como los pertenecientes a las Juntas de Beneficencia Pública (bienes expoliados a las comunidades religiosas), o los hipotecados a favor del Banco Hipotecario del Ecuador o del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (antes, Caja de Pensiones y Caja

del Seguro Social). En el campo comercial, sobre todo bancario, se ha desarrollado también la práctica y la regulación legal de la hipoteca.

Reformas directas del Código Civil en esta materia han sido: la mención en el artículo 2311 de las hipotecas legales; el inciso final del artículo 2315 sobre hipoteca abierta; y, el inciso segundo del artículo 2335 que señala que la falta de determinación del domicilio o profesión del acreedor o del deudor, no anulan la inscripción de la hipoteca.

104. Diversas clases y modalidades de la hipoteca

104.1. Ha quedado superada en el derecho contemporáneo, la distinción de la hipoteca **general y la especial**. Perduró en Francia hasta 1928, la hipoteca general sobre los bienes del marido para responder de sus obligaciones como administrador de la sociedad conyugal; en nuestro derecho tampoco subsiste, desde mucho antes, ninguna hipoteca general, todas son especiales: sobre determinado bien y para garantizar obligaciones debidamente circunscritas.

104.2. La determinación de la obligación a la que accede la hipoteca como garantía de ella, admite una mayor o menor precisión; lo único que no se admite es la total indeterminación. Esto ha originado la llamada **"hipoteca abierta"**, sobre la que se ha discutido en la doctrina y en la jurisprudencia.

Inicialmente existió un rechazo generalizado de la hipoteca abierta, alegando que recaería sobre obligaciones futuras y por tanto, inexistentes al momento de constituirse el gravamen real, y sería imposible una garantía accesoria de algo que aún no existe. La dificultad se ha salvado, admitiendo la posibilidad de garantizar futuras obligaciones, siempre que sean determinadas en cuanto al sujeto (el deudor), y muchas veces su calidad y cantidad, y aún su destinación, por ejemplo, préstamos en dinero para edificación, mejora de producción, etc.

La jurisprudencia nacional sufrió algunas fluctuaciones, hasta que la Ley 256 del 4 de junio de 1970 añadió el tercer inciso al artículo 2315 que expresamente permite la hipoteca abierta. Los otros códigos que dependen del de Bello, no han incorporado esta importante reforma y continúa en el

ámbito de la doctrina de esos otros países la discusión sobre si hay o no hay objeto lícito y causa real en dichas hipotecas.

Por lo dispuesto en el artículo 2315, inciso 3, puede constituirse hipoteca por una suma de dinero recibida a mutuo, parte de contado y parte a cierto plazo. En el caso,- dice una sentencia-, la hipoteca surte efectos respecto de toda la cantidad dada a mutuo, como si se la hubiera entregado de contado. Por lo mismo, efectuada la inscripción de la escritura, el crédito goza de la correspondiente preferencia, así sobre la cantidad dada de contado como sobre la entregada a plazo.

Establecida una hipoteca abierta, no vale la excepción de que una letra de cambio aceptada por el deudor lo fue solamente en garantía, ni la excepción de que la obligación no es líquida, pues puede calcularse con una simple operación matemática. Tampoco se aceptan las excepciones de que la letra fue entregada en blanco, ya que esto equivale a un poder dado al acreedor para llenar la letra; ni la excepción de no constar la fecha del vencimiento, porque en ese caso se presume que vence a la vista, conforme al artículo 411 del Código de Comercio.

También son hipotecas abiertas las que se constituyen por parte de los guardadores, para asegurar el fiel cumplimiento de sus obligaciones y las de los administradores de fondos públicos con similar intención. Según dispone el artículo 2240 del Código Civil, "el obligado a rendir una fianza no puede sustituir a ella una hipoteca o prenda, o recíprocamente, contra la voluntad del acreedor. Si la fianza es exigida por la ley o por decisión del Juez, puede sustituirse con una prenda o hipoteca suficiente".

Nuestro Código Civil, en el artículo 2334 numeral 4, al que se remite el artículo 44 de la Ley de Registro, señala que la inscripción de la hipoteca deberá contener "la cantidad determinada a que se extiende la hipoteca", pero sólo en el caso del artículo 2333, es decir, cuando se ha limitado su monto; de allí que, si no se lo ha hecho, la inscripción no requiere de esa anotación que, por lo tanto no es exigible en la generalidad de los casos, como anota **Díaz Garaicoa**.

104.3. La doctrina distingue habitualmente la hipoteca **voluntaria** y **la legal**. Dentro del primer género, se distingue todavía la **contractual, la unilateral y la testamentaria.**

La más frecuente y generalizada es la contractual, al punto que se localiza el régimen de la hipoteca en nuestro Código Civil, entre los contratos. Casi siempre la hipoteca nace de un contrato, y puede ser el mismo que establece la obligación principal garantizada, o bien otro convenio de voluntades que establece la garantía accesoria separadamente.

Junto a la voluntaria contractual, hay que situar la voluntaria **unilateral**: el acto por el cual una persona libremente grava sus bienes inmuebles o uno de ellos con este derecho real, sea para garantizar una obligación propia o una ajena. Es también voluntaria la hipoteca testamentaria. Nada impide que el testador establezca este gravamen, que se hará efectivo al abrirse la sucesión. Por ejemplo, para garantizar un legado, o a favor de un heredero que, por recibir una parte de bienes mayor a la que le corresponde, quede obligado a pagar una refundición o una deuda testamentaria, etc.

En cuanto a la hipoteca **legal**, es la ordenada por el derecho, dadas ciertas circunstancias. En nuestro Código, por disposición del artículo 1358, si en una partición hereditaria hay lugar a una refundición, el inmueble del que quede obligado a pagarla, se grava con hipoteca, aunque no lo haya dispuesto expresamente el Juez. Esta situación que se produce en cualquier partición (no sólo en las hereditarias), da origen a otra distinción de las hipotecas: expresas o tácitas. Normalmente el partidor de modo directo impone el gravamen hipotecario y esta decisión judicial se inscribe en el Registro: he aquí una hipoteca expresa; si ha faltado la orden judicial, que debió darse, tácitamente se establece la hipoteca y el Registrador, al inscribir la hijuela, deberá hacer constar la correspondiente hipoteca siempre que exista esa refundición, o sea la obligación de pagar una diferencia a los copartícipes. No se deben considerar como hipotecas "legales", rendidas en garantía del desempeño de una guarda o del desempeño de un cargo público. Es obligatorio, por ley, el rendir caución, y si no alcanza el interesado a establecer una fianza, puede constituir una hipoteca que se considere suficiente (Art. 536), pero el hecho de tener esta obligación de garantizar, no quita a la hipoteca el carácter de voluntaria.

104.4. Las hipotecas pueden tener una especial **limitación** en su cuantía, o no tenerla; de estas dos clases, se tratará más adelante, en el punto 7.

104.5. Otra clasificación señala a las hipotecas **simples,** o las sujetas a **plazo o condición**. Dice el artículo 2315: "La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier condición, y desde o hasta cierto día. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, su fecha será la misma de la inscripción. Podrá, así mismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba. La hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario".

Además del asunto de la hipoteca abierta, en este artículo se admiten las varias clases de condición y plazo. Se entiende, desde luego, que las condiciones que tan ampliamente se aceptan, han de ser jurídica, moral y físicamente posibles, pues de otro modo no valdrían. La condición **suspensiva** o el día cierto inicial (plazo inicial), retardan la eficacia de la hipoteca hasta el cumplimiento de la condición o la llegada del día, pero la hipoteca ha de estar inscrita desde antes, si no, no existe y tampoco valdrían la condición o el plazo.

La condición **resolutoria** o el plazo final (día terminal o final), hacen acabar o extinguirse la hipoteca al cumplirse o llegar; por ejemplo, alguien hipoteca su casa para garantizar el arrendamiento de una hacienda que ha de durar siete años, pues bien, la hipoteca tendrá esa misma duración.; o, si se ha adoptado la forma de condición resolutoria, como cuando se dice "mientras esté vigente el arrendamiento de la hacienda", terminará la hipoteca al dejar de tener vigencia dicho arrendamiento.

105. Sujetos de la hipoteca

105.1. En la relación hipotecaria en rigor se requiere únicamente un sujeto: **el constituyente**. Pero, como éste puede ser el mismo deudor que garantiza el cumplimiento de una obligación propia, o puede ser una tercera persona (no deudor principal o directo) que presta este servicio de garantizar

una deuda ajena, se desdobla la figura del constituyente y tenemos así el **constituyente deudor**, o el **constituyente tercero**.

Por otra parte, el **acreedor**, cuyo crédito se garantiza es la persona a quien más interesa la hipoteca, puesto que le abre la posibilidad de ejecutar los bienes hipotecados y cobrar con ello lo que se le debe. Este sujeto adquiere derechos por la hipoteca, y si llega a realizar la liquidación de la relación con el deudor, pueden surgir eventuales obligaciones, como la de devolver el saldo. No es "parte" esencial de la hipoteca, pero es el principal interesado, por esto, no se requiere que acepte formalmente la hipoteca.

Por esta circunstancia de ser el acreedor el primer interesado, se suele conferirle a él, en el mismo contrato hipotecario, el **poder o autorización** para proceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad, lo cual originariamente corresponde al constituyente.

Finalmente, si otra persona, distinta de las anteriormente mencionadas, paga o cumple la obligación principal, se subroga en los derechos del acreedor, y si así mismo, un extraño adquiere, por cualquier modo, la finca hipotecada, la recibe con el gravamen real y pasa a ser un tercero (principal interesado), en esta relación jurídica.

105.2. En los sujetos que intervienen en la hipoteca, hay que considerar, por una parte su **capacidad** jurídica, y por otra, la **facultad concreta de disponer** de la cosa que se hipoteca. Son dos asuntos diversos que a veces se confunden, por su innegable íntima relación.

105.3. El **constituyente** debe reunir las dos exigencias legales que se acaban de mencionar: debe tener capacidad jurídica y facultad o poder de disposición del bien que se hipoteca.

Si el constituyente no es el propietario de la cosa que se hipoteca, hay que contar con ese dueño, quien debe tener, igualmente capacidad y poder de disposición concreta del objeto en cuestión. Si es un incapaz, el derecho le protege especialmente. En cambio, no se requiere nada respecto del acreedor, quien puede ser incapaz, como sucede en las hipotecas conferidas por los guardadores para garantizar los derechos e intereses de los pupilos, que son incapaces. Desde luego, el acreedor no debe ni puede tener la facultad

de disponer de la cosa que se hipoteca, ya que nadie se garantiza a sí mismo y de nada serviría la hipoteca de cosa propia a favor de un crédito: ninguna garantía se añadiría y sería contraria a la imposibilidad de la "hipoteca de propietario", inadmisible en nuestro derecho.

105.4. Los **poseedores provisionales** de los bienes del desaparecido no pueden hipotecarlos, si no es con autorización judicial, por causa necesaria o de utilidad evidente (Art. 74). Después del decreto de posesión definitiva, pueden libremente hipotecarse dichos bienes y si regresa el ausente, los recibe en el estado en que se hallen, respetando las hipotecas (Arts. 76 y 80).

105.5. El administrador de los bienes de la **sociedad conyugal** no puede hipotecar ninguno de ellos, sin el expreso consentimiento del otro, a falta de este consentimiento se produce nulidad relativa, según dispone en definitiva el artículo del Código Civil con las reformas introducidas en 1970, 1988 y 1989.

Conforme al artículo 297, los padres que ejercen la **patria potestad** no pueden enajenar ni gravar los bienes raíces del hijo de familia, sin autorización del Juez, con conocimiento de causa. La hipoteca no es una enajenación pero sí un gravamen. Igual prohibición existe para el tutor o **curador** (Art. 418).

105.6. El **fiduciario** puede imponer una hipoteca sobre los inmuebles que posee en fideicomiso, pero ha de contar con autorización judicial, en las mismas condiciones que se exige a los guardadores, o sea, con conocimiento de causa por motivo de necesidad o de utilidad evidente, según dispone el artículo 770.

105.7. Al **mandatario** no le basta para hipotecar, el poder general; necesita cláusula o poder especial que le autorice para esto (Arts. 2036 y 2043). La facultad que tenga para enajenar no le autoriza para hipotecar, ni, viceversa, la de hipotecar no le faculta para enajenar.

105.8. Tampoco el socio administrador de una sociedad en nombre colectivo, puede por sí solo hipotecar bienes sociales, sino que ha de contar con la autorización de sus consocios. Solamente en casos urgentes podrá actuar

como agente oficioso e imponer este gravamen contrayendo las especiales responsabilidades de tal agente (Art. 1982).

105.9. Conforme al artículo **2316**, cuando la ley exige al sujeto que constituye la hipoteca el cumplimiento de especiales requisitos administrativos, más que de capacidad debe hablarse de facultad.

105.10. Vale la hipoteca sobre cosa en que se tiene un **derecho eventual o limitado**. No hay confabulación o mala fe al hipotecar una cuota hereditaria, sabiendo, como debe saber el acreedor, que queda sujeta a la adjudicación de un inmueble al hipotecante. Si no se le adjudica ningún inmueble, la hipoteca caduca, por disposición del artículo 2318, si no se prueba que se han quebrantado las leyes sobre la partición con el ánimo de perjudicar al acreedor; solamente probado ese fraude, cabe la acción Pauliana.

105.11. El artículo 2319 considera el caso de hipoteca constituida por quien solamente tiene **cuotas** o derechos y acciones. El cónyuge sobreviviente no puede hipotecar un inmueble que, por haber sido de la sociedad conyugal, no le pertenece en su totalidad; antes de la partición, solamente se admite la hipoteca de su cuota social.

105.12. La necesidad de tener, además de la capacidad jurídica general, la **facultad de poder disponer** de la cosa, se afirma expresamente en el artículo 2316: "No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que fuere capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para la enajenación.- Pueden obligarse con hipoteca los bienes propios, para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente".

105.13. En el artículo **2332** se trata de la hipoteca por deuda ajena y la fianza hipotecaria. A este propósito, tenemos importantes decisiones de la jurisprudencia: Para ejecutar la hipoteca constituida sobre el inmueble de un tercero, para garantizar una obligación principal de hacer (construir un puente), debe constar que la obligación principal no se ha cumplido o se ha cumplido imperfectamente; si no hay esta constancia en autos, es improcedente la demanda contra el poseedor de la finca hipotecada.

105.14. Si ha intervenido en la constitución de una hipoteca quien no tenía sino capacidad relativa, como es el caso del menor adulto, o bien un mandatario sin poder suficiente, o el socio no expresamente autorizado, se produce la **nulidad relativa** del gravamen, la misma que puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación del sujeto que haya llegado a ser plenamente capaz, o de su representante, de los consocios o del Juez, en su caso. La ratificación, según las normas ordinarias, se retrotrae al momento en que se efectuó la inscripción de la hipoteca.

105.15. No **limita la facultad** del dueño de un inmueble para hipotecarlo, el hecho de que anteriormente haya constituido otra hipoteca sobre la misma cosa. Este gravamen puede repetirse y así se admite una segunda, tercera, etc. hipoteca. Tampoco la constitución de uno o más de estos derechos reales, quita al dueño la facultad de enajenar la cosa; más aún no se puede pactar una prohibición de enajenar, como lo dispone el artículo 2317. Lo que sí se puede, y es frecuente establecer, es que en caso de vender la finca, se deba pagar inmediatamente, con el precio, al acreedor a cuyo favor se estableció la hipoteca.

106. Objeto del derecho real de hipoteca y del contrato correspondiente

106.1. El contrato de hipoteca tiene por finalidad garantizar una obligación principal que, en caso de no cumplirse, permite vender la cosa hipotecada para pagar con el precio al acreedor; esto origina que la hipoteca se configure como un derecho real, que se puede perseguir y ejecutar aunque la cosa pase de unas manos a otras. Así resulta que la hipoteca limita otros derechos reales, principalmente el de propiedad, porque constituye un principio de enajenación, una destinación de la cosa para ser enajenada; por tanto, la hipoteca propiamente recae sobre otros **derechos reales**.

Lo más corriente es que se hipoteque la **propiedad** de una cosa inmueble o de una nave. Y, por eso, el sujeto que hipoteca ha de tener la capacidad y la facultad de poder enajenar lo que es suyo, lo que le pertenece.

El artículo **2320** dice: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre los bienes raíces que se posean en propiedad o en usufructo, o sobre las naves.- Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves pertenecen al

Código de Comercio". Se ha de entender no de modo excluyente sino en cuanto tiene de inclusivo: los bienes raíces y las naves que se poseen en propiedad o en usufructo, se pueden hipotecar; pero además otros derechos reales también admiten hipoteca.

106.2. Además de la propiedad, se pueden hipotecar los derechos que cabe desmembrar del dominio: el **usufructo o la nuda propiedad**, o bien la propiedad **fiduciaria**. Esto, siempre que se tenga la libre disposición de estos derechos; por lo mismo, no puede hipotecarse el derecho de usufructo del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo de familia, ni el usufructo que pueda tener el administrador de la sociedad conyugal, porque estos derechos no son transferibles.

Si el testador ha dejado una cosa gravada con hipoteca, a un nudo propietario y un usufructuario, ambos sujetos forman como una sola persona para responder del gravamen hipotecario, y si uno paga, tiene derecho de repetir contra el otro, en la forma y medida que se indica en los artículos 1382 y 1384.

Según dispone el artículo 770, el **fiduciario** puede imponer una hipoteca sobre los inmuebles que posee en fideicomiso, pero ha de contar con autorización judicial, en las mismas condiciones que se exige a los guardadores, o sea, con conocimiento de causa por motivo de necesidad o de utilidad evidente.

106.3. En general, hay que decir que cualquier derecho real que se pretenda hipotecar, ha de recaer sobre un inmueble o una nave que no estén **fuera del comercio**, que no sean **inembargables**, porque la hipoteca tiene por finalidad el que se puedan vender esos bienes, y no se pueden enajenar normalmente los bienes que no admiten enajenación; tal es el caso de los bienes nacionales de uso público (una plaza, una vía, etc.).

106.4. Por la misma razón, no puede embargarse el **patrimonio familiar**: éste es inembargable y no puede enajenarse libremente, sino cumpliendo especiales requisitos con intervención judicial. Por el destino especial de estos bienes, tampoco se pueden constituir patrimonio familiar sobre bienes que anteriormente han sido hipotecados: la hipoteca afecta los bienes

para ser vendidos y pagar la deuda principal, mientras que el patrimonio familiar, precisamente, no debe ser vendido (Art. 845).

106.5. No hay inconveniente en **hipotecar nuevamente** una propiedad que ya sufre un gravamen anterior. Esto no significa otra cosa que ese inmueble o esa nave ha de servir primeramente para pagar la acreencia anterior y después la nueva obligación garantizada por una segunda o ulterior hipoteca. Tiene preferencia el acreedor más antiguo en el orden de inscripción de los sucesivos gravámenes hipotecarios (Art. 2317).

Por disposición expresa de ley especial, no son hipotecables los inmuebles adquiridos con préstamos otorgados por el **Seguro Social**, los cuales quedan hipotecados a favor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; estos inmuebles también quedan con prohibición de enajenar y de esta manera se cumple la doble finalidad de asegurarlos casi como un patrimonio familiar, y garantizar a la entidad aseguradora al máximo.

106.6. Hay otros derechos reales que no se pueden enajenar: las **servidumbres**, porque no se pueden separar del inmueble sometido a ellas y no cabría enajenarlas independientemente de él. En cambio, desde luego, si un inmueble tiene una servidumbre activa o pasiva, nada impide que se hipoteque la propiedad y, como anexa e indisolublemente unida a ella, quedará también hipotecada la servidumbre; pero nunca separándola del dominio del inmueble.

106.7. Tampoco permite nuestro derecho la hipoteca de **una hipoteca**, por ese carácter accesorio que tiene este derecho real y porque tal forma jurídica (admitida en el antiguo derecho español y otros), implica un doble y complicado sistema de preferencia o prelación de créditos, con una subpreferencia o doble sistema de prelación de créditos.

106.8. Por su naturaleza de derechos personales, tampoco admiten hipoteca los de **uso o habitación**.

106.9. Nada impide que se hipoteque una **propiedad horizontal**, salvo expresa prohibición aceptada en el acto constitutivo de ese derecho, o disposición de ley especial.

106.10. El artículo 2318 dice: "El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho **eventual, limitado o rescindible**, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese. Si el derecho está sujeto a una condición resolutoria, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1507". Este artículo citado, a su vez, expresa: "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".

Nadie puede transferir más de lo que tiene. Pero la seguridad de las negociaciones ha impuesto la exigencia de que la condición por la que el derecho resulta eventual, debe constar en la escritura pública inscrita, por la cual se adquirió ese derecho. De este modo el acreedor que recibe una hipoteca en garantía de su crédito, sabrá a qué atenerse: le valdrá el gravamen mientras no se resuelva, rescinda o revoque el derecho eventual sobre el que recae su hipoteca.

106.11. Las **cosas poseídas en común** por varias personas presentan especiales situaciones en cuanto a la hipoteca; esto se produce con frecuencia en las sucesiones hereditarias, pero también en otros casos, como la disolución de la sociedad conyugal, liquidación de una compañía, o adquisición conjunta de una propiedad por parte de varias personas.

Durante el estado de comunidad, no pueden hipotecar la totalidad del bien sino **todos** los copropietarios. Uno de ellos solamente podría hipotecar su **cuota**.

Si uno de los partícipes hipotecara un cuerpo cierto, un inmueble o una nave determinados, ese gravamen queda sujeto a la condición resolutoria de que en la partición le quepa dicho bien al que lo hipotecó; si se asigna a otro, por convenio o por sentencia, la hipoteca caduca. Si realmente el que hipotecó llega a ser propietario del inmueble o nave que hipotecó antes de la partición, la hipoteca se considera vigente desde el momento en que se inscribió en el Registro de la Propiedad, aunque esa fecha sea anterior a la partición; es decir, que se da efecto retroactivo a la partición y se respeta la hipoteca.

En el caso del **cónyuge** que en parte es heredero y en parte tiene derecho a gananciales, igualmente, hay que estar al resultado de la liquidación y partición; si se ha embargado y rematado un inmueble, el adjudicatario no adquiere más derechos que los del tradente (Art. 698).

En el tiempo intermedio entre la partición y la inscripción de las hijuelas, no cabe constituir hipoteca sobre bienes comprendidos en el antiguo condominio o comunidad: no cabe hipotecar una cuota, porque al asignarse bienes concretos ya han desaparecido las cuotas, y tampoco se admitiría la hipoteca de un inmueble determinado que aún no está inscrito en el Registro; podría simultáneamente hacerse la inscripción y constituirse la hipoteca, pero ésta no puede preceder a la inscripción.

106.12. Otra situación en que la propiedad (u otros derechos reales), queda sujeta a la eventualidad, se produce en las demandas de reivindicación, en las que se discute sobre el verdadero titular del dominio; mientras dura la litis, es obvio que no cabe hipotecar la cosa discutida; generalmente se habrá inscrito una prohibición de enajenar o gravar, como medidas precautorias, pero aún si esto no se hubiere hecho, la hipoteca adolecería de nulidad.

Lo mismo sucede en otros juicios sobre el dominio: Se hipotecó un inmueble aduciendo tener la propiedad por prescripción; pero ésta no vale contra título inscrito y el verdadero propietario, que ha probado su derecho por el título inscrito, ejercita con eficacia la tercería excluyente de dominio en el juicio de remate del bien hipotecado sin validez. Prevalece la inscripción del título de propiedad, que es más antiguo, sobre el título inscrito más recientemente, de hipoteca, por parte de quien no era dueño.

106.13. Tampoco es incompatible la **anticresis** con la hipoteca, sino que prevalecerá para efecto del pago a los acreedores, el derecho que se haya inscrito antes, quedando el remanente del precio para cubrir en segundo lugar, al que se inscribió después.

106.14. De conformidad con el artículo 2320 se requiere que el constituyente de la hipoteca tenga la propiedad u otro derecho real hipotecable para que pueda proceder válidamente a establecer el gravamen. Por consiguiente no cabe la **hipoteca de cosa ajena**, al menos en cuanto al derecho

real. Resulta admisible un contrato en el que se prometa constituir hipoteca sobre un bien que pertenece a otro, supeditando el valor de esta convención a que el promitente adquiera la propiedad: estaríamos más bien en el caso de una promesa de hipoteca, o de una simple obligación personal. El Código Civil da derecho al acreedor de inscribir la hipoteca el momento en que el deudor adquiere el inmueble; y sería distinta la promesa propiamente dicha de constituir una hipoteca, mera obligación personal que, si no se cumple, deriva en un derecho a pedir indemnización.

106.15. En cuanto a la hipoteca de las naves, el artículo 2320 se remite a las normas del Código de Comercio, pero curiosamente, este cuerpo legal se remite al Código Civil, y únicamente establece las preferencias de créditos sobre el precio de la nave, en el artículo 709. En algunos sistemas extranjeros se configura más bien como prenda y no como hipoteca.

El Convenio firmado en Bruselas el 27 de mayo de 1967, para la unificación de las reglas sobre privilegios e hipotecas marítimas, reconoce los siguientes privilegios: 1. de los salarios de la dotación de las naves; 2. De los derechos de puerto, canal, etc.; 3. Los créditos por muerte o lesión de personas a bordo; 4. Por daños sufridos en los bienes transportados; 5. Los de salvamento, remoción de restos y contribución de avería. Suscribieron muchas naciones de Europa, África, China y de América solamente el Uruguay. Prácticamente coincide con lo dispuesto en nuestro Código de Comercio.

107. Extensión y limitación de la hipoteca

107.1. Se requiere examinar la amplitud de la hipoteca desde un doble punto de vista; el **objetivo**, del inmueble o nave hipotecados, y el de la **obligación asegurada**.

107.2. En principio, se afirma que la hipoteca alcanza a **toda la materialidad** del objeto cuya propiedad (u otro derecho real), posee el constituyente. Si se amplía ese objeto por acrecimientos o accesión, la hipoteca abarcará también esos anexos; y si disminuye el objeto, también la hipoteca se reducirá, Esto es aplicable tanto a las accesiones naturales, a las producidas por el trabajo, como el simple cambio de valor del inmueble o la nave, por otras circunstancias, como su mayor o menor demanda en el mercado o las

variaciones del valor de la moneda en que se aprecia el valor de las cosas. Pero no se amplía la hipoteca si se adquiere otro terreno adjunto al gravado: aquí no hay propiamente accesión, y se circunscribe el derecho de garantía al cuerpo cierto que se hipotecó. Según nuestro artículo 2321, cabe que se hipotequen bienes futuros, que se han de adquirir después, y entonces rige la hipoteca desde que se adquieren y se inscribe el gravamen; no se aprueba, pues, una automática extensión de la hipoteca a los nuevos inmuebles.

Sin establecer ninguna distinción, el Código Civil dice escuetamente, en el artículo 2323: "La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada". Solamente parece que se salvaría de esta regla tan absoluta, lo que propiamente no forme parte integrante de la finca, o la introducción temporal de maquinas o vehículos ajenos o que solamente servirán por un tiempo en el cultivo y no se han de considerar incorporados al inmueble.

107.3. "La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el artículo 588; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros", dice el artículo 2322. Aquí simplemente se aplica la norma general sobre la ficción de considerar inmuebles a ciertos objetos que por su naturaleza son muebles, pero que están permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de una finca, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Ahora bien, como el propietario de un inmueble hipotecado conserva con la propiedad el derecho de enajenarla, puede vender, regalar, etc. esos inmuebles por adhesión, y de esta desmembración se seguirá frecuentemente una notable disminución del valor de la garantía; entonces sería aplicable el artículo 2329, que da derecho al acreedor de pedir un complemento o sustitución de la cosa que se haya deteriorado.

Será prudente que en el contrato hipotecario se asegure que el constituyente no va a separar del inmueble cosas de notable valor. Bien harán en establecer la obligación de cancelar, aunque sea parcialmente, la deuda con el producto de esas ventas, o impedirlas constituyendo sobre ellas una prenda agrícola.

107.4. "También se extiende la hipoteca a las **pensiones** devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes", dice el artículo 2324.

Como el anterior, esta norma debe interpretarse con **alguna reserva** a sus términos demasiado absolutos. No cabría, en efecto, considerar incorporados a la garantía los cánones de arrendamiento devengados durante la vigencia del contrato (antes de la ejecución o venta para pagar), puesto que ello significaría identificar la hipoteca con el derecho de **anticresis**, que es un derecho distinto, precisamente, por la facultad de recibir los arrendamientos para pagar con ellos la deuda.

Además, el mismo artículo trascrito insinúa la distinción entre las pensiones correspondientes al tiempo en que permanece el inmueble en posesión de su dueño y las que se devenguen desde el momento en que se embargue para pagar la deuda. Dicha insinuación consiste en la referencia a "la indemnización debida por los aseguradores", que solamente podría reemplazar al valor de la cosa destruida o deteriorada, en caso de haberse producido un siniestro, como inundación, incendio, terremoto, etc., y cuando el seguro haya cubierto parcial o totalmente los daños producidos; por analogía, solamente se han de incorporar al capital que garantiza la deuda, las pensiones **devengadas después del embargo**.

Díaz Garaicoa señala con acierto, que el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil sólo permite al depositario judicial comenzar a cobrar los arriendos desde que se ha producido el embargo y realizada la venta del inmueble, el acreedor hipotecario tendrá preferencia sobre esos arriendos y sobre el precio de la venta, mientras que antes del embargo el acreedor no tiene ningún derecho sobre los cánones.

En cuanto a las **indemnizaciones** pagadas por un seguro, si las ha cobrado el deudor o constituyente propietario del inmueble que sufrió el siniestro, podrían ser embargadas por el acreedor para hacerse pagar con ellas, como dispone claramente el artículo 2324. Si aún no han sido pagadas las indemnizaciones, no podrá el acreedor exigirlas directamente al asegurador, salvo que así se hubiere establecido en el contrato de seguro o que el constituyente hubiere cedido legalmente su derecho; en efecto, el asegurador es

un tercero para el acreedor y nada le debe directamente a él, si no se ha comprometido en tales términos voluntariamente.

Es razonable la extensión que hace **De Diego**, al precio de la **expropiación** por utilidad pública, que al fin es una venta forzosa y presenta un cuadro económico semejante al del pago de un seguro.

107.5. "La hipoteca sobre un **usufructo** o sobre minas y canteras no se extiende a los frutos percibidos, ni a las sustancias minerales una vez separadas del suelo", dice el artículo 2325, aplicando así los mismos principios antes expuestos. Lo hipotecado es el derecho de usufructo, y éste podrá embargarse y rematarse para cubrir la obligación principal, pero no se extiende la hipoteca a los productos ya percibidos o separados, que no forman parte del derecho de usufructo.

107.6. La extensión de la obligación garantizada depende de la mayor o menor amplitud de la deuda principal, e incide necesariamente en la responsabilidad del poseedor.

Es obvio que la hipoteca garantiza la obligación principal a la que accede, con **sus intereses**, si los hay, sea por convenio o por aplicación de las normas legales. También responde el precio del inmueble hipotecado por las **costas judiciales** a que hubiere dado lugar. El artículo 2379 ordena pagar en primer lugar estas costas.

Estos son los términos generales a los que se extiende la hipoteca, pero las partes están facultadas para señalar una cuantía máxima hasta la que llegue la garantía inmobiliaria. Sin embargo, esa extensión a su vez, está limitada por la ley: el artículo 2333, exige que tal disposición debe ser **expresa** e **inequívoca**, y además, no podrá superar el **doble** del valor de la obligación principal.

Si los intereses y costas sumaren más del duplo de la obligación principal, la hipoteca únicamente respondería hasta esa cantidad máxima consentida por el derecho; pero no significa que el acreedor pierda lo que se le deba en exceso de esa cantidad, sino que no gozará de preferencia y deberá cobrarla sobre otros bienes del deudor ya no como crédito hipotecario, sino conforme a las normas generales.

La norma de nuestro Código, que no admite hipoteca por más del doble del valor de la obligación garantizada, se ha de considerar de orden público y no puede derogarse por estipulación en contrario, por eso, señala el segundo inciso del artículo 2333 que: "El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho valor, y reducida, se hará a costa del deudor nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda".

107.7. Se da también una limitación subjetiva de la hipoteca, cuando existen varios inmuebles hipotecados por distintos propietarios para garantizar la misma deuda. Entonces caben diversas posturas, según sean los términos del contrato o de los contratos: pueden haber garantizado con solidaridad o sin ella. Como anota **Hedemann**, lo normal es que se estipule, para las relaciones internas, una distribución de responsabilidad o una responsabilidad limitada de cada hipotecante, pero nada impide asumir la garantía de modo solidario.

108. Forma o solemnidad de la hipoteca

108.1. El contrato de hipoteca es **solemne**, de suerte que, si no se cumplen las disposiciones de forma exigidas por la ley, se produce nulidad absoluta y aún puede hablarse de inexistencia de la hipoteca. Igualmente, el **derecho real de hipoteca** no se constituye si no es mediante esas formas solemnes.

108.2. Conforme a las reglas universalmente admitidas del Derecho Internacional Privado, la forma de los actos se rige por la **ley del lugar en que se verifican**. El Código Civil se refiere a los contratos hipotecarios celebrados en nación extranjera, en el artículo 2313, y en los artículos 2311 y 2312 señala las solemnidades necesarias, sin referirse al lugar de la celebración, pero se entiende que se circunscribe a los contratos celebrados en el Ecuador, ya que el otro artículo (2313) contempla los contratos fuera del país.

Dice el artículo **2311**: "La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos. Podrá ser una misma la escritura pública de hipoteca, y la del contrato a que accede".

Si la hipoteca se ha constituido en un **testamento**, igualmente, tendrá que inscribirse y sólo desde ese momento producirá efecto en cuanto a la hipoteca.

Normalmente se celebra escritura pública, incluso cuando se procede a una **partición de bienes voluntaria** se debe emplear este medio solemne, siempre que comprenda bienes inmuebles, y, si hay una refundición, se constituye por ministerio de la ley una hipoteca para garantizar su pago, por lo cual deberá inscribir en el Registro de la Propiedad.

Otro caso en que se constituye por disposición legal, es el de la hipoteca sobre un inmueble que ha sido **rematado**, quedando el adquirente con la obligación de pagar todo o una parte del precio con cierto plazo; según el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, se inscribe en el Registro el acta de adjudicación.

108.3. La exigencia de **inscripción** de la escritura o del instrumento público, cumple un propósito múltiple: es **forma solemne** para la constitución del derecho real de hipoteca; sirve de **prueba** de su existencia y garantía de su validez; permite el **conocimiento público** del gravamen, de modo que no incurran en error quienes comercian con estos bienes; y, establece la fecha de la que depende el orden de **preferencia** de sucesivos gravámenes. En el plano judicial, la escritura pública inscrita es **título ejecutivo** que permite seguir la correspondiente acción ejecutiva.

108.4. Algunos autores distinguen el contrato del derecho real de hipoteca. Ciertamente se trata de dos figuras jurídicas diferentes: el contrato solamente origina obligaciones personales, mientras que el derecho real es exigible frente a cualquier persona que lo niegue. Según **De Diego**, la escritura aún no inscrita originaría solamente la obligación de inscribirla, pero solamente dicha inscripción tiene valor constitutivo.

Me planteo la dificultad de qué recurso queda al acreedor que ha conferido un préstamo con la garantía de una hipoteca celebrada por escritura, pero que no llega a inscribirse. Esta persona no está legitimada para realizar la inscripción, salvo que se le haya confiado esta facultad por mandato en la misma escritura o en otra; no es propiamente parte de la relación principal, aunque le interesa sobremanera el tener una seguridad para su crédito

¿Podrá pedir al Juez que él ordene la inscripción? No conozco casos de jurisprudencia al respecto y dejo simplemente planteada la duda. Sí parece evidente que, al haberse comprometido el deudor a constituir la hipoteca (y por tanto a inscribirla), si no cumple esta obligación, el acreedor puede pedir la resolución del contrato principal por dicho incumplimiento. Si el artículo 2329 permite dar por terminado el plazo aún pendiente y cobrar la deuda en caso de haberse perdido la cosa hipotecada y no haber sido reemplazada por otra, parece que igualmente el acreedor al que no se asegura con la hipoteca prometida, podrá también pedir la resolución del contrato.

108.5. Entre la celebración de la escritura de hipoteca y su inscripción en el registro, el propietario puede disponer de la cosa, enajenándola o imponiendo otros gravámenes. Naturalmente ha de actuar de buena fe, esto es, con conocimiento oportuno del acreedor, pues de otro modo sería responsable de la mala fe y no valdrían esos actos de naturaleza colusoria. La jurisprudencia ha aceptado el valor de una venta realizada con advertencia del acreedor, porque consta en el mismo acto del contrato de préstamo y niega el derecho del acreedor a impugnar la enajenación.

No se admite, en cambio, ninguna forma privada de constitución de la hipoteca o de inscripción por parte de quien no tenga autorización para hacerlo. No tiene legitimidad activa para la inscripción quien dejó de ser propietario de la cosa hipotecada.

108.6. Cuando los bancos u otras instituciones autorizadas emiten cédulas hipotecarias, este negocio se ha de realizar conforme a las disposiciones del derecho mercantil especial e implica nueva escritura pública; pero cada uno de los deudores del banco que emite las cédulas, ha de celebrar su respectivo contrato por escritura pública inscrita.

108.7. El artículo 2312 categóricamente ordena: "La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el **registro correspondiente**. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción". Por tanto, hasta dicha anotación en el Registro, está pendiente la obligación del constituyente; pero si en la escritura se ha delegado al acreedor para que realice la inscripción, no cabría acusar de mora al deudor que no lo hace, puesto que está en manos del acreedor el conseguir la inscripción.

El registro al que se refiere este artículo es el de la Propiedad, del respectivo cantón en que se halle el inmueble hipotecado. Si una finca se extiende a más de un cantón, deberá inscribirse en todos aquellos en los que esté situada, puesto que la hipoteca es indivisible, y no valdrá parcialmente la inscripción en uno solo de los cantones. En cuanto a las naves, se deben inscribir en el lugar en que se registraron las mismas naves, que es donde se finge que están presentes cuando se hallan en alta mar.

108.8. Respecto de las hipotecas **celebradas en nación extranjera**, tenemos el artículo 2313, que dispone: "Los contratos hipotecarios celebrados en nación extranjera surtirán efecto, con respecto a los bienes situados en el Ecuador, con tal de que se inscriban en el registro del cantón donde dichos bienes existan".

Ya queda dicho que la forma de los contratos celebrados en el exterior se sujeta a las leyes del lugar, pero el efecto en nuestro país, se subordina a la inscripción. Se admite, pues, que se establezca una hipoteca en otro país, conforme a sus leyes, y podría ser por escritura privada, si así lo permiten esas normas extranjeras, pero, no surtirá efecto en el Ecuador sin la inscripción, tratándose de bienes situados en esta nación.

108.9. El **contenido de la inscripción** está detallado por el artículo 2334: "La inscripción de la hipoteca deberá contener: 1. El nombre, apellido y domicilio del acreedor; su profesión si tuviere alguna, y las mismas designaciones relativamente al deudor, y a los que, como apoderados o representantes legales del uno o del otro, requieran la inscripción. Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior; 2. La fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra. Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que existe; 3. La situación de la finca hipotecada y sus linderos. Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará la provincia, cantón y parroquia a que pertenezca, y si perteneciere a varios, todos ellos. Si fuere urbana, la ciudad, villa o aldea, y la calle en que estuviere situada; 4. La cantidad determinada a que se extiende la hipoteca, en el caso del artículo precedente; y, 5. La fecha de la inscripción y la firma del Registrador de la propiedad".

Se trata, pues, de determinar claramente quienes intervienen en la hipoteca, cuál es su objeto, con precisa determinación de su situación, y la cuantía. Por esto, la falta de algunos elementos accidentales que no impiden la identificación de estas tres cosas, no anulan la inscripción, y así se establece en el siguiente artículo: "2335. La inscripción no se anulará por la falta de alguna de las designaciones prescritas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del precedente artículo, siempre que por medio de ella o del contrato o contratos citados en ella, pueda venirse a conocimiento de lo que en la inscripción se eche de menos. Constando el nombre y apellido del acreedor y del deudor, la falta de determinación del domicilio o de la profesión de aquellas personas, no anula la inscripción de la hipoteca".

Nótese que ciertas deficiencias de la inscripción se pueden remediar con los términos claros y completos del contrato o contratos inscritos. La inscripción y la escritura inscrita forman una unidad jurídica, y el derecho trata de salvar la validez, superando accidentales omisiones.

109. Efectos de la hipoteca

109.1. Se pueden distinguir los efectos del contrato de hipoteca **durante su vigencia**, esto es, hasta la realización de la hipoteca por venta o adjudicación; y, los efectos **después del embargo y remate** del bien hipotecado.

También cabe individuar los efectos propiamente del **contrato** y los que corresponden al carácter de **derecho real**. Bajo ambos conceptos, como contrato y como derecho real, quien es beneficiario de los efectos de la hipoteca es el **acreedor** cuyo crédito se ha asegurado así. Quien deberá soportar las consecuencias de la hipoteca es primeramente el **constituyente**, dueño y poseedor del inmueble, y, eventualmente, un **tercero** a quien haya pasado dicha propiedad o posesión de la cosa hipotecada. Sólo muy eventualmente, por accidente, surgirá algún derecho del **deudor de la obligación principal**, a éste le corresponde su obligación personal.

109.2. Los **derechos del acreedor**, se mencionan de modo genérico y por remisión al contrato de prenda, en el artículo 2326: "El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda".

Sin embargo, esto no es muy exacto, puesto que el primer derecho del acreedor prendario consiste en **retener** la prenda, que está en su poder, mientras que el hipotecario no posee la cosa que garantiza su crédito, sino que ese inmueble permanece en manos del deudor.

Indudablemente la remisión al contrato de prenda, se refiere a la facultad de **hacer vender judicialmente** el objeto hipotecado para pagarse con el precio obtenido, todo lo que el deudor debía haber cubierto de capital, intereses y costas.

La venta judicial, puede excepcionalmente sustituirse por una **venta privada** con el compromiso de que el comprador entregue el precio al acreedor hasta el monto de todo su crédito; también cabe, que, a falta de posturas en el remate público, el Juez asigne o **adjudique** la cosa al acreedor como dación en pago, hasta el monto indicado o en cuanto alcance para cubrir su crédito (si queda un saldo, podrá el acreedor perseguirlo en otros bienes del deudor). Este es el llamado derecho de liquidar o *ius disponendi.*

El otro derecho característico y fundamental del acreedor hipotecario, que atañe más al carácter de derecho real, es el *ius persequendi,* o derecho de ejecutar la cosa hipotecada en manos de cualquier persona que la tenga. Si la cosa perteneció desde el momento del contrato a un tercero, o si, con posterioridad a la imposición del gravamen, pasa a posesión o dominio de un tercero, da lo mismo: el acreedor puede pedir su embargo y remate.

Verificada la realización (venta o asignación) de la cosa, el acreedor hipotecario goza de una **preferencia** para ser pagado antes que otros acreedores no hipotecarios o con igual garantía pero no tan antigua como la suya.

Se completa el cuadro esquemático de los derechos del acreedor, con el que le compete de **impedir el deterioro** de la cosa o exigir la **sustitución** de la garantía cuando se ha perdido o disminuido notablemente.

Estos derechos fundamentales del acreedor sufren algunas modificaciones o dan origen a situaciones especiales que examinaremos a continuación.

109.3. El acreedor hipotecario puede ejercitar los indicados derechos, pero nada impide que renuncie a ellos o que, sin renunciar, pretenda cobrar su

crédito de **otra manera** legal. Por ejemplo, puede admitir una novación, reemplazando la anterior obligación por otra que le resulte más conveniente o que permita al deudor cumplirla mejor; o llegar a una transacción, o simplemente, ejecutar otros bienes del deudor.

El artículo 2327, se refiere especialmente al tercer ejemplo que se acaba de poner: "El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la **acción personal** del acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor que no le han sido hipotecados; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera". Es decir, que si el acreedor no va por el camino ordinario de la ejecución de la cosa hipotecada, no goza ya de preferencia y entrará en el concurso de acreedores como uno más de los simplemente ordinarios.

109.4. Correlativo a este aspecto del derecho del acreedor, es la facultad que tiene el **deudor** de **abandonar** la finca. Este abandono debe entenderse como un poner a disposición inmediata del acreedor para la correspondiente ejecución judicial; no se trata de un abandono general, que convertiría la cosa en *res derelicta* o *res nullius,* sino de un dejar en manos del Juez para que proceda al remate y al pago preferente del acreedor hipotecario; es, como dice el artículo 2328 un "abandonársela", es decir, darla a favor del acreedor, pero tampoco quiere decir que le transfiere el dominio o posesión directamente, sino en la indicada forma judicial.

Este abandono tiene por objeto la cancelación de lo debido al acreedor hipotecario, por esto, si el deudor paga el capital, intereses y costas, antes del remate de la cosa, se suspende esa ejecución y el deudor recupera la finca abandonada, entregada para la ejecución.

109.5. No se admite, en cambio, la **apropiación directa** de la cosa por parte del acreedor; esto equivaldría a una usurpación y está expresamente vedado por las leyes y la jurisprudencia.

109.6. Cuando una persona distinta del deudor principal satisface la obligación de éste, se **subroga** en los derechos del acreedor y podrá hacerlos valer en la misma forma en que lo hubiera hecho el acreedor, pidiendo el embargo y remate de la finca.

Señala el artículo 1626 los principales casos en que se produce subrogación en los derechos del acreedor, entre ellos, dos se refieren expresamente a la hipoteca: "1. Del acreedor que paga a otro acreedor de mayor derecho, en razón de un privilegio o hipoteca; 2. Del que habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado". Además, podemos agregar, en todos los casos en que una persona paga al acreedor hipotecario sin ser el deudor garantizado; este tercero que interviene para pagar deuda ajena, se subroga en los derechos del primitivo acreedor.

109.7. "La subrogación -agrega el artículo 1628-, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda. Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le quede debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito". En este supuesto hay una subrogación parcial, y el acreedor primitivo conserva una preferencia sobre el subrogado en una parte, en virtud de ser más antigua su garantía y por la indivisibilidad de la hipoteca.

109.8. En el caso de la compraventa de un inmueble, se puede presentar la situación de que el adquirente haya hipotecado la cosa y después se vea obligado a devolverla al vendedor, por no haber pagado todo el precio; el dueño primitivo tiene derecho a recuperar la finca libre de **gravámenes**, en la misma condición en que la vendió, por esto, ordena el artículo 1835: "El comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella". Pero, cabe preguntarse ¿Cómo obligará el vendedor a que el comprador cumpla con esta obligación, y cómo puede privar al acreedor hipotecario de su derecho? Desde el punto de vista económico es de suponer que el comprador que no ha podido pagar el precio, tampoco podrá levantar la hipoteca. Probablemente se resolverá este asunto en una indemnización que el vendedor hará efectiva sobre otros bienes del comprador, si los tiene.

109.9. A su vez, el crédito hipotecario puede ser **cedido**, como lo autoriza el artículo 1844, para esta cesión se requiere anotarla en el Registro de la

Propiedad, al margen de la inscripción hipotecaria. "la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas, pero no traspasa las excepciones personales del cedente" dice el artículo 1847, por tanto, el nuevo acreedor hipotecario podrá ejecutar sobre la cosa gravada y cobrar como lo habría hecho el primitivo acreedor.

109.10. Si además de la hipoteca el deudor tiene un **fiador**, éste goza de beneficio de excusión y en virtud de él, puede exigir que primeramente se ejecute en los bienes hipotecados (Art. 2259). Pero no se tomarán en cuenta para la excusión, entre otros, los bienes hipotecados en seguridad de otras deudas, según prescribe el artículo 2261.

109.11. No hay incompatibilidad entre **hipoteca y anticresis**, sino que pueden subsistir juntas o acumularse sucesivamente. El artículo 2341 dispone: "Podrá darse en anticresis al acreedor el inmueble anteriormente hipotecado al mismo; y podrá igualmente hipotecarse al acreedor, con las formalidades y efectos legales, el inmueble que se le ha dado en anticresis.

109.12. Una situación singular se produce cuando **cosas donadas** vuelven al dominio del donante. Las cosas donadas pueden volver a propiedad y posesión del donante sea por resolución (si hubo condición resolutoria), por rescisión (si se declara la nulidad de la donación) o por revocatoria (por ingratitud del donatario); en cualquiera de estos casos, el que recupera el inmueble que hubiere sido hipotecado por el donatario, lo recibirá con la hipoteca, puesto que es derecho real, y no tendrá acción contra terceros poseedores, sino en los casos de excepción que señala el artículo 1448, en tres numerales: "1. Cuando en la escritura pública de donación, se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición; 2. Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos (de prenda o hipoteca), se ha notificado a los terceros interesados, que el donante u otra persona a su nombre se propone intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario; y, 3. Cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados, o a constituir los referidos derechos, después de intentada la acción". En síntesis, solamente se concede la acción contra los terceros poseedores, cuando éstos han sido advertidos del peligro de perder la cosa por resolución, rescisión o revocatoria, o les constaban los elementos que hacían posibles estas acciones.

109.13. Cuando el constituyente no es el deudor sino un **tercero**, o bien cuando un tercero llega a ser poseedor de la cosa inicialmente hipotecada por otro, el derecho del acreedor subsiste de la misma manera que si el inmueble estuviere en posesión del deudor: puede igualmente embargarlo y hacerlo rematar. Pero esta situación de la cosa que pasa a manos de un tercero, plantea algunos problemas.

El artículo 2330 dice: "La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por Juez. Mas, para que esta excepción surta efecto a favor del tercero, deberá hacerse la subasta con notificación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos con el precio del remate, en el orden que corresponda. El Juez, entre tanto, hará consignar el dinero".

Se presentan diversas situaciones. Una consiste en que un acreedor hipotecario haya pedido el embargo del inmueble gravado por varias hipotecas; entonces, los otros acreedores tienen derecho de intervenir como terceristas coadyuvantes y verificado el remate, participarán en el precio en el orden y en la medida en que alcance. Otro caso es el del embargo solicitado por un acreedor no hipotecario: también aquí, se deberá notificar al acreedor hipotecario o a los acreedores que tengan este derecho real, para que hagan valer su derecho real y preferencia. Si uno o varios acreedores hipotecarios no intervinieren en el juicio, no pierde su derecho real, y una vez adjudicada la cosa a otra persona, puede pedir su embargo para conseguir el pago. En cambio, si el acreedor hipotecario es quien ha demandado el embargo y remate y con el precio se le ha pagado totalmente, se extingue la hipoteca, pero si el precio no alcanza, el saldo solamente lo podrá cobrar sobre otros bienes del deudor, ya sin la preferencia propia de la hipoteca.

109.14. Lo más característico del derecho real de hipoteca es el **derecho de persecución** que tiene el acreedor, y consiste en la facultad de pedir el embargo y el remate de la cosa hipotecada, una vez que puede exigir la obligación principal y ésta no haya sido cumplida; tal facultad la ejercitará frente a cualquier persona, es decir, aunque el inmueble haya pasado a manos de persona distinta de quien constituyó el gravamen: en esto consis-

te precisamente el carácter real. Existen, sin embargo, unas excepciones, que vamos a considerar de inmediato.

El artículo **2330** dice: "La hipoteca da al acreedor el derecho de **perseguir la finca** hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido".

El tercer poseedor tiene, pues, la **responsabilidad** originada por el gravamen: no es un deudor personal, pero es responsable. Esta responsabilidad significa que deberá sufrir el embargo y aceptar la venta de la cosa hipotecada; realizados éstos, el precio servirá para el pago al acreedor en la medida en que le corresponda, y si hay un saldo sobrante será del dueño de la finca vendida, mientras que si el precio no alcanza a cubrir el crédito hipotecario, el acreedor podrá perseguir otros bienes del deudor, pero no puede cobrar nada al tercer poseedor de la finca rematada, porque él no es deudor personal.

La **situación normal** de la hipoteca, esta capacidad de persecución real, en manos de cualquiera persona, es lo que da a tal derecho la máxima seguridad, pero sufre dos excepciones que debilitan esta fortaleza: la venta de la cosa en pública subasta, y las transferencias clandestinas o de mala fe.

El segundo inciso del artículo 2329, se refiere a la primera excepción: "Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el Juez". Obviamente este caso hace referencia al embargo pedido por otra persona distinta del acreedor hipotecario y no al caso ordinario de embargo a petición de éste, precisamente para hacerse pagar. Se presume la situación de alguien que ha adquirido en pública subasta un inmueble que estaba hipotecado; entonces el acreedor tuvo la oportunidad de hacerse pagar con el precio, pero si no lo hizo, en cierto modo renunció a su preferencia y solamente podrá cobrar su crédito de manera común (sin preferencia) en otros bienes del deudor.

La referida excepción, para ser eficaz debe cumplir los **requisitos** que señala el inciso tercero: "Mas, para que esta excepción, surta efecto a favor del tercero, deberá hacerse la subasta con notificación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipo-

tecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos con el precio del remate, en el orden que les corresponda. El Juez, entre tanto, hará consignar el dinero". Es decir, que si no se hubiere notificado la subasta al acreedor o acreedores hipotecarios, éstos conservarán su derecho de persecución incluso después de la subasta y podrán, en consecuencia, provocar un nuevo remate en el que se harán presentes y cobrarán con preferencia. Lo mismo sucede, si se les ha notificado pero sin darles el "término del emplazamiento", el tiempo indispensable para hacerse presentes y reclamar. En una palabra, siempre que se quita el derecho de defender su derecho real, éste permanece incólume, a pesar de la subasta, pero si se ha dado la oportunidad de hacerlo valer y el acreedor no ha intervenido, entonces queda desprovisto de su preferencia y sólo podrá cobrar ordinariamente.

El **otro caso de excepción** ya se mencionó más arriba: en aquellas circunstancias en que se rescinden, resuelven o revocan los derechos del constituyente de la hipoteca, el acreedor hipotecario pierde su situación privilegiada, siempre que no se le hayan ocultado las condiciones o causas de nulidad o el procedimiento de revocatoria: en todos esos casos hay un proceder clandestino y el acreedor no sufrirá perjuicio, pero si conoció o pudo conocer el peligro de la pérdida del derecho del constituyentes y de todas maneras aceptó la hipoteca, la aceptó con ese riesgo y al producirse la rescisión, revocatoria o resolución, pierde el acreedor su preferencia en el cobro, no podrá perseguir la cosa hipotecada en manos de tercero, sino que tendrá que cobrar a su deudor ejecutando otros bienes de éste.

109.15. El derecho de persecución, no obsta a que esa misma persona intente cobrar directamente a título personal al deudor, solamente que entonces no gozará de preferencia. En otras palabras, la acción real hipotecaria no es incompatible con la **acción personal** para el cobro del crédito. Ambas acciones pueden intentarse, independientemente y en cualquier orden, la una o la otra primero; también se puede demandar conjuntamente al deudor por su deuda (acción personal), y al poseedor de la cosa hipotecada (acción real), para la ejecución particular sobre el bien gravado. Y estas dos acciones cabe que se dirijan contra una misma y única persona, cuando el deudor es el dueño del inmueble grava, o contra dos personas: el deudor, a título personal (y para que responda con sus otros bienes), y a la par, al dueño de la cosa hipotecada para que sufra el embargo y remate, si no cubre voluntariamente la deuda garantizada.

El artículo 2327 dice claramente esto: "El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor que no le han sido hipotecados; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera".

No se reconoce al deudor un derecho de **excusión**: no puede exigir él, al acreedor que primeramente ejecute la cosa hipotecada por un tercero, para luego cobrar al deudor. Lo que sí está al alcance del deudor hipotecario, cuando le pertenece la cosa hipotecada, es abandonarla (conforme al Art. 2328), o dentro del juicio ejecutivo, dimitir bienes para el embargo, incluyendo entre ellos la cosa hipotecada o concentrando en ella la opción para el embargo.

Tampoco existe un beneficio de orden o excusión a **favor del tercero** a quien ha pasado el bien hipotecado: éste lo ha recibido con el gravamen hipotecario y ha de soportar la ejecución, sin poder exigir que primeramente se ejecute al deudor en sus propios bienes. Así se declara en el primer inciso del artículo 2331: "El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre una finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho a que se persiga primero a los deudores personalmente obligados".

¿Qué derecho se le reconoce a este **tercero que paga**? Hay dos consecuencias que le favorecen: 1. Se subroga en los derechos del acreedor al cual ha satisfecho, sea en dinero, sea abandonando la finca hipotecada para su remate; por tanto, podrá después repetir contra el deudor, con la misma preferencia que el acreedor original; 2. "Si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que hubiere hecho en ella", según dispone el inciso tercero del artículo 2331.

El artículo 532 del Código de Procedimiento Civil ordena suspender la ejecución de la hipoteca si se presenta una tercería excluyente de dominio, pero el ejecutante puede solicitar que se embarguen otros bienes del deudor. Este es un caso excepcional en que la ley permite al acreedor cambiar la acción real en personal.

109.16. Otro de los derechos que la hipoteca confiere al acreedor, es el de **sustitución o mejora**. El gravamen real tiene por objeto asegurar el pleno cumplimiento de la obligación garantizada, y por esto, el deudor debe conservar sustancialmente la cosa, aunque puede enajenarla; y si pasa a otras manos, el nuevo poseedor debe igualmente conservar la cosa de suerte que no se destruya o desmejore en términos de dejar de ser una garantía competente. Si sucediere que la cosa se destruye o disminuye considerablemente de valor, el acreedor tiene derecho a que se le mejore la garantía, sea con otras hipotecas o fianzas, sea con pago parcial de la obligación, y, si el deudor no cumple con este deber de sustituir o mejorar la garantía, el acreedor puede demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque su plazo no esté vencido, es, lo que se suele decir: "dar por terminado el plazo" y proceder el cobro inmediato.

Así lo establece el artículo 2329: "Si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente. En defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada".

La intención de la ley es clara: se trata **de mantener el** valor de la cosa hipotecada, y se confiere al acreedor el derecho de exigir que no disminuya su garantía. Entre las medidas conservatorias, el Juez podría prohibir la enajenación de accesorios de la finca, de los cuales dependa su valor. No es lícito que las partes estipulen prohibición de enajenar, pero el Juez sí podría prohibir, en los mencionados casos; por ejemplo, el ganado o los implementos para la producción de una hacienda, sin los cuales el valor de ella disminuiría notablemente.

No parece ilícito, que en la escritura de hipoteca se prevean estas circunstancias extremas, y que se reconozca expresamente el derecho del acreedor de dar por terminado el plazo si se producen esas enajenaciones perjudiciales y peligrosas. Es frecuente pactar que el contrato prevea la obligación del deudor de tener y mantener un **seguro**, sobre todo cuando se trata de bienes que están más expuestos a perecer, por ejemplo una construcción de materiales combustibles que podría desaparecer por incendio.

El derecho de sustitución o mejora, surge cuando la finca se deteriora, por cualquier causa, aunque sea independientemente de la voluntad o responsabilidad del deudor, es decir, también por **caso fortuito**; pero, como advierte Josserand, no actuaría este beneficio cuando la pérdida de valor se debe a circunstancias generales económicas, como crisis, desvalorización por guerras, etc.

Se plantea el problema de si será aplicable este derecho cuando el deudor ha establecido **nuevos gravámenes** sobre la misma cosa hipotecada. En principio habrá que responder negativamente, puesto que tales nuevos gravámenes, incluso nuevas hipotecas, no perjudican a la primera o a las anteriores, que no pierden su preferencia. Pero, si se trata de un derecho de usufructo, o ciertas servidumbres, aunque no pasen antes del crédito hipotecario, que mantiene su preferencia, indudablemente desmejoran económicamente la cosa y llegado el remate será más difícil conseguir posturas por el precio que tendría la cosa sin esos gravámenes. Si se comprueba la disminución del valor de la finca, parece que debe aplicarse el derecho de mejora o sustitución que reconoce el artículo 2329.

109.17. Dentro de la ejecución de la finca hipotecada, el acreedor tiene también derecho a que el Juez le **adjudique** ese inmueble, previamente avaluado por peritos, como sucede con la prenda, tal como se remite el artículo 2326 a ese otro contrato de garantía. Pero el Código de Procedimiento Civil no menciona nada a este respecto, sino que, cuando no se han producido posturas válidas o competentes en un primer señalamiento para remate, se prevé un segundo señalamiento. Hay que concluir que, cumpliendo tanto la disposición civil como la procesal, será después del segundo señalamiento para remate, cuando ha de exigir el acreedor esta asignación con cargo a su crédito.

No puede, en cambio, estipularse que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podrá **apoderarse** de la cosa; esto iría contra el orden público y como afirma Laurent "sería derogar las leyes del embargo inmobiliario". Díaz Garaicoa, opina, sin embargo, que sería válido el mandato por el que el dueño de la finca autorice al acreedor para venderla a su nombre, o bien, incluir una promesa de venta. Considero, que serían formas de fraude de la ley: aunque no son contratos o cláusulas prohibidas, claramente van contra la intención del legislador.

110. La preferencia del acreedor hipotecario

110.1. La razón de ser de la hipoteca consiste en dar al acreedor hipotecario una **preferencia particular**, que le permite ejecutar la cosa concreta que sufre el gravamen para pagarse con su precio.

Esta preferencia es, pues, **especial o particular**, es decir, concretada sobre el inmueble o la nave hipotecados. No tiene el acreedor hipotecario una preferencia general, sobre los bienes del deudor.

La preferencia no es excluyente de otras posibilidades de cobro: el acreedor puede pedir la ejecución de otros bienes del deudor, pero ya sin la preferencia.

110.2. La situación de ventaja (preferencia), se hace efectiva en el **remate** y la secuela del mismo, que será el reparto del precio. Se puede para este efecto, producir un **concurso particular** de acreedores: acudirán todos los que tengan créditos contra el mismo deudor, y se ha de preferir a los hipotecarios. Si cancelados éstos, queda un saldo, cobrarán los demás acreedores en su orden de preferencia.

110.3. Cuando hay **varios acreedores hipotecarios**, la preferencia entre ellos depende de la antigüedad de sus créditos, según el orden de su inscripción en el Registro de la Propiedad: se paga primero la hipoteca más antigua, llamada "primera", luego la segunda, y así sucesivamente, hasta donde alcanza el precio de la cosa rematada. Si queda un saldo impago de una o más hipotecas, los respectivos acreedores pueden ejecutar otros bienes del deudor para cobrarse, pero ya sin preferencia.

110.4. Si un acreedor hipotecario así lo desea puede **intervenir en el concurso general** de acreedores, pero, en este caso, si acepta lo resuelto por los demás acreedores o da su voto respecto de la forma de distribuirse el precio, está renunciando a su preferencia y tendrá que acatar lo resuelto de común acuerdo o con su voto (Art. 1638).

110.5. En caso de presentarse acreedores **hipotecarios y otros** que no lo son, hay que analizar si estos otros tienen preferencia aún sobre los hipotecarios.

Efectivamente, los clasificados como de **primera clase** en el artículo 2374, pasan antes de los hipotecarios, estos son: 1. Las costas judiciales que se causen en interés común de los acreedores; 2. Las expensas necesarias para los funerales del deudor difunto; 3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor; 4. Los derechos del Estado y de las instituciones de Derecho Público, para cobrar a sus funcionarios por peculado; 5. Lo que el empleador deba al trabajador por salarios, sueldos, indemnizaciones jubilares; 6. Los créditos de alimentos a favor de menores; 7. Los del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por aportes, primas, fondos de reserva, convenios de purga de mora patronal, multas y descuentos, o por créditos concedidos a afiliados o beneficiarios; 8. Los derechos del Estado y de las instituciones del sector público, que señala la Constitución, no contemplados en el numeral cuatro de este artículo y que consten en leyes especiales, con la prioridad establecida a favor del Banco Nacional de Fomento; y, 9. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia en los tres últimos meses. El Juez, a petición de los acreedores, tendrá facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

Estos créditos gozan de privilegio de primera clase y pasan antes que los hipotecarios, pero si al rematar bienes del deudor se pretende vender los hipotecados, **existiendo otros bienes** del deudor, debe procederse, a petición de los acreedores hipotecarios, a ejecutar primeramente los otros bienes, porque los hipotecados tienen precisamente ese gravamen particular a favor de sus respectivos acreedores hipotecarios. Corresponde a éstos señalar los otros bienes del deudor que puedan ser embargados y rematados, si no existieren o no fueren señalados para el embargo, se formará un concurso general, y los acreedores hipotecarios serán satisfechos después de los de primera clase.

110.6. Los hipotecarios no pueden entrar en conflicto directamente con los de **segunda clase**, porque éstos son los prendarios y otros acreedores de bienes muebles, mientras que la hipoteca grava inmuebles. Salvo el caso que se expondrá más adelante.

110.7. En cambio, los hipotecarios tienen preferencia sobre los de **cuarta y quinta clase**. El artículo 2386, expresamente dice que los hipotecarios tienen preferencia sobre los de cuarta clase. Y, desde luego, pasan antes de los que no tienen ninguna preferencia, conforme dispone el artículo 2389.

110.8. El artículo **2388** origina un grave problema de interpretación, porque parece **contradecir** lo dicho hasta aquí, con base a los artículos precedentes y principalmente al artículo 2373.

En efecto, el 2388 dice así: "No se reconocen otras causas de preferencia que las indicadas en la ley.- Con relación a los créditos públicos no hay más derechos preferentes que la hipoteca, la prenda, la pensión alimenticia y lo que se deba a los trabajadores, por concepto de salarios, sueldos, indemnizaciones y pensiones jubilares".

Dejando de lado otros problemas de preferencia, examinemos aquí, si la hipoteca pasa antes de los **créditos públicos**, como afirma este artículo 2388, o después de ellos, como parece ser, por tratarse de créditos colocados en la tercera clase, o sea, después de la primera (en la que están los créditos públicos).

El asunto ha sido ampliamente debatido y resuelto de diversas maneras. La solución más aceptable parece ser la de distinguir el **concurso general y el particular de acreedores**. En el concurso general, la hipoteca ocupa el tercer lugar, por tanto, después de los créditos públicos; en este concurso se liquidan todos los bienes embargables del deudor. En cambio, si se trata del concurso particular, los acreedores hipotecarios ocupan lugar preferente respecto de la cosa concreta hipotecada, y solamente el saldo, el sobrante después de pagar a los hipotecarios, se sometería al orden en que tiene preferencia superior la primera clase. Por esta razón es que los acreedores hipotecarios han de señalar los otros bienes del deudor, para que esos bienes respondan de otras deudas, y solamente se cobren éstas en el saldo sobrante del precio de los bienes rematados para pagar hipotecas.

El artículo **2372** dice: "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca". La hipoteca no es pues un privilegio, sino una causa de preferencia, y es causa de preferencia especial, **particular**, concretada en un determinado bien inmueble. Mientras en el artículo 2373 se mencionan como privilegiados los créditos de primera, segunda y cuarta clase y se enumeran después en sendos artículos esos créditos privilegiados, en cambio, a la hipoteca se dedica el artículo 2379, que califica su preferencia como de tercera clase.

"Los créditos de primera clase no se extenderán a las fincas hipotecas, **sino en el caso de no poder pagarse en su totalidad con los otros bienes del deudor**" salvo el caso de los derechos del trabajador que se prefieren aún a los créditos hipotecarios (Art. 2374 Num. 5). Pasan por consiguiente, antes de los créditos hipotecarios los de primera clase. No se plantea problema con los de 2ª clase, porque se refieren siempre a muebles y la hipoteca es sobre inmuebles. La hipoteca, en cambio se prefiere a los créditos de cuarta clase y a los que no tienen ninguna preferencia y que constituyen la quinta clase.

Para el pago de los créditos garantizados por hipoteca se prevé la apertura de un concurso **particular** (Arts. 2379; 2380 y 2381). Se pagan las hipotecas, respetando el orden de preferencias: primero los créditos de primera clase y los derechos de los trabajadores, luego las hipotecas en su orden de inscripción con preferencia de las más antiguas sobre las más recientes.

Sin embargo el artículo 2388 dice: "No se reconocen otras preferencias que las indicadas en la ley. Con relación a los créditos públicos no hay más derechos preferentes que la hipoteca, la prenda, la pensión alimenticia y lo que se deba a los trabajadores por concepto de salarios, sueldos e indemnizaciones jubilares". Esto crea la dificultad planteada, que ha originado diversas interpretaciones sobre la preferencia: ¿Pasa primero la hipoteca, conforme a este artículo, o bien ocupa el tercer lugar y se paga después de los créditos públicos? Repito que considero que en el concurso general, se ha de preferir la primera clase, pero en el reparto del precio del remate del inmueble hipotecado, tiene preferencia el acreedor hipotecario, en esto me parece que consiste el carácter de "preferencia particular".

110.9. También surge un conflicto sobre preferencias, en el caso de que los bienes comunes del deudor no hayan sido suficientes para el pago de los créditos de primera clase; entonces, se duda sobre si el faltante se deberá ejecutar en perjuicio de los créditos de segunda o de tercera clase. Encuentro razonable la explicación de Alessandri Rodríguez, quien sostiene que deben contribuir primeramente los de tercera clase, es decir los hipotecarios, y después los de segunda, puesto que al ser de segunda clase tienen preferencia sobre los de tercera.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

111. Extinción de la hipoteca

111.1. Valencia Zea, refiriéndose al Código Civil colombiano, igual al nuestro, menciona las causas que directamente se tratan en el Título de la hipoteca: 1. El pago (excepto el de un tercero que se subroga); 2. La novación; 3. La confusión; 4. La pérdida del inmueble; 5. Extinción del derecho de propiedad; 6. Cancelación de la hipoteca por el acreedor; aclarando que cuando la hipoteca es extinguida, debe cancelarse mediante escritura pública y tomarse nota en el Registro de inscripciones.

111.2. Dado el carácter **accesorio** de la hipoteca, hay que considerar que se extingue siempre que suceda esto con la obligación principal, y, además, por las causas específicas que atañen directamente a esta garantía real. En el segundo caso, como es obvio, extinguida la hipoteca, bien puede perdurar la obligación principal.

111.3. El artículo 2336 dice: La hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, así mismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción".

111.4. La **anotación** al margen de la inscripción es el requisito formal común para los diversos casos de extinción. Cuando se debe a la sola voluntad del acreedor que renuncia a su derecho o reconoce haber sido satisfecho, debe constar por escritura pública, y, asimismo se inscribirá o anotará junto a la inscripción del gravamen; de este modo se asegura la plena publicidad. Si ha habido orden judicial de cancelar la hipoteca, esa resolución del Juez, basta para que el Registrador de la Propiedad haga la anotación marginal, sin que se requiera de nueva escritura pública.

111.5. En el caso de extinción por **pago** de la obligación principal, normalmente ambas partes, deudor y acreedor dan fin a su relación y, constando en escritura pública esta voluntad de ambas partes, se anotará al margen de la inscripción principal. Esta anotación puede ser pedida por ambas partes o por una de ellas. No se cancela la hipoteca si quien ha pagado la deuda es un tercero (distinta persona que el deudor), pues, en tal

caso, el que pagó se subroga en los derechos del acreedor y conserva a su favor la garantía hipotecaria.

Similar al anterior es el caso del acreedor que paga a otro u otros acreedores hipotecarios y "purga" así la cosa gravada, que queda únicamente con la hipoteca a favor del que pagó, y le garantiza para recuperar su propio crédito y el monto de lo cancelado al coacreedor.

En cambio, si quien paga es el propio constituyente o poseedor de la cosa gravada, naturalmente, no hay subrogación, porque en nuestro derecho no se reconoce la hipoteca de propietario (a diferencia de Alemania).

Si el deudor ha hecho el pago por **consignación** y, antes de que ésta sea aceptada, la retira, no se extingue la hipoteca: vuelven las cosas al estado anterior a la consignación

111.6. La **cancelación** de una inscripción de hipoteca debe hacerse o por orden judicial o a petición de quien solicitó la inscripción de la hipoteca, pero no, a petición del que se ha subrogado al acreedor, porque esto supondría que el Registrador realice una investigación sobre dicha subrogación, o que ordene el Juez, y entonces desaparecería la posibilidad de cancelación por iniciativa personal, según afirma una sentencia.

111.7. Sobre hipotecas con **plazo** o que entrañaban alguna condición, existen varias sentencias interesantes, según las cuales habiendo transcurrido el plazo, caducan y no pueden ya garantizar obligaciones contraídas con posterioridad.

111.8. "Siendo la fianza un contrato de carácter accesorio que presupone la existencia de una obligación principal a la que afiance, el fiador puede oponer todas las excepciones reales inherentes a la misma. En el caso, como la demandada opuso la excepción real de inexistencia de la obligación principal afianzada hipotecariamente, por falta de causa; al haber demostrado que no existe razón jurídica para la constitución de tal obligación, ni para que ella pueda surgir, procede la referida excepción. En consecuencia, probada la inexistencia de la obligación principal, aparentemente asumida por F., por falta de causa real, síguese de ello, la inexistencia, por igual razón, de la obligación accesoria de la fianza hipotecaria".

Establecida una hipoteca abierta, no vale la excepción de que una letra de cambio aceptada por el deudor lo fue solamente en garantía, ni la excepción de que la obligación no es líquida, pues puede calcularse con una simple operación matemática. Tampoco se aceptan las excepciones de que la letra fue entregada en blanco, ya que esto equivale a un poder dado al acreedor para llenar la letra; ni la excepción de no constar la fecha del vencimiento, porque en ese caso se presume que vence a la vista, conforme al artículo 411 del Código de Comercio.

111.9. Producida la situación de cesión de bienes o abierto el concurso de acreedores, éstos tendrán derecho a que se **rescindan las hipotecas** y otros actos onerosos que se hayan verificado de mala fe, es decir, sabiendo tanto el otorgante como el adquirente, el mal estado de los negocios del deudor. Esta es la llamada acción Pauliana, que tiene su fundamento en el artículo 2370.

111.10. La **novación** extingue la obligación primitiva, y, por tanto, se extingue con ella la hipoteca que la garantizaba. Si las partes convienen en renovar la hipoteca, pueden hacerlo, pero siempre que no se trate de gravamen sobre bienes de un tercero, pues, en tal caso solamente el dueño puede consentir en renovar la hipoteca. Si hay renovación, se entiende que no se obliga a más que en la relación anterior; por ejemplo, si la primera deuda fue sin intereses y en la segunda se estipulan intereses, la hipoteca no garantiza estos (Art. 1658). El artículo 1659 dice: "Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aún con su consentimiento". -¿Por qué no se acata este consentimiento?- Probablemente porque se trata de una nueva hipoteca, y deben cumplirse todos los requisitos, fundamentalmente la escritura pública y su inscripción. El segundo inciso dice: "Y si la novación se opera entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación". En una palabra, no pueden las partes que intervienen en la novación afectar los derechos de otras personas, sin contar con el expreso consentimiento de ellas.

El siguiente artículo (1660) reafirma algo obvio. Si la reserva no basta para que se perpetúe la hipoteca en la situación afectada por la novación, es preciso constituir la nueva hipoteca cumpliendo los requisitos formales: escritura pública e inscripción.

Si la novación se limita a imponer una pena para el caso de incumplimiento, se producen dos hipótesis: 1. Que se pueda exigir la obligación primitiva más la pena; en cuyo caso, subsiste la hipoteca, pero no garantiza a la pena que se ha añadido; 2. Que se cobre solamente la pena, y entonces hay verdadera novación que extingue la hipoteca (Art. 1663).

En la misma línea de no permitir que se **agrave la situación** del que hipotecó, por efecto de una novación, está el artículo 1664: "La simple mutación del lugar del pago, dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen".

De manera análoga, el artículo 1665 dispone que la mera **ampliación del plazo** no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad del tercer poseedor de la cosa hipotecada, en cuanto al tiempo ampliado. No se puede imponer a un tercero, sin su consentimiento, que su garantía se extienda a más de lo que inicialmente se comprometió.

Se aplican estas normas al frecuente caso de las hipotecas que garantizan los pagos del **arrendatario**; el artículo 1898 dice: "Renovado el arriendo, las fianzas o las prendas e hipotecas constituidas por terceros no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación". Esta regla no es más que una aplicación concreta del principio por el cual no se puede hacer más pesada la carga asumida por un tercero, salvo que él mismo la admita. Distinto es el caso de la hipoteca conferida por el arrendatario sobre sus propios bienes, entonces no se necesita el consentimiento de otra persona para que él prolongue el tiempo de vigencia del gravamen existente sobre sus propios bienes.

En caso de enajenación del un inmueble arrendado, cesa el arrendamiento, salvo en ciertos casos que se señalan en el artículo 1903, entre ellos, cuando el contrato se ha celebrado por escritura pública, pero aún así, terminará si la transferencia del dominio es a favor de un acreedor hipotecario. A su

vez, los acreedores hipotecarios están obligados a respetar el arrendamiento, si éste se celebró por escritura pública y se inscribió antes que el gravamen hipotecario; prevalece la inscripción más antigua, según la regla general.

10.11. Respecto de la **compensación** tenemos el artículo 1676: "Sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito, las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad". La extinción de la hipoteca, por compensación, debe, pues ser alegada por la parte interesada y se ha de inscribir en el registro, para que desaparezca el gravamen real.

10.12. No cabe duda de que la hipoteca se extingue por la **prescripción** de la obligación principal; así se desprende del carácter accesorio de la hipoteca, y lo declara expresamente el artículo 2416: "La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con las obligaciones a que acceden".

En cambio, es cuestión debatida la de si cabe prescripción extintiva de la hipoteca, sin que haya prescrito la obligación principal a la que accede.

Teniendo en cuenta la indivisibilidad de la hipoteca, aunque hayan prescrito algunas de las obligaciones que garantizaba, el gravamen permanece mientras existen otras obligaciones vigentes; y, en todo caso la prescripción tendría que ser alegada por la parte interesada, de suerte que no se ve cómo podría pedirse solamente la extinción por prescripción de lo accesorio, permaneciendo lo principal.

CAPÍTULO X
LA ANTICRESIS

112. Definición

112.1. Don Andrés Bello consignó en una nota del proyecto de código, que en éste título había seguido de cerca al Código Francés. Efectivamente, esta materia es tratada someramente en ambos códigos, y nuestra definición prácticamente traduce la del de Napoleón. El artículo 2337 dice: "Anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz, para que se pague con sus frutos".

112.2. La doctrina francesa ha considerado generalmente insuficiente esa definición, por no caracterizar suficientemente la institución definida: no se indica qué clase de contrato sea, ni qué derechos del acreedor se han de cubrir con los frutos. Por esto, Aubry y Rau sugiere que se añada que los frutos han de servir para pagar los intereses del capital, y el mismo capital en caso de exceder, o sólo aplicar al capital si no hay intereses.

112.3. Puig Peña, después de indicar la etimología griega que significa "contra-disfrute", indica que consiste en un trueque de rentas: los frutos de un inmueble se compensan con los intereses de una deuda. Este autor se adhiere a la definición de Castán: "Derecho real constituido en garantía de una obligación, por virtud del cual el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble del deudor, con obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después, al del capital del crédito".

Indudablemente estas descripciones más amplias, dan una idea también más completa de lo que es la anticresis, que cuanto define nuestro Código. En la propuesta por Castán, se le califica de "derecho real", lo cual es ampliamente debatido.

112.4. Como casi todas nuestras instituciones civiles, ésta tiene su origen en el Derecho Romano, en el que surgió como un pacto accesorio de la prenda o la hipoteca, y con el correr del tiempo se independizó para configurarse como un contrato específico. Todavía hoy, se emplea frecuentemente en unión con la garantía hipotecaria (no con la prenda, ya que se ha circunscrito exclusivamente a inmuebles).

Durante la Edad Media, prevaleció en la doctrina y en la legislación, una postura adversa a la anticresis, porque se la consideró como un pacto que permitía el cobro de intereses y predominó la condenación de éstos como algo inmoral. Sin embargo, subsistió en las costumbres y se afianzó nuevamente en el Código Napoleón, del cual ha pasado a muchas otras legislaciones.

112.5. No figura esta institución en el Código Alemán y en otros que dependen de él, ni tampoco en el mexicano.

El italiano de 1940, la define como contrato y no como derecho real: "La anticresis es el contrato por el que el deudor o un tercero se obliga a entregar un inmueble al acreedor en garantía del crédito, a fin de que el acreedor perciba los frutos imputándolos a los intereses si se debieren y luego al capital" (Art. 1960). Esta definición no sería aplicable en nuestro sistema, puesto que la anticresis es en nuestro Código un **contrato real**, que se perfecciona con la entrega de la cosa, por tanto, la mera obligación de entregar, únicamente perfila una promesa de contrato, pero no la anticresis como nosotros la entendemos.

112.6. Pienso que la definición del artículo 2337, quedaría más completa, agregando las especificaciones de que se trata de un contrato "real"; que la entrega de la cosa, corresponde al deudor o a un tercero; y que el acreedor se paga con los frutos, los intereses, si los hay, y el capital. Quedaría así: "Anticresis es un contrato real, por el que un deudor o un tercero, entrega al acreedor una cosa raíz, para que se pague con sus frutos los intereses de la deuda, si los hay, y después el capital, en la medida en que alcancen."

113. Características y analogías

113.1. En primer lugar hay que señalar el carácter rigurosamente **contractual** de la anticresis; en ningún caso es ésta legal o judicial. Como observa Planiol, nunca es tácita.

113.2. En nuestro sistema, el contrato de anticresis es **real**: se perfecciona por la entrega de la cosa inmueble. Sin entrega no hay contrato, así se afirma en el artículo 2339, que analizaremos al tratar de la forma de esta convención.

113.3. Este contrato origina obligaciones en las dos partes contratantes, es pues, **bilateral.**

113.4. No da origen a un **derecho real**. Aunque esto se discute en la doctrina, según nuestro sistema positivo y conforme lo afirman muchos autores, la anticresis no es un derecho real. A diferencia del antiguo *pignus* romano, la anticresis no transfiere la propiedad; ni siquiera se transmite la posesión: la entrega de la cosa, es en calidad de **mera tenencia** y no constituye una desmembración de la propiedad (como sí sucede en el usufructo o la propiedad fiduciaria), de modo que todo esto abona para no considerarla como un derecho real.

Por otra parte, la anticresis, si bien tiene que ser respetada por terceros, solamente lo es en la misma medida que sucede con el arrendamiento. Y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia: "El hecho de que el deudor dé en arrendamiento anticrético uno de los fundos hipotecados para responder por sus obligaciones, no afecta a la caución hipotecaria si la anticresis es posterior a la constitución de la hipoteca a favor del acreedor, quien no está obligado a respetarla, de acuerdo con los números 2 y 3 del artículo 1953 (1903); y porque la anticresis **no da ningún derecho real** ni puede prevalecer en perjuicio del derecho real de hipoteca constituido a favor del acreedor, según los incisos 2 y 3 del artículo 2420 (actual 2340)".

"La anticresis **no es un derecho real** sino un contrato real, fuente de obligaciones personales; y, como tal contrato, no es susceptible de cesión, no pudiendo por lo tanto, otra persona ser colocada, total ni parcialmente, en el lugar del que, por su crédito, recibió un inmueble para pagarse con sus

frutos, sino mediante una novación en que intervenga el deudor anticrético. Habiéndose prohibido al acreedor anticrético, aún subarrendar un departamento de la casa en anticresis, aunque pudiera argüirse que, donde no hay arriendo, no cabe subarriendo, tal prohibición corrobora la conclusión sentada, pues revela la intención de que, el derecho mencionado del acreedor, tenga la calidad de inherente a su persona, sin que le sea posible cederlo, porque los derechos personales en el sentido de inherentes a la persona, no pueden transferirse."

Planiol indica que la anticresis, a diferencia de la hipoteca, no es susceptible de ser purgada; la transmisión de la propiedad no altera la situación del anticretista, de suerte que el adquirente no tiene otro recurso que esperar el vencimiento si el término ha sido pactado en interés del acreedor y reembolsando íntegramente a ese acreedor.

Varios autores niegan que la anticresis sea un derecho real, aduciendo que no afecta a la propiedad sino únicamente a los frutos de ella y esto en una relación puramente personal de compensación. Sin embargo este argumento no tiene fuerza absoluta, ya que también el usufructo se refiere sólo a los frutos y es innegablemente un derecho real.

Más relacionado con el fondo de la cuestión es el hecho de que el acreedor tiene un **derecho de retención**, pero no el de persecución de la cosa. También hay que considerar que no se exige inscripción en el Registro de la Propiedad (esto sería una consecuencia de no ser un derecho real), y que, generalmente se admite que no concede un privilegio al acreedor.

Ante esta discusión doctrinal, nuestro legislador ha optado por tratar la anticresis simplemente como relación contractual y no como derecho real. El artículo **2340** dice categóricamente: "La anticresis no da al acreedor por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada". Hace bien en decir: "por sí sola", puesto que muchas veces se une a una hipoteca, es accesoria de ella, y entonces sí hay un derecho real, que es el hipotecario.

113.5. Precisamente esta es otra característica de la anticresis: ser un derecho **accesorio de garantía**, destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Como tal derecho, confiere un **título** para la obtención de los frutos, con la obligación de adscribirlos al pago de la obligación principal, sea a sus intereses y capital o solamente a uno de estos elementos.

El acreedor bien puede renunciar a la garantía anticrética, sin perder su derecho principal. Más aún, esto puede resultarle ventajoso cuando existen bienes del deudor más fácilmente realizables, quizá ya embargados, respecto de los cuales puede interesarse como tercero coadyuvante, para conseguir el remate.

113.6. Presenta **analogía** con la anticresis, el contrato de arrendamiento, en cuanto el arrendatario, como el acreedor anticrético, recibe la tenencia de la cosa; pero mientras en el primero, el tenedor usa de la cosa por un precio que él paga, en la anticresis el uso o disfrute de la cosa es para compensar los intereses o para aplicarse a pago del capital debido; además el arrendamiento es un contrato principal, mientras que la anticresis es una garantía de una obligación a la que accede. La analogía, permite, sin embargo, que el Código se remita, en materia de expensas e indemnizaciones, a lo dispuesto en el título del arrendamiento, para aplicarlo en los contratos de anticresis.

113.7. La **cesión de alquileres futuros** a favor de un acreedor, presente indudable parecido con la anticresis, y tiene la ventaja de que no carga al acreedor con el deber de administrar, mientras que presenta el inconveniente de prestarse al perjuicio de otros acreedores. Por esta razón se ha mirado con desconfianza en algunos derechos, como indica Planiol.

A veces resultará difícil distinguir si existe realmente anticresis, o se trata de una convención análoga, como se aprecia en la siguiente sentencia: "Las cantidades incluidas en el pasivo del inventario practicado, no tienen el carácter de anticréticas, al no reunir las condiciones requeridas por el artículo 2337 del Código Civil; pues, para que sean tales es necesario que el deudor entregue al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos; y en el caso que nos ocupa, el deudor da en arrendamiento una casa al acreedor, para descontar, con los cánones pactados, el valor adeudado, teniendo en consecuencia que se ha celebrado un contrato de arrendamiento con la modalidad de que los cánones arrendaticios sean descontados, mensualmente, del monto del adeudamiento y hasta el pago total. Ello no constituye un contrato de anticresis al tenor del artículo invocado."

113.8. Es normal que el contrato de anticresis tenga **plazo**, y vencido éste, el acreedor puede exigir el pago, así como el deudor tiene el derecho de pagar el saldo que quede pendiente, sin que se produzca automáticamente una prórroga por el hecho de existir ese saldo. Una sentencia deja en claro este punto: habiéndose estipulado el plazo de dos años, el acreedor tiene el derecho de iniciar la acción para cobrar lo adeudado, así como no puede oponerse al pago que voluntariamente quiera hacer el deudor; en caso de resistencia del acreedor, el deudor puede consignar el dinero judicialmente.

Bien pueden establecer las partes algunas **condiciones**, tal como en este caso: "El contrato debía durar tres años, pero en la cláusula 8ª, se estipula que, para el caso de venta, embargo o prohibición de enajenar por parte de terceras personas, se considerará terminado el plazo, estando facultado entonces el acreedor para exigir la inmediata devolución del capital prestado. No habría inconveniente legal alguno para que los contratantes estipulasen la conclusión del plazo por los motivos indicados en la referida cláusula, como así mismo suele pactarse con frecuencia en otra clase de contratos en que el deudor está obligado a pagar el capital y los intereses mediante dividendos periódicos, susceptibles de ocasionar mora, en un lapso de larga duración".

113.9. Frente a la hipoteca, ya se ha dicho, la anticresis es compatible con ella, y frecuentemente será un pacto accesorio del contrato hipotecario. Pero hay también una diferencia de fondo: la hipoteca da el derecho de persecución, mientras que la anticresis solamente, el de retención. La combinación de ambos contratos da el máximo de garantía al acreedor, pero trae consigo la obligación de administrar la cosa, y tiene el inconveniente para el deudor de verse privado en algunos casos de un instrumento de trabajo, así como tampoco puede establecer una nueva anticresis compatible con la primera, mientras que sí se sobreponen varias hipotecas.

114. Objeto de la anticresis

114.1. El contrato de anticresis confiere al acreedor el derecho de usar y disfrutar de un **inmueble**, nunca se constituye sobre cosas muebles.

114.2. El bien raíz sobre el que recae esta garantía, debe ser de algún modo **fructífero**, en el sentido de prestar servicios o producir frutos naturales o

civiles. Lo más frecuente es que se constituya la anticresis sobre una hacienda o una casa.

El acreedor puede percibir directamente los frutos, viviendo u ocupando en sus negocios, etc. la finca; pero también puede arrendarla y recibir los cánones de alquiler.

114.3. El objeto dado en anticresis puede pertenecer al deudor, que lo entrega en garantía de su obligación, o bien será un **tercero** quien lo dé para garantizar deuda ajena. El artículo 2338 dice: "La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis." Uno u otro, deben tener la propiedad o al menos el **usufructo**, para poder disponer y entregar precisamente el uso y goce de la cosa.

114.4. Según disponen los artículos 840 y 845, no se puede constituir patrimonio familiar con bienes dados en anticresis y a su vez, los que forman parte del **patrimonio familiar**, tampoco se puede dar en anticresis, sino con autorización judicial, por causa de utilidad o necesidad.

114.5. Sería, pues, un acto **fraudulento** el entregar a sabiendas un bien ajeno, en anticresis, sin el consentimiento de su dueño; el contrato adolecería de nulidad y el que entregó dolosamente, respondería de todo perjuicio. La entrega, es título de la tenencia del acreedor, pero en el caso de haber recibido cosa ajena al constituyente, nada le confiere tal título, puesto que no se da más que lo que se tiene.

115. Sujetos del contrato

115.1. Necesariamente ha de haber un **deudor** y un **acreedor**: el primero da la anticresis como garantía de su obligación. Como ya se ha dicho, cabe la intervención de un **tercero**, como constituyente a favor del deudor.

No es tercero, en cambio, el arrendatario de la cosa, sea que estuviere en goce de ella al momento del contrato, sea que entrare como inquilino por contrato con el acreedor: esta es otra relación, permitida, pero que no altera la anticresis; también puede prohibirse este arriendo (a veces se dice "subarriendo", inexactamente, puesto que la anticresis no es un arriendo).

115.2. Las partes deben tener la capacidad jurídica, según las reglas generales: el deudor o el tercero constituyente deben tener la de **disponer**, puesto que enajenan los frutos de su propiedad (o de lo que tienen en usufructo). El acreedor basta que tenga capacidad de contratar.

Naturalmente, además de la capacidad el constituyente (deudor o tercero) ha de tener también la **disposición** de la cosa: no pueden disponer de lo que se halla embargado o con orden de expropiación por declaratoria de utilidad pública. Considero que no faltaría la facultad de disponer a quien haya suscrito un contrato de promesa de venta, ya que, incluso realizada la venta, la anticresis puede continuar.

Una sentencia de la Corte Suprema declara la nulidad de un contrato constituido sobre inmueble que soportaba hipoteca a favor de la Caja del Seguro y prohibición de enajenar y en esa situación fue objeto de una promesa de venta; el promitente comprador constituyó la anticresis sobre algo que no le pertenecía y de lo que no podía disponer; alegó el actor que podía disponer de la cosa por tenerla en posesión, pero habiendo sido embargada, perdió dicha posesión.

116. Forma del contrato de anticresis

116.1. Coinciden las disposiciones legislativas de varios países y la doctrina de muchos autores, en que la anticresis es un **contrato real** así lo declara el artículo 2339: "El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble".

Entendemos que dicha tradición, se refiere a la **entrega material** de la cosa, a poner a la disposición, en **tenencia**, del acreedor. No es una tradición traslativa del dominio ni de la posesión, ya que el acreedor solamente detenta el inmueble con derecho de usar y disfrutar. Las diversas **formas de la tradición** previstas en el artículo 700, son aplicables a esta entrega que constituye la anticresis: permitiendo su aprehensión material, mostrando la cosa, disponiendo la entrega en el mismo contrato, etc.

En cambio, no es aplicable el artículo 702, que exige **escritura pública** y **su inscripción en el Registro de la Propiedad**, ya que tal exigencia se refiere solamente "a la tradición del dominio de los bienes raíces" o para la

transferencia de los otros derechos reales inmobiliarios, y ya hemos afirmado reiteradamente, que la anticresis no es derecho real ni implica transferencia del dominio u otro derecho real. Así lo ha reconocido también una sentencia bien fundada de nuestra Corte Suprema. Un Auto de la Corte Suprema de Colombia, declara que "no se necesita escritura pública para perfeccionar este contrato".

Cuestión muy diversa es la de la **prueba** de la existencia del contrato. Fácilmente se presenta la duda sobre cual sea el título por el que una persona detenta un inmueble: si es como propietario, como poseedor, o como tenedor por arriendo u otro contrato. La prueba de las obligaciones que pasen de cierta cuantía no se prueba simplemente por testigos, si no hay al menos un principio de prueba por escrito.

Será, pues, prudente, **dejar constancia escrita**, con dos testigos, o por medio de documento público o de escritura pública; estos documentos se consideran auténticos y hacen plena prueba. Si el contrato de anticresis consta en el mismo de préstamo u otro en el que se establece la obligación principal garantizada, interesa que dicho documento tenga el carácter de ejecutivo, para facilitar el cobro de la obligación, y servirá igualmente para la prueba de la relación accesoria de anticresis.

La constancia de la anticresis por escritura pública tiene también la enorme importancia de **certificar la fecha** en que se constituyó, lo cual redunda en los derechos del acreedor para ser respetado frente a gravámenes posteriormente establecidos o a la enajenación del inmueble.

Insisto, sin embargo, en que no es requisito constitutivo ni la forma escrita, ni mucho menos, la escritura pública. Y la prueba, se admite también mediante confesión o juramento deferido.

117. Derechos del acreedor anticresista

117.1. La doctrina moderna ha evolucionado en el sentido de conferir mayores atribuciones de las que se conferían en el Código de Napoleón y perduran en el nuestro.

117.2. Aubry y Rau reconocen estos derechos del acreedor: 1. **Retención** hasta el pago total de la deuda y accesorios, con la peculiaridad de que mientras detenta la finca, no corre prescripción de la deuda. 2. Derecho de **percibir los frutos e imputarlos** al pago de intereses o capital, de donde deriva la obligación consiguiente de llevar y rendir cuentas. Puede el acreedor gozar directamente o arrendar el predio. No puede cambiar sustancialmente la forma de explotación de la cosa. 3. No se puede apoderar de la cosa, pero puede pedir su **venta forzosa**. No admite convención para la venta privada; pero nada impide que el deudor venda voluntariamente la finca al acreedor, sea antes o después del vencimiento de la deuda. 4. Considera que aunque no es un derecho real, el acreedor hace valer su **preferencia**, sea ante otros acreedores quirografarios o incluso hipotecarios si éstos son posteriores; los acreedores hipotecarios pueden hacer embargar los frutos, si su derecho es anterior al del acreedor anticrético.

117.3. Igualmente, **Planiol y Ripert** admiten los derechos de retensión, disfrute, de hacer vender el inmueble y un derecho de preferencia. En cuanto a la **retención**, consideran aplicable frente a acreedores quirografarios del constituyente, aún aquellos de fecha anterior al contrato de anticresis. La anticresis no sería obstáculo para que el inmueble sea posteriormente objeto de una venta voluntaria o judicial; pero, el adquirente no puede entrar en posesión sino a condición de pagar íntegramente al acreedor anticrético. De ello resulta que los acreedores que quieren obtener la venta del inmueble deben incluir una cláusula particular, ya que la adjudicación no será posible sino en tanto que el precio sea suficiente para extinguir la deuda garantizada. Reconocen estos autores, el derecho de pedir el embargo y venta judicial, vencido el plazo, si lo hay, para el pago y si éste no se verifica; en cambio no se admite la adjudicación según el precio avaluado por peritos (como sí es posible en la prenda). En cuanto a la preferencia del acreedor anticrético, reconocen que muchos autores no la aceptan, pero opinan con Colin y Capitant, que la anticresis sería "ilusoria", si no diera derecho a un cobro preferente; en apoyo de esta doctrina aducen algunas sentencias francesas de la Corte de Casación; estas sentencias equivalen a la resurrección de la prenda inmobiliaria.

117.4. Puig Brutau, señala que el Código Argentino permite al acreedor solicitar la venta del inmueble, pero sin derecho a ninguna preferencia sobre el precio, y esto porque el autor del Código, Vélez Sarsfield, siguió a

los autores franceses de su época; mientras que la tendencia moderna es la de reconocer una preferencia. Este autor personalmente considera que debe equipararse la anticresis a la hipoteca, ya que ambas tienen la misma función de garantías reales.

117.5. Puig Peña, como todos los anteriores, admite el derecho de retención, hasta el pago total, advirtiendo el carácter indivisible (no se limita la anticresis por un pago parcial). Si la finca es vendida, el comprador no entrará en posesión sino pagando al acreedor, salvo que la venta hubiere sido inscrita antes que la anticresis. El acreedor tiene derecho a la realización del valor; no adquiere la propiedad y todo pacto contrario a esto sería nulo. Se prohíbe el pacto comisorio. La realización ha de ser judicial, pero admite que pueda pactarse la forma privada (coincidiendo en esto con Castán). Se adhiere a la tendencia de la jurisprudencia francesa moderna, que reconoce el derecho de preferencia. Amplía el derecho de retención hasta el reembolso de los gastos de conservación.

117.6. Con vista de las anteriores opiniones doctrinales, examinemos nuestro derecho positivo. El artículo 2342 atribuye al acreedor anticrético los mismos derechos que tiene el arrendatario, para el abono de mejoras, perjuicios y gastos. El artículo 2343 prohíbe el pacto comisorio, que el acreedor se apodere del inmueble y no le reconoce derecho de preferencia sobre los otros acreedores. El 2344 ordena imputar los frutos al pago de intereses y el 2345 limita esta imputación de manera que no se permite la usura.

Se puede apreciar que las normas son más bien limitantes y acusan una clara desconfianza hacia este contrato y hacia el acreedor anticrético. Casi sólo se deduce de todo el contexto, cuales son los derechos que positivamente se reconocen al acreedor anticrético.

117.7. En primer lugar el acreedor tiene la cosa "para pagarse con sus frutos", lo cual implica el derecho de **retención**. Se ha de entender que esa tenencia, en principio, ha de durar hasta el total pago de la deuda, salvo que exista un plazo expresamente convenido. Así se afirma también en el artículo 2346.

Si durante la vigencia de la anticresis, el deudor o constituyente dueño, **enajenan** el inmueble, el acreedor se encuentra en la misma situación que

un arrendatario y se le aplica el artículo 1903, en virtud de la remisión contenida en el artículo 2340.

Por tanto, estarán obligados a **respetar el derecho del acreedor** anticrético: 1. Aquél a quien se transfiere el derecho del constituyente (deudor o tercero propietario) por un título lucrativo, como es el de donación: 2. Aquél a quien se transfiere el derecho de propiedad (o usufructo, en su caso), a título oneroso, si la anticresis consta en escritura pública; exceptuados los acreedores hipotecarios (que si son anteriores prevalecen); 3. Los acreedores hipotecarios, si la anticresis consta por escritura pública, inscrita en el Registro de la Propiedad antes de la inscripción de la hipoteca.

De lo dicho aparece claramente que el derecho del acreedor anticrético solamente queda debidamente resguardado cuando consta en escritura pública inscrita; en este caso, goza de una preferencia en cuanto a la retención, dependiente de la **antigüedad de la inscripción**.

117.8. En segundo lugar, se reconoce expresamente al acreedor el derecho de cobrar las **expensas**, por "mejoras, perjuicios y gastos", según dispone el artículo 2342, que en este punto también se remite a la situación jurídica del arrendatario.

Conforme a la doctrina y la equidad, se entiende que el acreedor no puede realizar gastos desmedidos, no necesarios, o que cambien la forma sustancial de explotación del inmueble. Si los hiciere, no podría pedir reembolso.

Estas expensas podrá descontar de los frutos, si alcanzan después de cubrir los intereses, y eventualmente la imputación al capital. El orden de aplicación de los frutos a estos diversos pagos puede ser alterado por convención entre las partes. Si no fuere posible cobrar las expensas sobre los frutos, el acreedor podría demandar al deudor y pedir la ejecución de bienes. No se ve inconveniente para que entre esos bienes del deudor se incluya precisamente el dado en anticresis.

Al haber realizado mejoras no necesarias ni útiles, el acreedor podrá únicamente retirar los materiales empleados, sin menoscabo del inmueble.

117.9. No se reconoce al acreedor derecho de **preferencia**, si solamente tiene la anticresis; por esto, generalmente se adjunta a una hipoteca, que sí le da la preferencia de tercera clase, en la enumeración del artículo 2379.

Expresamente prohíbe el artículo 2343 establecer alguna preferencia a favor del acreedor anticrético que no tenga derecho de hipoteca. Se trata de una cuestión de orden público: el derecho de preferencia es el marcado por la ley y no se altera por voluntad de las partes; si quieren mejorar la garantía del acreedor, han de proceder a establecer una hipoteca.

117.10. Como la anticresis es una garantía a favor del acreedor, es lógico que sólo él puede **renunciarla** o darla por terminada, más no puede hacer lo mismo el deudor, que es el obligado. Así se reconoce en el artículo 2346: "El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda; pero el acreedor podrá restituirla en cualquier tiempo y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales, sin perjuicio de lo que se hubiere estipulado en el contrato".

Efectivamente, si el pacto establece un plazo a favor del deudor, el acreedor habrá de respetarlo y no podrá ejecutar la deuda sino cumplido el plazo. Pero si no hay ese plazo, o el establecido es a favor del acreedor, entonces, en cualquier momento puede devolver la cosa y pedir el embargo de ella misma o de otros bienes para hacerse pago; naturalmente, partimos de la base de que se trate de una deuda que reúna los requisitos para un cobro ejecutivo, como lo afirma la jurisprudencia.

118. Derechos del deudor

118.1. A los derechos del acreedor corresponden otras tantas obligaciones y configuran los derechos del deudor.

El acreedor, recibe la cosa y debe **conservarla** como buen padre de familia; está obligado a restituirla al final del contrato, en el mismo estado en que la recibió, salvo el deterioro natural por el transcurso del tiempo y el uso adecuado de ella.

"Conforme a los artículos 2008 y 2463, debe restituirse la cosa en el mismo estado en que se recibió, y no puede el deudor pedir la restitución sino después de extinguida totalmente la deuda," leemos en una sentencia.

118.2. La doctrina asigna al acreedor la obligación de pagar las cargas anuales del inmueble, que serán fundamentalmente los impuestos prediales. Parece razonable considerar estos gastos como expensas normales de conservación, salvo que hayan establecido otra cosa las partes.

118.3. Ya que el acreedor imputa los frutos a los intereses, al capital o a las expensas, según los casos, resulta evidente que tiene que llevar **cuentas**, y el deudor podrá exigirle rendirlas. El derecho del deudor, sin embargo, no llega hasta el punto de desvirtuar el derecho de garantía que es a favor del acreedor, por esto, la jurisprudencia ha reconocido que no está en las facultades del deudor el negarse a pagar lo que adeude, alegando que aún no ha recibido la restitución del inmueble.

118.4. Desde luego, el derecho más importante del deudor, consiste en recibir la **devolución** de la finca. Este mismo derecho corresponde al tercero constituyente, si no es dueño el mismo deudor.

Si se negare injustamente el acreedor a devolver, el deudor podría demandar mediante una acción para el **cumplimiento del contrato**, o bien con la acción reivindicatoria. El acreedor, por ser mero tenedor, no puede alegar prescripción adquisitiva ordinaria: su título de mera tenencia implica un reconocimiento del dominio ajeno.

Cumplido el plazo o pagada la deuda por la que se constituyó la anticresis, hay derecho a la devolución. No se admite **prórroga** de esta garantía a favor de nuevas deudas que haya contraído el deudor, salvo que expresamente las partes hayan impuesto un nuevo gravamen anticrético.

Si se negare a devolver el acreedor, incurriría **en mora** y debería pagar daños y perjuicios, que la jurisprudencia estima, a falta de otra prueba, equivalentes al interés del capital o arrendamiento por el tiempo que haya retenido injustamente la cosa. Si el acreedor se niega a recibir el pago de la deuda, para seguir reteniendo la cosa, el deudor puede hacer pago por consignación y con ello constituye en mora al acreedor.

119. Extinción de la anticresis

119.1. Nada dice el Código sobre la terminación de este contrato. Igualmente guardan **silencio** otros Códigos, como el de Colombia, el de Argentina o el de Italia. Resulta, pues, evidente, que se han de aplicar las normas generales sobre el fin de las relaciones contractuales, en general.

119.2. Siguiendo la doctrina común, se pueden clasificar las causas de extinción en tres grupos: las que provienen de la extinción de la obligación garantizada (terminación, debida al carácter accesorio de la anticresis); las causas generales de terminación de las obligaciones; y, el caso más específico de la ejecución judicial hasta la extinción de la obligación. En todo esto hay una analogía evidente con la prenda y la hipoteca, por lo que me remito a lo dicho a propósito de estos otros contratos.

119.3. Extinguida la anticresis, el deudor está en aptitud de reclamar la **devolución** de la cosa; no antes de haber pagado todo lo debido. En este sentido, hay varias sentencias judiciales coincidentes.

119.4. El hecho de haber recibido el acreedor el pago total de la deuda y haber continuado viviendo en la casa dada en anticresis, no convierte el contrato en un arrendamiento; para esto se requería la voluntad de ambas partes.

119.5. No da derecho al deudor para pedir la terminación de la anticresis, el hecho de haber celebrado una promesa de venta, posterior a la anticresis. El acreedor sí podría dar por terminado el contrato y exigir el pago de la deuda, pero no se extingue el contrato por voluntad unilateral del deudor.

119.6. Una sentencia resuelve el caso del deudor que notificó con noventa días de anticipación la terminación del plazo de un año, estipulado en el contrato, y además consignó el valor de su deuda; la Corte le reconoció el derecho a la terminación de la anticresis y ordenó al acreedor la devolución de la habitación.

120. Anticresis judicial o prenda pretoria

120.1. Tanto nuestro Código, en el artículo 2347, como el Colombiano y el de Chile, del que dependen los dos primeros, se remiten "a lo prevenido en la ley", es decir, en el Código de Procedimiento Civil.

120.2. No hay en nuestro Código de Procedimiento Civil un título específico sobre prenda pretoria y no se menciona para nada el término "anticresis", pero se entiende que esta situación jurídica se produce en el caso de embargo de inmuebles: el **depositario judicial** los tiene bajo su administración y los frutos se destinan a la cancelación de la deuda o deudas que tenga el propietario de los bienes.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO XI
LA TRANSACCIÓN

121. Definición

121.1. Una noción bastante descriptiva y completa nos proporciona Lorenzetti: "La transacción es un contrato mediante el cual las partes se realizan concesiones recíprocas con la finalidad de extinguir derechos litigiosos o dudosos, que se caracteriza por la técnica utilizada, consistente en actos jurídicos unilaterales de renuncia o reconocimiento realizados de modo recíproco e indivisible, lo cual hace que sea un contrato declarativo y no constitutivo o atributivo de derechos".

121.2. El artículo **2348** de nuestro Código Civil dice: "Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".

Esta definición sigue de cerca la del Código francés, que ha sido justamente muy criticada. No conviene, en efecto, decir que se trata de un acto "extrajudicial", ya que muchas veces puede realizarse dentro de un juicio; la audiencia de conciliación tiende precisamente a que termine una controversia por el acuerdo entre las partes y la aprobación del Juez. Tampoco parece acertado incluir en el artículo que define la transacción la indicación de que un acto unilateral (que no es contrato), no entra en el concepto definido: hay varias otras figuras que tampoco se identifican con la transacción, como es obvio.

121.3. Una sentencia de la Corte Suprema declara que aunque el epígrafe de un documento sea "transacción" -que es terminación de un litigio pendiente- no es tal contrato, si lo convenido es únicamente **suspender** un litigio, pero reconociéndolo como subsistente, pues esto no es terminarlo.

121.4. No es transacción un acta por la cual una de las partes litigantes se obliga a presentar un escrito pidiendo "la **suspensión**" del trámite de un juicio; si se pide la suspensión quiere decir que no se da por terminado, sino que más bien está en trámite. Terminado después ese juicio por pago total del deudor, no cabe que se pretenda hacer ejecutar el acta que pedía la suspensión.

121.5. Puig Peña critica la del Código Francés y prefiere la del Español, porque éste señala los **medios** de la transacción, las obligaciones que contraen las partes: "es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación del pleito o ponen término al que había comenzado".

121.6. Las **"recíprocas concesiones de las partes"** forman parte de la esencia de la transacción. Este requisito, bien delineado en los códigos alemán e italiano, no se refleja, con tanta precisión en el español. Esto manifiesta el carácter bilateral, y diferencia del simple allanamiento (unilateral).

También en el Código Mexicano se señala la necesidad de las mutuas concesiones entre las partes, con ánimo de evitar una controversia o de ponerle fin.

121.7. Diez-Picazo y Gullón señalan que dos son los requisitos para que haya transacción: la existencia de una **controversia** y que las partes se hagan **concesiones recíprocas**, para terminarla o impedirla. Es un contrato oneroso, ambas partes han de hacer sacrificios para componer la controversia, que no han de ser exactamente equivalentes.

Lacruz Berdejo dice que el compromiso y la transacción se consideran contratos de superación de controversias, dirigidos a eliminar una **incertidumbre** jurídica.

122. Clases

122.1. Judicial o extrajudicial. La primera, para algunos sería un contrato procesal, para otros, como Enneccerus y Puig Peña, sigue siendo un contrato que adquiere solemnidad por la aprobación judicial. Lacruz indica que algunos consideran judicial a la que pone fin a un litigio ya llevado a los

tribunales, pero que parece más acertado calificar de judicial a toda transacción aprobada por un Juez, aunque simplemente prevenga un litigio que aún no se ha instaurado.

122.2. Se puede también clasificar la transacción en **pura y compleja**. La primera, llamada también particional, es aquella en la cual las partes operan sobre y con la misma materia del litigio o controversia. La segunda -llamada también impropia-, es aquella en que se verifica la adjudicación del propio derecho, a cambio de una prestación extraña al litigio. No se menciona en la ley española, ni en la nuestra, la transacción compleja, pero ha sido asumida por la jurisprudencia.

123. Analogías

Aguilar Carvajal establece algunas analogías y diferencias de la transacción: "Se diferencia del **reconocimiento de derechos**, en que en este caso el demandado está conforme con las pretensiones del actor y no recibe nada en cambio. Se diferencia del **desistimiento**, sea del juicio o de la acción, en que es un acto unilateral, aunque necesite del consentimiento del demandado y vuelven las cosas al estado primitivo. De la **renuncia de derechos**, porque en ella no existen prestaciones recíprocas y del **compromiso en árbitros**, porque en él se asientan las bases para que sea resuelto, mientras que en la transacción, mediante las concesiones recíprocas de las partes, se pone fin al asunto, además de que en el compromiso apenas se espera la decisión del árbitro".

124. Naturaleza jurídica

124.1. Tradicionalmente se ha considerado un contrato **traslativo** del dominio: *"transigere est alienare"*; pero juristas franceses han insistido en el carácter **declarativo**. La moderna doctrina distingue la transacción pura y la compleja; en la pura los efectos son meramente declarativos, en la compleja hay efectos traslativos.

124.2. Del carácter meramente declarativo surgen las conclusiones siguientes: a) En principio, una transacción como acto declarativo, no puede servir como título para la prescripción; b) Los contratantes en la transacción pura,

no se deben recíprocamente el saneamiento por los derechos que se reconocen; c) La misma no queda afectada por el impuesto de derechos reales.

La doctrina distingue el **carácter declarativo** propio de la transacción pura y el constitutivo o traslativo de la compleja; pero la jurisprudencia española fluctúa en este asunto, nada claro.

124.3. En nuestro Código, el artículo 718 en su último inciso dice: "Las transacciones, en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un nuevo título". El elemento decisivo consiste en si el objeto era **disputado o no** lo era; si existía controversia, y se resuelve el asunto por transacción, se considera que no hay nuevo título, sino mero reconocimiento: se ha esclarecido lo que era dudoso. En cambio, si en la transacción entra algún objeto sobre el que no se discutía y que se entrega o abandona como compensación por el reconocimiento del derecho dudoso, este otro objeto inicialmente ajeno a la controversia, éste sí es transferido y la transacción constituye título traslativo respecto de él.

124.4. Por este mismo sentido declarativo de la transacción, el numeral 1 del artículo establece que no pertenecen a la sociedad conyugal "las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o la transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o se verifique durante la sociedad".

124.5. La **jurisprudencia nacional** afirma también el carácter meramente declarativo de la transacción, y así una sentencia saca la conclusión de que, por no haber traslado del dominio, ni siquiera es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad.

124.6. La transacción es también un **modo de extinguir obligaciones**, y como tal se enumera en el artículo 1583. Frecuentemente actúa la transacción en este sentido, sea porque obligaciones recíprocas se extinguen, sea porque se compensa la de una de las partes, por otra ventaja, o bien porque los contratantes resuelvan innovar totalmente sus relaciones, dejando en cualquier caso terminadas las obligaciones anteriores.

Lorenzetti considera de la esencia de la transacción el carácter extintivo: "ésta es la finalidad del contrato y constituye su causa en el sentido objetivo o finalidad económico-social". La transacción no sólo extingue las obligaciones, sino también los procesos.

124.7. Según esta doctrina, mantenida por varios autores contemporáneos, la **causa** de este contrato consiste en la voluntad de superar una controversia, y por eso las partes se hacen recíprocas concesiones; no se requiere que éstas sean económicamente equivalentes, basta que satisfagan el interés, incluso puramente moral, para que concreten la causa de este contrato que es esencialmente bilateral.

124.8. El jurista ecuatoriano Noboa Elizalde plantea así esta cuestión: "Los títulos de dominio son "constitutivos" y "traslativos" de dominio. Pero del texto del artículo 723 se desprende que hay también los llamados "declarativos", cuya característica no es la de originar el derecho de dominio (constituirlo), ni sirven para transferirlo a otro, sino simplemente para reconocer, por medio de una declaración, que el dominio ya lo adquirió el individuo anteriormente, por otro título y por otro modo, tal como ocurre en el contrato de transacción". Y más adelante reconoce que la finalidad de la transacción es poner fin a una controversia o evitar futuras litis, si bien en algunos casos, sirve de título de dominio.

124.9. El carácter de **"cosa juzgada"** que se da a la transacción, manifiesta su firmeza y obligatoriedad; permite a la parte que viera impugnada la transacción por demanda de la otra parte, el presentar la excepción de cosa juzgada; pero si el demandado no opusiere tal excepción, el Juez no podría de oficio rechazar la acción ni tomar en cuenta en la sentencia lo que resolvieron las partes.

Naturalmente, como observa Aubry, la cosa juzgada solamente se puede hacer valer entre las mismas partes, sobre la misma cosa discutida y con idéntico fundamento; sin embargo, la transacción de un **deudor solidario** beneficia a los otros deudores, y lo mismo sucede entre acreedores solidarios, criterio que se aplica también en las obligaciones indivisibles. La transacción sobre la obligación principal aprovecha al fiador, pero no se le puede oponer en cuanto aumente o haga mayor su responsabilidad.

125. Capacidad

125.1. En la transacción se aplican los principios generales sobre la capacidad, sin mayor peculiaridad. Se exige la necesaria para enajenar, aunque no siempre exista una alienación: padres, tutores, representantes de compañías, mandatarios, necesitan de autorización especial o judicial.

125.2. El artículo 2349 dice: "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción". Esto supone dos situaciones jurídicas: tener **capacidad legal** y tener **facultad de disponer**; una persona puede ser capaz, pero no tener la disposición de algo, por ejemplo, por ser ajeno y no contar con el debido poder.

125.3. El **mandatario** necesita de cláusula especial para transigir y el poder ha de otorgarse con las solemnidades establecidas por el Código de Procedimiento Civil o las que exija la naturaleza de la cuestión debatida.

El mandante ha de tener la capacidad de disponer y, por tanto, disponer de cosa propia; si el apoderado cediera bienes que no pertenecían al mandante, estaría actuando fuera de sus facultades y la transacción no sería válida.

125.4. Según dispone el artículo 2045, "la facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa". Necesita, pues, el mandatario de poder o cláusula **especial** para celebrar este contrato del que estamos hablando.

Cuando interviene en la transacción una persona en nombre de otra, ha de tener su representación legal o voluntaria (mandato), respecto de los incapaces solamente cabe la representación legal y por esto la jurisprudencia ha declarado nula un acta transaccional realizada con motivo de una inspección judicial, en la que interviene una de las partes estando en interdicción y sin ser representada por su **curador**.

125.5. Según los principios generales, el **condueño** no puede transigir en relación con la cosa común, salvo que exista el consentimiento unánime de los demás copropietarios. Este contrato, como los demás, no puede originar cargas u obligaciones para terceros que no intervienen en él.

125.6. Los Alcaldes y los Prefectos Provinciales, necesitan para transigir, en nombre de sus corporaciones públicas, autorización del respectivo Concejo o Consejo.

126. Elementos reales (objeto)

126.1. Una sentencia española del 17 de febrero de 1914, resume la doctrina generalmente admitida: "No todos los derechos pueden ser objeto de transacción, sino sólo aquellos que tengan un carácter privado, pues, como dice De Buen, la transacción no debe servir nunca para eludir el cumplimiento de las leyes ni para la renuncia de derechos irrenunciables. En consecuencia: a) Si bien se puede transigir sobre la acción civil procedente de un delito, no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena correspondiente; b) No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros; c) Una transacción que cede en perjuicio de los herederos forzosos y se refiere a la partición de bienes, es nula".

126.2. Aubry y Rau, señalan que no se puede transigir sobre derechos que están **fuera del comercio**, como los relativos a la patria potestad, la autoridad paterna o marital, ni sobre el estado civil. Tampoco se admite, sobre materias de orden público ni sobre derechos que no admiten ninguna convención. Ni sobre alimentos futuros, por ir contra la finalidad de tales derechos.

126.3. Según enseña Lacruz Berdejo, no se admite la transacción sobre los derechos que **atañen a la personalidad**, como son los de estado civil, capacidad, cuestiones matrimoniales sobre la validez del vínculo o de alimentos futuros.

126.4. En cuanto al **estado civil** es evidente que no cabe disponer por voluntad privada de algo que pertenece al orden público de la sociedad; se discute, en cambio, sobre si es posible la transacción relativa a los efectos patrimoniales del estado civil, siendo la opinión más probable la de que no hay inconveniente en cuanto a estos contratos que son realmente de índole privado, en este sentido se pronuncia Diez Picazo, señalando que las incapacidades se han de interpretar restrictivamente y que existe analogía con el arbitraje, respecto del cual la ley expresamente indica esta posibilidad.

126.5. Categóricamente dice el artículo **2352**: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas". Ahora bien, los derechos que derivan de ese estado civil, sí pueden ser objeto de transacción, puesto que lo que no está prohibido sí está permitido. Por ejemplo, de la condición de hijo, deriva el derecho de recibir una herencia intestada, y bien pueden los herederos transar sobre estos derechos hereditarios, sobre su cuantía o la distribución proporcional de los bienes, etc.

126.6. La prohibición relativa a las pensiones futuras de **alimentos**, se circunscribe a los debidos por ley, y nada obsta para estos arreglos privados en cuanto a las pensiones ya devengadas o al monto de ellas.

126.7. El artículo **2353** precisa la extensión de esta prohibición: "La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el Juez aprobarla, si en ella se contraviene lo dispuesto en los artículos 362 y 363". Estos artículos, a su vez, impiden que se transmitan, vendan, cedan, renuncien o se compensen los alimentos, con lo cual se circunscribe extremadamente la posibilidad de negociar sobre alimentos futuros. Sin embargo, la prohibición **no es absoluta**, ya que, con permiso del Juez cabría una transacción que no vaya contra lo establecido en los dos mencionados artículos (362 y 363); por ejemplo, cabría transacción sobre el monto de las pensiones o sobre la forma y tiempo de satisfacerlas.

126.8. Sobre los **derechos de un pupilo** no se puede transigir libremente: si se refieren a inmuebles o su cuantía pasa de veinte mil sucres (cuantía que deberá reformarse), el representante legal, tutor o curador, necesita contar con autorización judicial, y la falta de ésta ocasiona la nulidad del convenio que se hubiere realizado, según prescribe el artículo 425.

126.9. Respecto del **matrimonio**, algunos autores como García Goyena consideran que la transacción solamente es posible cuando afianza el matrimonio, pero no cuando va contra su validez. Diez-Picazo afirma que la prohibición solamente se ha de aplicar a lo que atañe al vínculo, mas no a otros aspectos del matrimonio, como la cohabitación, el régimen de bienes, etc., que bien pueden ser objeto de acuerdos entre los cónyuges.

126.10. Es nula la transacción sobre una **herencia futura**, ya que nuestro derecho prohíbe toda convención sobre este objeto.

126.11. "No vale la transacción sobre **derechos ajenos** o sobre derechos que no existen", dice el artículo 2354, con absoluta lógica, puesto que si este negocio jurídico implica ceder o renunciar algo, ha de ser necesariamente algo de lo que se pueda disponer, y se pueden renunciar los derechos propios, mas no los ajenos, como afirma el artículo 11 del Código Civil.

126.12. Reiteradas sentencias de la Corte Suprema desconocen el valor de la transacción en materia de **jubilación patronal** de un trabajador aduciendo que los derechos del trabajador son irrenunciables y la transacción implica alguna renuncia; concretamente, al entregarse al empleado un capital en lugar de una pensión periódica, se corre el riesgo de que pase los últimos años de su vida en la indigencia. Pero hay un importante y bien fundado voto salvado que hace notar cómo la forma de realizar el pago de la jubilación sí se somete a la convención entre las partes y resultará ventajoso para el trabajador recibir un capital que le asegure una renta mejor que la que percibiría de otra manera, además, en el caso de liquidación de empresas, parece la única manera de asegurar el cumplimiento de esta obligación laboral.

126.13. Tampoco se admite transacción, sobre **acciones** penales de acusación pública, aunque sí es posible la transacción sobre las consecuencias civiles de la pena. Las acciones que requieren acusación particular sí admite transacción, al fin de cuentas el agraviado puede presentar su demanda o no presentarla.

"La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace del **delito**; pero sin perjuicio de la acción penal", dice el artículo **2351**, en consonancia con la doctrina que unánimemente sigue esta línea.

127. Elemento formal

127.1. No se requiere **ninguna forma** o solemnidad especial, pero, por razón de la materia sobre la que verse, puede ser necesaria escritura pública

inscrita: para que tenga valor frente a terceros, y también para la prueba entre las partes. En la práctica, la transacción es siempre escrita.

127.2. Una sentencia declara que la transacción por **escritura privada** es válida, si por ella no se transfieren derechos de dominio sobre bienes inmuebles. Sería más exacto referirse a cualquier derecho real sobre inmuebles.

127.3. Aubry manifiesta que podría probarse la transacción por confesión judicial o juramento decisorio, pero, si no consta por escrito y supera la cuantía señalada por la ley, no valdría la prueba de testigos; todo lo cual es aplicable también en nuestro sistema.

127.4. El Código argentino exige la **homologación**, en caso de haberse realizado por instrumento privado, y, como explica Lorenzetti, el Juez no examinará la justicia del acuerdo, sino solamente que no viole ley alguna.

127.5. Las partes no pueden alterar las normas de la **jurisdicción y la competencia**: habiendo pedido la aprobación de una transacción a un Juez sin competencia, han producido la nulidad de la misma.

127.6. Coinciden los autores en apreciar que la interpretación de estos contratos ha de ser **restrictiva**: solamente resuelven la controversia que existió entre las partes y dentro de los términos por ellas señalados. Las renuncias generales a toda reclamación se han de entender referidas únicamente a esa materia concreta sobre la que versa la transacción y deja en libertad para litigar sobre otros asuntos, aunque sean conexos con lo resuelto.

128. Efectos

128.1. Una buena síntesis de los efectos de la transacción, hallamos en Puig Peña: a) Las partes tienen que cumplir aquello a que se han obligado; b) Abstenerse de volver sobre lo ya resuelto; c) En el caso de la transacción compleja, la parte que entrega un objeto extraño al fondo propio de la transacción, ha de garantizar la posesión pacífica y útil del objeto entregado, respondiendo por los posibles vicios redhibitorios.

128.2. En caso de **incumplimiento**: La doctrina discute si se producen los efectos propios del incumplimiento de un contrato, o bien predomina el aspecto procesal: el efecto de cosa juzgada. El Código (español, y también el nuestro), contiene esa declaración de cosa juzgada. Sin embargo conviene distinguir: a) Si la transacción es judicial y una parte no cumple, la otra puede pedir la ejecución judicial; b) Si no es judicial, será necesario un previo juicio para poder llegar al apremio judicial (sentencia del 3-nov-1911).

128.3. La transacción **da fin a la controversia o la previene**, por lo cual las partes se obligan a no llevar el asunto a un **nuevo juicio** (efecto preclusivo) y a cumplir las prestaciones que hubieren acordado. Si una parte acudiere a demandar sobre el asunto transado, la otra opondrá la excepción *"rei iudicatae"* o *"exceptio litis per transactionem finitae"*. Pero la transacción es ante todo un contrato, mientras que la cosa juzgada es un instituto judicial; de aquí las vacilaciones de la doctrina y la jurisprudencia en torno al efecto de "cosa juzgada".

Lorenzetti dice al respecto: "Estamos en presencia de efectos contractuales y de cosa juzgada actuando conjuntamente. Esta circunstancia llamó la atención de la doctrina, toda vez que se trata de institutos verdaderamente disímiles: un contrato bilateral, puede ser motivo de revisión judicial por excesiva onerosidad, puede ser resuelto por incumplimiento, puede interponerse la excepción de incumplimiento contractual, todo lo cual es impropio de la cosa juzgada. Esta última se obtiene en un proceso judicial, donde no hay negociación, y la solución puede no descansar en la bilateralidad ni en la reciprocidad, y la cosa juzgada no admite que se le oponga el pacto comisorio, o la excepción de incumplimiento contractual, siendo aplicable el procedimiento de ejecución de sentencia. La razón por la cual se otorgó a la transacción los efectos de cosa juzgada es dar seguridad y estabilidad a la extinción de derechos, pero subsisten algunos problemas derivados de la conjunción de institutos diferentes".

Contrario a admitir la resolución por incumplimiento, fue el criterio del gran jurista nacional Luis Felipe Borja, quien expresó en 1893 que "en ningún caso puede resolverse una transacción", ya que admitir la resolución equivaldría a eternizar los juicios y privarles de la firmeza de cosa juzgada, contra lo que precisamente dispone la ley.

También sigue esta doctrina Hernández Terán, con el sólido argumento de que la disposición del Libro IV que reconoce el valor de cosa juzgada a la transacción es una **ley especial**, que por mandato expreso del artículo 12 del mismo Código, debe prevalecer sobre normas generales como es la del artículo 1505.

El notable jurista ecuatoriano Víctor Manuel Peñaherrera, en dictamen dirigido a la Academia de Abogados, sostiene con firmeza el efecto de cosa juzgada y explica que éste no impide la impugnación de la transacción como se impugnan también las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Por otra parte, admite la acción resolutoria de una transacción, en consideración a su innegable naturaleza de contrato.

Somarriva Undurraga, considera que "la transacción es susceptible de resolverse por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes", y apoya lo resuelto en ese sentido por la jurisprudencia chilena.

Parece lógico distinguir el caso de la transacción pura y la compleja; la primera por tener un carácter exclusivamente declarativo admite una aplicación rigurosa de la cosa juzgada; mientras que, cuando en el arreglo ha entrado algún derecho no controvertido inicialmente y que se cede o transfiere en calidad de compensación, entonces debe prevalecer la consideración de la naturaleza contractual y dar paso a la resolución en caso de incumplimiento.

128.4. La transacción no es **título para la usucapión**, salvo que uno de los transigentes obtenga algo que no fue discutido a cambio de su reconocimiento a las pretensiones del que hizo el desplazamiento patrimonial.

128.5. No implica responsabilidad por **evicción**, puesto que el que reconoce los derechos del contrario en una controversia no le atribuye ni transfiere nada, salvo que, como en el caso anterior, la evicción afecte a cosa distinta de la controvertida.

128.6. La transacción puede ser **ineficaz o nula**, por aplicación de los principios generales sobre la validez de los actos de voluntad y los vicios del consentimiento, error, fuerza o dolo, con algunos matices especiales que son considerados por el Código, sobre todo en torno al error.

128.7. El artículo 2355 considera los casos de **dolo y de violencia** en la transacción: "Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia".

Hay que tener en cuenta el carácter **indivisible** de la transacción, de suerte que, si una cláusula es nula, por cualquier causa, todo el contrato carece de validez, salvo, naturalmente, que se trate de algún detalle insignificante y más bien ajeno a la transacción, que eventualmente esté viciado y se contenga en el mismo documento.

Una sentencia afirma que en caso de excederse el mandatario en sus poderes o de dolo en la transacción, la nulidad que se produce es la **relativa**, no la absoluta, y por tanto, puede convalidarse por ratificación.

128.8. Dice el artículo 2356: "Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un **título nulo**, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título". Es lógico que, si el contrato supera la controversia sobre el valor jurídico de un título, valga la transacción; en tanto que, si no ha sido materia de expresa discusión lo relativo al título, la nulidad de éste acarrea la nulidad de la transacción fundada en él.

128.9. La rescisión de la transacción por hallarse **títulos antes desconocidos**, está prevista en el artículo 2361: "Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre el que se ha transigido, y estos títulos al tiempo de la transacción, eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse; salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas. En este caso, el descubrimiento posterior de los títulos desconocidos no será causa de rescisión, sino en cuanto hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria. Si el dolo fuere sólo relativo a uno de los objetos sobre que se ha transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre dicho objeto".

Se distingue, por consiguiente dos situaciones totalmente diferentes: el título que aparece después de la transacción afecta a la **totalidad** de la discusión o solamente a **un objeto**. Por ejemplo, en una controversia sobre

herencia, se ha ocultado un testamento en el que figura la constitución de heredero: he aquí un caso en que el documento afecta a la totalidad de la cuestión; en cambio, si lo que se ha extraviado u ocultado es la certificación de un depósito bancario que debía entrar en la masa partible entre los herederos, este es un punto particular que no afecta a la totalidad. El primer caso dará lugar a la rescisión, siempre que haya habido mala fe (ocultamiento doloso), mientras que si se trata de un mero accidente, se puede reparar el error a que ha dado origen con una convención adicional o una discusión, incluso judicial, sobre el punto particular.

128.10. La doctrina distingue el **error** sobre las bases o premisas de la controversia, o sobre un asunto diferente: "*in caput controversum*" o "*in caput non controversum*". Se admite la anulación de la transacción cuando existió un error sobre algo **no discutido** y que aparece después, como si se discute la propiedad de una finca fundándose en la nulidad de la escritura de compra, y después de la transacción aparece que una de las partes adquirió la finca por herencia, por un testamento desconocido al momento de transar. No se podría discutir nuevamente sobre el fundamento de la transacción, porque precisamente el objeto de ella consistió en eliminar esa posible discusión. Esto es lo que se expresa diciendo que tiene el valor de cosa juzgada y de otro modo, en lugar de terminar la controversia sería el principio de nuevas discusiones.

Si se descubre que un documento que sirvió de base para resolver la controversia, era **falsificado**, la parte que actuó de buena fe, podría alegar la nulidad. Pero si se discutió en el litigio sobre la validez del documento, ya no cabe volver sobre el asunto una vez lograda la transacción.

En un juicio, se pretendió impugnar la validez de una sentencia que aprueba una transacción por la que se verificó una partición hereditaria, fundándose la impugnación en el desconocimiento de las partes sobre el verdadero estado civil y la condición de hijo respecto del causante de la sucesión, pero se desechó la demanda por no haberse probado el referido error. Se trataba más bien de la utilización de dos apellidos distintos, por parte de la misma persona.

128.11. Igualmente, si se llega a transar ignorando la existencia de una **sentencia firme** que ya resuelve el asunto, la transacción será impugnable, pero no, si la sentencia no es firme y está sujeta a algún posible recurso.

A este propósito, el artículo **2357** dice: "Es nula, asimismo, la transacción, si al tiempo de celebrarse estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir". Esto se debe al carácter alternativo de la solución contractual: ésta puede reemplazar a la sentencia, pero si ya existe una con fuerza obligatoria definitiva, el asunto está terminado y no puede alterarse la cosa juzgada. Sin embargo, si ambas partes conocían de la sentencia definitiva, pueden transar en cuanto a la ejecución de la misma, alterando lo que a bien tengan, en cuanto se trate de asuntos de su libre disposición, este convenio transaccional sería más bien un nuevo contrato sobre asunto ya resuelto definitivamente.

8.12. El **dolo** se sanciona con la nulidad de la transacción que se produjo por esa actitud fraudulenta. Un ejemplo sería el de quien ocultó un documento decisivo, o lo alteró o falsificó.

128.13. También se anula la transacción por **error** en cuanto a la **persona**, puesto que este contrato se presume que se realiza *intuitu personae*, como afirma el artículo 2358: "La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige.- Por consiguiente, si se cree transigir con una persona y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción.- De la misma manera, si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho". Aquí aparece, además el carácter contractual que vincula exclusivamente a las partes y no afecta a terceros: res *Inter alios gesta,* la transacción no se puede oponer al tercero, poseedor o propietario, que no intervino en la controversia ni en su terminación consensual.

128.14. "El **error acerca de la identidad del objeto** sobre que se quiere transigir anula la transacción", según reza el artículo **2359**, que no es más que una aplicación de la doctrina general sobre el error contractual en cuanto al objeto. Conste que el simple error en lo relativo a cualidades o accesorios, no afectaría la validez del contrato. Las partes pueden resolver

de mutuo acuerdo, el dar efecto parcial a la transacción, es decir, apartarse del principio de indivisibilidad, si esto les conviene: puede ser preferible un nuevo convenio sobre un punto secundario, y evitar una nueva discusión sobre la validez de toda la transacción.

128.15. Igualmente el **error de cálculo** es tratado de la misma manera que en las reglas generales sobre las obligaciones y contratos: este error no anula la transacción, sino que simplemente ha de rectificarse, como dice el artículo **2360**: "El error de cálculo no anula la transacción; sólo da derecho a que se rectifique el cálculo".

128.16. Relatividad del efecto de la transacción. El artículo 2363 declara: "La transacción no surte efecto sino entre los contratantes. Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos, no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación, en el caso de solidaridad". Por ejemplo, un arreglo entre quienes se disputaban unas aguas, no tendrá valor alguno para probar el derecho de aquél al que se le reconoció el dominio en la transacción, frente a otras personas que pretendan ese mismo dominio: estos terceros, que no intervinieron en la transacción nada sufren en sus derechos por lo resuelto sin contar con ellos.

128.17. Interpretación de la **"renuncia general de todo derecho"**. El artículo 2364 establece: "Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige". Como en todo contrato, se ha de estar más que al tenor literal, a la intención de las partes, y, es evidente, que esas renuncias generales solamente se aplican al asunto controvertido, sin que puedan afectar a otros derechos que no entraron en la controversia.

128.18. Se puede estipular una **pena** para el caso de incumplimiento, pero esto no significa desligar a una parte de la obligación de cumplir, sino que se agrega la pena a la obligación asumida. Así se dice en el artículo **2365**: "Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes". La pena no es más que una garantía del cumplimiento,

no un sustitutivo. A veces se establece con carácter de multa, por la mora. Este criterio sostiene también Hernández Terán.

128.19. "Si una de las partes ha renunciado el derecho que le correspondía por un título, y después **adquiere otro título** sobre el mismo objeto, la transacción no le priva del derecho posteriormente adquirido". Así se expresa el artículo **2366** y es evidente que una transacción no impide a ninguna de las partes que posteriormente adquiera, por otro título, lo que perdió en la transacción; por ejemplo, en un contrato en que se reconoció que alguien no tenía derecho de propiedad sobre una casa por no reconocerse la validez del testamento en que se le constituyó heredero, puede esa misma persona llegar a ser dueño de la misma casa por compra o porque en otro testamento se le deja ese legado o se le nombra heredero.

129. Extinción

129.1. Se aplican a la transacción las diversas causas de extinción, previstas para los contratos en general. Algunas modalidades de la terminación han aparecido ya en el punto anterior, al hablar de la nulidad, la rescisión y la resolución de la transacción.

"Se extingue, en primer lugar, este contrato por el **cumplimiento**, llenando las partes, con su actividad, los deberes derivados del mismo".

"También se extinguirá pidiendo la resolución por **incumplimiento**, en mérito de la esencia bilateral del contrato".

"Finalmente, se extingue, por el ejercicio de la acción de **nulidad** o rescisión".

A. No hay problema en cuanto al dolo: se anulará si se prueba. B. Sobre el error, se distingue: a) De derecho: no anula; b) De hecho: anula si se refiere a asuntos esenciales, como la persona o la cosa discutida. El descubrimiento de nuevos documentos, no anula, salvo que haya habido mala fe; c) El error "sobre la base firme" de la transacción, anula, según el Derecho alemán y parece lógico; d) Falsedad de documentos: sería un error esencial, que anula. C. La violencia, según las reglas generales".

129.2. Extinción por resolución.- La cuestión de la resolución de la transacción por incumplimiento de una de las partes, mientras que la otra sí ha cumplido, es ampliamente debatida. Argumentan algunos que no se puede resolver una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y el artículo 2362 declara "La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad con los artículos precedentes". Pero, otros, con mejor razón, afirman que por ser un contrato, la transacción está sujeta a resolución, y la asimilación a una sentencia no significa más que, en principio, es inamovible; queda firme y ha de cumplirse, pero el mismo artículo 2362, prevé la posibilidad de que se declare nula, como también una sentencia ejecutoriada puede serlo.

Víctor Manuel Peñaherrera, en un dictamen dirigido a la Academia de Abogados sostiene: "Si es evidente, evidentísimo, que puede caber condición resolutoria expresa, dicho está, por lo mismo, que puede haber condición resolutoria tácita; porque axioma jurídico es el de que el consentimiento tácito tiene la misma fuerza y poder que el expreso, salvo determinados casos de excepción" Y añade: la condición resolutoria es **de la naturaleza** de los contratos bilaterales (...) y el principio general de que la transacción, como contrato bilateral, está sujeto a la consabida condición resolutoria tácita, es para mí, indiscutible. La transacción, como todo contrato, tiene no sólo fuerza de cosa juzgada, sino fuerza de ley entre las partes; pero si esa ley o esa sentencia se sometieron a condición resolutoria, igualmente esta condición tendrá fuerza de cosa juzgada o de ley".

Lacruz afirma que puede resolverse la transacción por el incumplimiento de una de las partes, por que ante todo es un contrato.

La jurisprudencia más antigua en el Ecuador, era poco abierta hacia la resolución de una transacción, por incumplimiento. Pero más modernas resoluciones son favorables a acoger la resolución por incumplimiento de un contratante: No puede una de las partes desconocer y resistirse a cumplir la sentencia ejecutoriada que aprobó una transacción; sí puede demandar la nulidad o la rescisión de la transacción conforme a lo dispuesto en el artículo 2354.

129.3. En un acto transaccional, establecieron las partes que ninguna de ellas "tendrá derecho a reclamación posterior por ningún concepto, fuera de lo estipulado". Por tanto, si una de las partes tuvo un derecho a pedir indemnización por la ocupación de su casa, ese derecho feneció con el acta transaccional.

Una vez celebrada la transacción, por el simple consentimiento de las partes, no pudo una de ellas **retractar su consentimiento**, ni actuó debidamente el Juez que aceptó de plano el desistimiento unilateral del convenio transaccional.

129.4. Ejecución de una transacción.- Habiendo probado una de las partes que ha cumplido aquello a que se obligó en la transacción, bien puede exigir a la otra el cumplimiento de su obligación; no cabe, en cambio, discutir sobre otros asuntos conexos con la materia de la transacción, como el cobro de honorarios: esto debió considerarse en la misma acta, o deberá reclamarse en juicio ordinario distinto.

129.5. Con alguna frecuencia se han presentado demandas pidiendo la nulidad de transacciones, pero han sido rechazadas por falta de prueba de los fundamentos de la nulidad.

Una vez reconocidas las firmas puestas en el acuerdo de transacción, se da fin al litigio.

No es suficiente para paralizar un juicio ejecutivo, la simple afirmación de una de las partes, de haber llegado a un acuerdo transaccional; sin la debida prueba no puede interferir al trámite del juicio.

La transacción a la que llegan las partes en la audiencia de conciliación de un juicio por colusión, pone fin al litigio y el Juez debe aprobarla.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB - UCE

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO XII
CONTRATOS ALEATORIOS

130. Definición

130.1. El Título XXXI del Libro IV "De los contratos aleatorios", no contiene una definición de ellos, sino que comienza con el artículo 2163 que enumera los principales de esta especie, para luego concretar las normas en dos parágrafos: 1. Del juego y la apuesta; y, 2. De la constitución de renta vitalicia.

130.2. En el Título I del mismo Libro IV, se encuentra el artículo 1457 que dice: "El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama **aleatorio**".

No parece muy acertada esta descripción del contrato aleatorio por varias razones. En primer lugar, parecería que únicamente habrá esta clase de contratos con el carácter de onerosos, y, como veremos más adelante, bien puede haberlos también gratuitos. Tampoco es exacto que en los contratos aleatorios solo **una de las partes** tenga derechos dependientes de una contingencia incierta, ya que esto es aplicable a ambas partes en muchos casos de contratos aleatorios.

130.3. El alea, suerte, azar, acaso o contingencia incierta, asume en los contratos aleatorios la máxima importancia y por esto se califican así. En toda relación humana y en cualquier contrato hay algo de arriesgado, de incierto, pero el los contratos aleatorios, por antonomasia, lo incierto juega el papel principal, **es la causa misma del contrato.**

Del alea depende la **existencia** misma de las obligaciones entre las partes, y determina en algunos casos quien es el deudor y quien el acreedor, por ejemplo, en las apuestas. En otros casos el azar establece la **cuantía** de la obligación o la **duración**, como sucede en la renta vitalicia.

130.4. No resulta fácil definir el contrato aleatorio y distinguirlo del condicional. Podría darse una **noción aproximada** diciendo que son aquellos contratos en los que la finalidad que se proponen las partes consiste principalmente en la recreación, y a veces la ganancia o lo previsión, pero en cualquier caso, sometiendo los resultados del contrato a un evento incierto.

130.5. No hay contrato aleatorio en la resolución por medio del sorteo de un asunto controvertido, esto sería más bien una forma de **transacción**; ni tampoco, cuando **en una partición** se resuelve por medio de la suerte a quien corresponde un determinado lote previamente aprobado por las partes.

130.6. Según Lacruz Berdejo, en los contrato bajo condición, la existencia misma de obligaciones depende del hecho incierto; mientras que en los contratos aleatorios hay contrato, hay obligación, pero ella se concreta en una parte, o se fija su duración o cuantía según el evento del hecho incierto.

130.7. Algunos observan que la perfecta delimitación de la categoría de los contratos aleatorios tendría importancia si variaran en ellos las reglas sustanciales de los contratos en general, pero que esto no ocurre, por lo cual no interesa tanto una estricta definición. Así, Diez-Picazo dice que esta categoría jurídica tendría importancia si siempre (a diferencia de los conmutativos) se prohibiera la resolución por incumplimiento, pero no es así, de modo que no hay una diferencia sustancial.

130.8. Los contratos aleatorios se han mirado generalmente con reserva o con franca aversión, por considerar que no es justo el **enriquecimiento fácil** o el empobrecimiento a veces trágico de los jugadores. Parece que estos contratos no dan el debido relieve al **trabajo**, como verdadera fuente de la riqueza.

130.9. De todos los contratos aleatorios, indudablemente, los que tienen mejor justificación son los de **previsión**: la renta vitalicia y los seguros.

Incluso los seguros han llegado a ocupar en la cultura contemporánea un lugar destacado como elementos de seguridad en los contratos y de realización de la justicia social. Personalmente he opinado muchas veces que el Ecuador debe en buena parte su paz social a la existencia desde 1926 de un sistema de seguridad social que, a pesar de sus deficiencias, ha cumplido una enorme función de justicia social.

130.10. Hay que reconocer que en el mundo contemporáneo han tomado mucho cuerpo los contratos aleatorios y han surgido algunos de indudable valor: los llamados **de previsión**, como son los seguros. Los diversos contratos de seguros (de vida o de muerte, de accidentes, de cesantía laboral, de viudez u orfandad, los de transportes, los de determinados siniestros como incendios, robos, etc.) se han difundido con evidente ventaja para el buen desarrollo de las actividades económicas y humanas en general.

130.11. Muchos de los contratos aleatorios contemporáneos, se inscriben en el marco del **Derecho Mercantil**, o han dado origen a nuevas disciplinas científicas como sucede con los seguros. En el campo civil prácticamente han quedado sólo el juego, la apuesta y la renta vitalicia, además de algunas formas de venta con premios.

130.12. El artículo 2163 con cautela se refiere a "los principales" contratos aleatorios, y los **enumera** así: 1. El contrato de seguro; 2. El préstamo a la gruesa ventura; 3. El juego; 4. La apuesta; y 5. la constitución de renta vitalicia. Agrega que, los dos primeros pertenecen al Código de Comercio.

130.13. Las **loterías**, muchas veces organizadas por el Estado o sus organismos, son contratos aleatorios de gran difusión y protegidos por las leyes. Frecuentemente se destinan las utilidades al financiamiento de obras de beneficencia, como sucede en el Ecuador.

El Juego y la Apuesta

131. Definición y apreciación de su valor

131.1. No hay una definición legal del juego, pero el parágrafo 1. Del Título XXXI del Libro IV, se refiere a los "juegos de azar" y a los "juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo,

pelota, bolas, y otros semejantes". Esta terminología correspondía al siglo XIX, y hoy diríamos llanamente: **deportes**.

De Pina define el juego como "contrato aleatorio, en el cual, el beneficio o la pérdida de las partes depende del resultado favorable o adverso de una actividad que se desarrolla entre ellas, con fines de distracción o de ganancia, o más frecuentemente, con ambos fines".

Algunos autores, apoyándose en el principio de la libertad de contratación y en la facultad que tiene el hombre de disponer de su propiedad como mejor le plazca, sostienen la licitud de los mismos; pero la generalidad de los tratadistas se pronuncia en contra de estas convenciones, por diversos motivos.

131.2. La actividad deportiva está ampliamente legislada y existe en el Ecuador un **Ministerio** de Educación, Cultura y Deportes. Se trata de algo muy positivo y digno de la protección legal, en cuanto contribuye al desarrollo armónico del cuerpo y el alma, al cultivo de las "virtudes deportivas", como la honradez, la lealtad, la valentía, la veracidad, etc.

131.3. Los deportes han llegado a tener otra dimensión de mucha trascendencia social: la de **espectáculos masivos**, que también influyen en la cultura, en la economía, e incluso en la política. Su recto desenvolvimiento puede contribuir al bienestar de la población y a la educación de las masas y los individuos.

131.4. Otra dimensión no despreciable del deporte, consiste en ser un **atractivo turístico**, pues moviliza a muchas personas, contribuyendo al mejor conocimiento de los diversos países y secciones de una misma nación.

131.5. Finalmente, el Estado se ha interesado en los juegos y deportes, mirando en ellos una fuente de recursos de fácil recaudación, mediante **impuestos a los espectáculos**.

131.6. Pero, al Derecho Civil, le interesa el juego fundamentalmente en cuanto es un **contrato**, del que nacen obligaciones, y junto al juego, se

produce frecuentemente la **apuesta** que origina una serie de consecuencias de índole jurídica.

Algunos juegos entrañan en sí mismos una apuesta: son una manera de apostar. Éstos son propiamente los **juegos de azar**, mirados con mucha desconfianza por el legislador, dadas sus implicaciones negativas en el orden moral.

131.7. La razón fundamental para rechazar los juegos de puro azar, a mi modo de ver consiste en que producen un efecto **desvalorizador del trabajo honrado**: vienen como a sustituir la ganancia legítima, fruto del trabajo, por una ganancia fácil no compatible con el mandato del Creador de "comer el pan con el sudor de la frente", que aparece en la primera página de la Biblia, como norma fundamental de la vida humana.

131.8. Junto a este desorden de la ganancia fácil, el juego desarrolla instintos, **hábitos esclavizantes**: los jugadores de azar se aficionan de tal manera a sus prácticas, que no encuentran felicidad ni razón de ser en ninguna otra cosa; se llega así a tal deformación moral, que implica una verdadera limitación de la libertad, una deformación profunda de la personalidad que lleva hasta la total irresponsabilidad. Por esto, el Código Civil, prevé la **interdicción del disipador**, y éste, muchas veces es quien tiene un hábito inmoderado de jugador; también la "pasión inmoderada por el juego", es por disposición del artículo 88, un motivo para negar al menor de edad la licencia paterna para contraer matrimonio.

Según el artículo 466, "el juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio", autoriza la interdicción del jugador. Así la ley, con cierta flexibilidad, sanciona y protege a la vez, a quien se deja llevar por esa pasión inmoderada.

131.9. Más suelen impresionar, las consecuencias de **empobrecimiento**, a veces total y repentino, en que pueden caer los jugadores, arrastrando a sus familias a la indigencia. Además del propio hogar perjudicado por las apuestas, resultan agraviados los acreedores del jugador que confiaron en su solvencia y del día a la noche se encuentran con un deudor insolvente. Es conocido el alto número de **suicidios** que se producen entre los perdedores de los juegos de azar.

131.10. Hace bien en distinguir el Código entre los juegos de azar y los deportes. Los primeros no merecen la protección legal y los segundos deben ser estimulados.

131.11. Desgraciadamente tanto los juegos de puro azar como los que exigen destreza física o intelectual (deportes), suelen ser ocasión de **apuestas**; es decir, que este otro contrato -la apuesta-, toma oportunidad en el juego o se vincula estrechamente a él. La apuesta consiste en hacer depender una ganancia y una pérdida económicas, del alea del triunfo en un juego.

131.12. La apuesta se da entre los mismos jugadores o entre personas que no participan en el juego o son meros espectadores. En el primer caso es un estímulo para rendir al máximo en el esfuerzo deportivo y esto todavía puede admitirse (por ser estímulo de una acción positiva), mientras que la apuesta de terceros, de los espectadores, rebaja el valor moral del juego y no se justifica en quienes la practican, de allí la postura generalmente adversa del derecho hacia estos apostadores.

131.13. La **política generalizada** frente al fenómeno muy difundido de las apuestas sobre el resultado de los juegos deportivos, consiste en moderarlas, regularlas para evitar abusos y fraudes, a la vez que se aprovecha el Estado para conseguir una utilidad fiscal, con el cobro de impuestos a las apuestas. No por esto, dejan de ser lacras sociales nada convenientes para la formación adecuada de las nuevas generaciones. Las apuestas, aún reguladas razonablemente por el Estado, quitan al deporte su límpido espíritu de desinterés, y vienen en desmedro del aspecto estético del deporte, no menos que del aspecto ético.

131.14. Aunque las leyes se refieren a los juegos de azar y a la apuesta, no hay mayor diferencia entre unos y otra. Los autores han procurado distinguirlos, sin mayor éxito. Y no interesa mucho la distinción, puesto que los efectos jurídicos son prácticamente los mismos.

131.15. El juego y la apuesta admiten dos o **más partes**, incluso son muchas en el caso de las loterías. El objeto es una opinión o un dato (un número en el caso de las rifas y loterías) sobre cualquier clase de acontecimientos pasados, presentes o futuros, con la condición de que no puedan ser ciertamente conocidos por alguna de las partes. Se requiere este elemen-

to de alea, de incertidumbre, sin el cual no habría juego. El artículo 1457 destaca este aspecto de la contingencia incierta como característico de los juegos de azar. Y en ellos, según el artículo 1482, hay **objeto ilícito**. Más precisamente, este artículo declara que existe el **objeto ilícito** en las deudas contraídas por juegos de azar. La consecuencia obvia de esta ilegalidad, es que no se puede acudir al juez en demanda de ejecución de tales deudas.

131.16. Las partes pueden predeterminar la manera de **probar** el hecho o de constatar el acontecimiento incierto, y a veces está certificado por la presencia de autoridades, como suele suceder en las loterías.

132. Clasificación de los juegos

132.1. Acabamos de indicar que el Código distingue sustancialmente los juegos de azar y aquellos otros que requieren "fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras (...)". Pero no cualquier competición de este segundo género es lícita. Desde luego, el **duelo**, no se puede considerar un juego, sino que está tipificado como delito en el Código Penal común y en los especiales del Ejército y de la Policía.

Pero hay una gama de intermedios, que pueden dar lugar a dudas. Así el box o la esgrima, son verdaderos deportes, sin embargo de que en algunas oportunidades llegan a un resultado equivalente al del duelo: la muerte de uno de los contrincantes. Si esto se debe a un mero accidente, nada hay que objetar; pero frecuentemente se deben esos efectos fatales, al ensañamiento extremado, a la falta de observancia de las normas mismas del juego, y entonces, constituyen delitos comunes de homicidio.

132.2. El Código Penal en el artículo 313, sanciona "a los que establezcan casas o mesas de **juegos prohibidos**, sin el permiso de la autoridad respectiva". Pero no define cuáles son estos juegos prohibidos; en principio, hay que incluir todos los que son de puro azar, como las apuestas, juegos de cartas, dados, y otros similares. Parece que el "permiso de la autoridad respectiva", es el que da legitimidad a esta clase de juegos; así se desprende del minucioso Reglamento de casas de juego, aprobado en mayo del año 2000. Serían, pues, prohibidos los juegos de azar que no se realizan con sujeción a la ley y reglamento. Por esto se castiga a "los promotores, em-

presarios, administradores, comisionados o agentes de rifas no autorizadas" (Art. 315).

También hay sanción penal para los propietarios o administradores de **casas de juego** si consienten "a hijos de familia, dependientes de almacenes o de otros establecimientos comerciales o industriales, sirvientes domésticos o individuos notoriamente vagos", el ingreso a tales recintos. Se aprecia aquí el deseo de proteger especialmente a los incapaces y otras personas menos favorecidas por la fortuna, aunque supone una calificación social muy difícil de ejecutar.

El artículo 316 del Código Penal se refiere a "los que hubieren colocado, pregonado o distribuido billetes de rifas no permitidas por la **Policía**, la cual no podrá permitir sino las que la ley determina". La licitud, depende, por consiguiente de la autorización legal, y se ha de concretar en un permiso expreso otorgado por la autoridad policial. En igual línea está el artículo 607 numeral 5 que tipifica como contravención el abrir casas de juego sin permiso de la autoridad. En una palabra, los juegos de azar se consideran una actividad peligrosa, nociva y que sólo se tolera bajo una estricta vigilancia de la autoridad.

132.3. Choca con lo anteriormente dicho, el **espíritu fiscal** que ha puesto la mira en estas actividades "ilícitas", para obtener de ellas un provecho para el erario. Desde 1906 se ha desarrollado esta censurable tributación.

Actualmente el artículo 361 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dice: "En este impuesto se reconocerán exoneraciones a los espectáculos artísticos donde se presenten única y exclusivamente artistas ecuatorianos. Se derogan de manera expresa las demás exoneraciones que consten en cualquier ley general o especial". El artículo 360 dice: "Establécese el impuesto único del diez por ciento sobre el valor del precio de las entradas vendidas de los espectáculos públicos legalmente permitidos; salvo el caso de los eventos deportivos de categoría profesional que pagarán el cinco por ciento de este valor.

132.4. La doctrina distingue, como lo hace nuestro Código, los juegos de azar, o los de fuerza o destreza (deportes), añadiendo algunos autores, que no solamente se trata del ejercicio de disposiciones físicas, sino también de

facultades intelectuales, como sucede destacadamente en el ajedrez y otros juegos que se actúan con la memoria, la inteligencia, la intuición y el cálculo.

132.5. El juego y la apuesta producen únicamente **obligaciones naturales**, porque no dan lugar a una acción para cobrar; pero si se paga voluntariamente, no se puede repetir. Esta doctrina ha sido seguida por la mayoría de las legislaciones. Sin embargo, el Código colombiano, inicialmente igual al nuestro, se ha reformado permitiendo tanto el cobro judicial de lo debido, como la excepción o defensa del que pagó; en España, desde 1983 se ha despenalizado el juego, con lo que ya no cabe allí la distinción entre juegos permitidos y prohibidos.

132.6. Puig Peña distingue tres categorías de juegos: a) Prohibidos; b) Lícitos o permitidos; y, c) Amparados por la ley. Efectivamente, los primeros constituyen delito y no producen ningún efecto civil; los segundos no están sancionados penalmente; y los terceros, igualmente lícitos, producen efectos civiles. Borda advierte que no es exacto hablar de juegos lícitos e ilícitos, sino que existen unos protegidos por la ley, que confieren acción para hacerlos eficaces, y otros que no permiten ninguna acción judicial y si originan un pago voluntario tampoco se permite repetirlo: el derecho se desentiende, deja esto al honor de las partes. Lorenzetti llama "tutelados" a los que, conforme al Código Civil, permiten demandar deudas provenientes de ellos; son los de fuerza o destreza, física o intelectual. En segundo lugar están los simplemente "permitidos": no están prohibidos, pero no gozan de acción civil para exigir su cumplimiento; originan una obligación natural; no pueden compensarse, ni convertirse por novación en civilmente eficaces. Finalmente, los prohibidos no dan acción ni permiten repetir, salvo que el pago se hubiere realizado sin libre voluntad; además, están penados.

133. Características jurídicas del juego y la apuesta

133.1. Desde luego la primera y más determinante característica es el azar: son **aleatorios** por naturaleza, y si se descartara esta dependencia de un hecho incierto, desaparecería el concepto de juego o apuesta.

Si una parte conocía ciertamente el hecho de la apuesta, habría dolo y el pago voluntariamente realizado por el perdedor se podría **repetir**, ya que

sería inicuo que alguien se enriqueciera como fruto de una actuación dolosa.

Se ha dicho que en la vida jurídica siempre hay algún elemento aleatorio; en cualquier contrato se corre cierto riesgo. Es verdad, pero dista mucho de ello la condición de los juegos de azar, en los que la suerte es propiamente la causa de las obligaciones.

133.2. Coinciden los autores en reconocer el carácter **consensual** de estos juegos y contratos: no se requiere ninguna forma solemne. Sin embargo, en algunos, como son las loterías y sorteos, se suele emitir billetes o constancias de las apuestas y la posesión de estos comprobantes es indispensable para el cobro de la eventual ganancia.

La emisión de boletos, fichas, talones, etc. implica la asunción de responsabilidad del pago correspondiente al ganador, y por lo mismo, la falsificación de esos documentos es un acto fraudulento y penado. La intervención del Estado en las loterías de amplia difusión, de ámbito a veces nacional, tiende a regularizar estas apuestas y evitar tales fraudes.

133.3. Son contratos **bilaterales**, en el sentido de que hay un ganador y un perdedor, aunque pueden ser muchos los que asuman una u otra situación: muchos ganadores o perdedores. Esta pluralidad de sujetos, a veces gran número de ellos, no hace a tales contratos "plurilaterales", ya que todos los implicados serán o ganadores o perdedores. Bien puede haber grados o cuantías de ganancia y de pérdida, como sucede normalmente en las loterías, pero no se desvirtúa el carácter bilateral. Lo típico es que no se conoce quien es el que triunfa y quien es derrotado, hasta que precisamente termina el juego; se puede decir que está en potencia el tener un crédito o una deuda.

Por ser bilaterales, no se concreta el juego mientras no hay más que un desafío; solamente cuando alguien o algunos aceptan la apuesta, nace la obligación de pagar al triunfador.

133.4. En cuanto a si son contratos **onerosos o gratuitos**, se discute desde los tiempos de Pothier, quien los consideraba onerosos, aduciendo que el que gana paga el precio del riesgo de perder. Hoy generalmente se conside-

ran gratuitos, en el sentido de que no hay propiamente una prestación que compense el premio que se recibe.

133.5. En algunos casos se realizan *"intuitu personae"*, en efecto, no es lo mismo jugar con una persona que con otro, variando como varían, las habilidades o destrezas; esto es aplicable sobre todo en el deporte o juegos intelectuales como el ajedrez. Si hubiere, pues, equivocación, error, en cuanto a la persona con quien se acordó jugar, habría nulidad, si es un error determinante.

También se señala la **finalidad recreativa**, que, aunque a veces pasa a un segundo lugar, nunca debe faltar totalmente, ya que esto también desvirtuaría estos contratos. No es, sin embargo, incompatible la finalidad lúdica con la lucrativa, y en el caso de los casinos y otros establecimientos autorizados de juegos, sus emprendedores buscan una ganancia.

134. Analogías

134.1. Hay dificultad para distinguir el juego de otros contratos simplemente **sujetos a condición**. Casi todo contrato admite condición suspensiva o resolutoria y por consiguiente el sometimiento de su eficacia al evento incierto, que puede o no producirse; pero en una compraventa, una donación, un arriendo, etc., lo que persiguen las partes no es simplemente una diversión y una ganancia fortuita, sino realmente transferir el dominio, la posesión o la tenencia de ciertos bienes, aunque se subordine la eficacia de tales contratos a la llegada del hecho incierto. Los otros caracteres propios del juego y la apuesta, que se acaban de exponer, sirven también para distinguirlo de los contratos condicionales, tal el carácter de distracción o entretenimiento.

134.2. Aubry se refiere a las **ventas a término**, para entregar, con precio fijo, mercancías que varían frecuentemente de valor: esto se parece mucho a un juego, pero el derecho sí confiere a las partes una acción civil para reclamar su cumplimiento; por el contrario, tales contratos degeneran en deudas de juego, si se pacta que en la fecha fijada habrá lugar al pago de la diferencia entre el precio convenido y el del día del pago.

134.3. Los **juegos de bolsa**, o especulaciones en la compra y venta de acciones, certificados de mercancías, títulos de crédito, etc., implican una fuerte intervención del azar, pero son más bien cálculos de personas experimentadas, previsiones fundadas en probabilidades o conocimientos financieros, se distinguen, pues, de los juegos de mera suerte. Éstos y otras figuras jurídicas importantes en la vida moderna, como los seguros, están encuadrados en el Derecho Mercantil.

135. Elementos subjetivos

135.1. Los que intervienen en el juego, como partes, han de ser **capaces**, según las reglas generales, para contraer obligaciones y para enajenar sus bienes.

Hay algunas prohibiciones señaladas en leyes especiales, por ejemplo, los Magistrados no pueden ser jugadores; tampoco pueden hacer apuestas a título personal, los dueños o administradores de casas de juego.

135.2. El **consentimiento**, libre de vicios, se requiere tanto para iniciar el juego o apuesta, como para efectuar el eventual pago en caso de pérdida. Por tanto, sería nulo el contrato que fuere fruto de la violencia o el dolo, lo mismo que el pago arrebatado contra la voluntad del jugador.

"Lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrá repetirse en todo caso por sus respectivos padres de familia, tutores o curadores", dice el artículo 2167.

Se admiten contratos preparatorios, como el convenio de jugar en tiempo y lugar determinados. No es factible, sin embargo, exigir el cumplimiento de estos desafíos, pero su incumplimiento permite cobrar los daños que se prueben debidamente, por ejemplo, los gastos de viaje y otros similares.

135.3. Ya queda dicho que la causa jurídica de estos contratos consiste en la obligación que asume la otra parte: son conmutativos.

136. Objeto de estos contratos

136.1. Si hay objeto **lícito**, puede haber contrato válido. No lo hay si se trata de apuestas o juegos prohibidos.

136.2. En cuanto a las cosas mismas que se apuesten, han de hallarse **en el comercio** y ser posible su enajenación; no se puede jugar el patrimonio familiar, u objetos que se encuentren embargados.

136.3. Aunque lo más frecuente es apostar dinero, cualquier bien puede ser objeto de apuesta o juego, tanto muebles como inmuebles, bienes materiales o inmateriales, como son las patentes o marcas de fábrica. Cabe la apuesta de derechos exclusivos o compartidos con otros, como las acciones de un condominio, el usufructo, etc. Los condóminos tendrán que soportar las variaciones que produzca el juego de uno de ellos, con sus consecuencias.

137. Forma

Ya que se trata de contratos consensuales, **ninguna solemnidad** especial está prevista o exigida por la ley.

La **prueba** de la existencia del contrato o de la realización de un pago, se sujeta a las normas generales; si la cuantía es mayor, se requerirá de un principio de prueba por escrito para demostrar una obligación de apuesta o juego. Los billetes, fichas u otros objetos similares sirven precisamente de prueba de las apuestas en las loterías o en los juegos organizados en casinos o casas dedicadas a este infame negocio.

138. Efectos jurídicos del juego o la apuesta

138.1. La **síntesis** de los derechos reconocidos al juego o apuesta legítimos está en el artículo **2165**: "El juego y la apuesta no producen acción sino solamente excepción.- El que gana no puede exigir el pago. Pero si paga el que pierde, no puede repetir lo pagado, a menos que se haya ganado con dolo".

138.2. Este esquema de obligaciones, se ha calificado generalmente como una **obligación natural**: no origina acción, pero una vez cumplida válidamente la obligación no se puede privar al acreedor de lo recibido legítimamente.

Es casi universal este ordenamiento jurídico de las apuestas y juegos, pero, modernamente se separan de él algunos países. En México el que ha pagado por un juego prohibido, puede reclamar la devolución (repetir), pero solamente el 50% será para él, mientras que la otra mitad pasa al Estado para obras de beneficencia; al que ha pagado por juego permitido, se le permite demandar pero únicamente dentro del estrecho plazo de treinta días. Colombia ha reformado su sistema para permitir siempre la repetición de lo pagado. En Argentina se puede demandar lo ganado en juegos permitidos, pero el tribunal tiene facultad de reducir equitativamente el monto de estas deudas en consideración del patrimonio del deudor.

138.3. La primera obligación de los jugadores consiste en atenerse a las **reglas del juego**; no hacerlo significaría un proceder ilegítimo que quitaría validez a las obligaciones dimanantes de un contrato. Terminado el juego, según el resultado, uno será acreedor y otro deudor: el que perdió debe pagar al que ganó, y una vez que ha cumplido esta obligación no puede repetir alegando que era deuda de juego, no provista de acción. ¿Cómo se explica esta negativa a conceder la repetición? Planiol y otros autores se remiten al aforismo "*in turpi causa melior est conditio possidentis*" muchos simplemente niegan la acción y el derecho de repetir, aduciendo la falta de objeto lícito, tal como lo declara nuestro Código en el artículo 1482. La explicación de la irrepetibilidad, según Diez-Picazo, se halla en que nadie puede alegar la propia torpeza y el juego no debe justificar un desplazamiento patrimonial originado en una acción torpe.

138.4. Se presenta un problema con las apuestas que se colocan físicamente sobre la mesa de juego y las que se depositan en manos de un tercero. Estos actos se interpretan por algunos, como un **pago anticipado**, pero otros observan que no cabe pago cuando aún no hay acreedor y cada jugador puede serlo, está en potencia de ganar. Aubry acepta que se trata de un pago anticipado, sujeto a la condición de ganar, y quien realmente gane podrá defender la apuesta como cosa propia. Borda considera dudosa esta solución, por no existir todavía acreedor, ni obligación; en cambio, consi-

dera que el depósito hecho en manos de tercero, no jugador, debe considerarse como un mandato de entregar al ganador, y éste tendrá acción para cobrar lo que le pertenece, debiendo entregárselo el depositario.

138.5. En principio, no se puede repetir lo pagado; pero esto se refiere a lo "**voluntariamente** pagado"; y, como anota Lacruz, no hay voluntariedad si se pagó por dolo del contrincante, o por fuerza ejercida contra el perdedor. En cuanto al error, no justifica la repetición de lo pagado, si el error fue del perdedor que pagó, pero si fueron sus herederos quienes pagaron de buena fe, creyendo que no se trataba de una deuda de juego, esta buena fe debe ser tutelada y se reconoce el derecho de repetir.

138.6. Además de los casos de dolo o fuerza, también dan lugar a la repetición, los pagos verificados por un **incapaz**; la ley protege especialmente a estas personas, a parte de que muchas veces serán engañados por su inexperiencia o sufrirán los efectos de la violencia en forma de amenazas que no saben resistir. Los representantes legales de los menores o de los interdictos presentarán la acción de repetición y si demuestran que sus pupilos eran incapaces el momento del pago, el juez ordenará la restitución. Esto se reconoce en el artículo 2167: "Lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrán repetirse en todo caso por los respectivos padres de familia, tutores o curadores". "En todo caso", dice, y entendemos que esto se refiere a que no se requiere probar que hubo dolo o violencia contra estos incapaces.

La acción para repetir por dolo o por tratarse de incapaces perdedores, se dirige contra el ganador que recibió el pago; pero también puede dirigirse contra el dueño o administrador de la casa de juego; éste responde solidariamente con el ganador; pero si el juego fue en una casa de familia, solamente habrá responsabilidad si se conoció que el jugador era un incapaz.

138.7. Así como no hay acción para cobrar estas deudas, tampoco se puede oponer en **compensación**, ni se pueden convertir en otras obligaciones por una **novación** o por **transacción**. El vicio original, la falta de objeto lícito, se transmite a las nuevas obligaciones y el derecho impide lo que sería un fraude de la ley: a través de una compensación, novación o transacción, llegar a demandar deudas de juego que carecen de acción.

También son nulas las fianzas, prendas o hipotecas para garantizar estas obligaciones de apuesta o juego, y no cabe la cláusula penal, porque sería igualmente carente de acción para exigirse.

138.8. La simulación de otra causa, para ocultar que una obligación nació por apuesta o juego, no produce efecto novador ni convalida el objeto ilícito. Lorenzetti presenta el ejemplo de un pagaré en que se diga "por dinero recibido", si se prueba que la verdadera causa fue la deuda de juego, se desechará la acción judicial para cobrar ese instrumento.

138.9. No son deudas de juego las que no derivan directamente de él; así los préstamos hechos a los jugadores, sí son exigibles con acción judicial, siempre que no hayan sido otorgados por otro jugador. Algunos opinan que estos **préstamos** solamente valen si se ignoraba el destino del dinero, pero Borda desecha esta distinción que daría lugar a verdaderas injusticias, por dificultades de prueba; se ha de reconocer el valor de los préstamos, que son contratos autónomos, y no se requiere entrar a indagar sobre la intención o el destino que se pretendió dar al dinero.

138.10. Otro contrato que tendrá valor aunque se entronque con el juego, es el mandato. Si una persona recibió el poder y la **orden de pagar** una deuda de juego por cuenta del comitente y lo hace, tendrá derecho de reembolsarse lo que gastó en cumplimiento de este mandato.

En cambio, el **mandato de jugar** o jugar en sociedad con otro, es una forma más de jugar y no da acción. Tampoco tendría acción el gestor de negocios que actúa para presunto beneficio de otro y paga lo que ha perdido en el juego.

La Renta Vitalicia

139. Definición. Utilidad

139.1. El artículo **2169** define así: "Constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero".

Sería más exacto decir que la renta vitalicia es un contrato aleatorio que se constituye, obligándose una persona a pagar a otra una renta o pensión periódica, mientras dure la vida de uno de los contratantes o de un tercero. **Del contrato derivan** las obligaciones, no propiamente de la constitución, por esto sugiero el ligero cambio de redacción. De cualquier manera, el concepto queda claro: hay una parte que se obliga a pagar la renta o pensión y otra que tiene derecho de recibirla, por lo cual ha pagado, y dura este derecho en dependencia de la vida de una persona: por eso es contrato aleatorio. La persona de cuya vida depende la duración de la renta puede ser el mismo constituyente beneficiario, el que paga para recibir la renta toda su vida, o el obligado a pagar la renta, durante toda su vida; o bien un tercero.

139.2. El parágrafo 2° Del Título XXXI del Libro IV trata de la constitución de renta vitalicia, y lógicamente de sus efectos, refiriéndose a la constitución **contractual**, pero también cabe establecerla por acto unilateral, como luego veremos. La renta contractual es onerosa y sólo ella es propiamente aleatoria, mientras que desaparece el carácter aleatorio cuando la obligación se establece gratuitamente. En el último artículo de este Título, se hace referencia a la renta vitalicia gratuita, que se rige por las reglas de las donaciones y legados. Sin embargo, muchas disposiciones de la renta vitalicia propiamente dicha (contractual, onerosa y aleatoria), se aplican también a las gratuitas.

139.3. En contraste con el juego y la apuesta, este contrato aleatorio que es la renta vitalicia, es perfectamente legítimo y tiene incluso un hondo **contenido humanitario y práctico**. Con él se tiende a asegurar la subsistencia de personas que por su edad u otras circunstancias no están en aptitud de sostenerse por sí mismas, sin que se llegue al extremo de la pensión alimenticia. Por esto, merecen aprobación estos contratos, a diferencia de los juegos de azar a los que se debe vituperio.

Para las **particiones** hereditarias suele ser un instrumento muy adecuado el de constituir una renta vitalicia (a veces es más bien un usufructo), a favor del cónyuge sobreviviente, mientras que a los hijos se entregan los bienes que pueden hacer producir con su trabajo. Otras veces, un abuelo anciano prevé el **sostenimiento de la educación** de sus nietos asignándoles una renta que durará mientras vivan los padres de ellos, y terminará el momen-

to en que mueran y reciban los descendientes la herencia. O simplemente, será el caso de la persona que a lo largo de su vida ha logrado ahorrar y formar un **capital**, pero legítimamente desea descansar en sus últimos días, contentándose con recibir una renta a cambio de sus ahorros y permitiendo que otro u otros continúen en la actividad productiva. Estos tres ejemplos muestran la legitimidad y conveniencia de la renta vitalicia.

139.4. En el mundo actual, sin embargo, se ha perdido un tanto el interés por la constitución de rentas vitalicias, porque se han desarrollado los **seguros de vida**, tanto públicos como privados y ellos cubren en cierto modo la misma función, con la ventaja de una mayor seguridad, por lo general, para el rentista.

139.5. Han desaparecido, en cambio, los antiguos **censos**, que cumplían también la función de la renta vitalicia, con la diferencia de ser perpetuos y no solamente vitalicios, prolongándose así por tiempo indefinido. Los censos eran gravámenes reales, sobre determinados inmuebles, mientras que la renta vitalicia es solamente obligación personal y esencialmente limitada en el tiempo.

139.6. Se ha señalado, como un inconveniente o peligro de la renta vitalicia, que puede encubrir un **préstamo usurario**; ciertamente este abuso es posible, pero también tiene remedio jurídico, y el abuso no dice nada contra el legítimo uso.

139.7. Atendiendo a la finalidad económica perseguida por las partes, la renta vitalicia es un **contrato de previsión** en el cual, como dice Lorenzetti, la aversión al riesgo es un elemento decisivo para la contratación. Las partes desean prevenir un riesgo futuro, para sí mismos o para un tercero.

Esta característica hace de la constitución de renta vitalicia una forma muy apta para liquidar la sociedad conyugal, asegurando al cónyuge menos capaz de bastarse por sí mismo, de una renta segura por toda la vida (cfr., Art. 1424). También se utiliza como forma de indemnizar civilmente por accidentes o perjuicios y así se aplica ampliamente en el Derecho Laboral. Puede eventualmente servir como forma de indemnización civil incluso por el daño producido por la comisión de delitos.

140. Características

140.1. Es un contrato **real**, puesto que se perfecciona con la entrega del capital o precio de la renta. Si las partes hubieren establecido la obligación de pagar ese capital o entregar la cosa con la que se paga la renta, en realidad estarían haciendo un contrato de promesa de renta vitalicia, pero ésta solamente surge el momento de la entrega del precio.

140.2. El contrato es **unilateral**, ya que solamente el deudor de la renta contrae obligación: el acreedor no debe nada, pues ya pagó el momento mismo de la constitución.

140.3. Ya hemos señalado el carácter **oneroso**: el beneficiario de la renta ha debido pagar por ella, le ha costado la entrega de una cosa o de dinero.

140.4. Es un contrato **solemne**, porque además de la entrega de la cosa, se exige la celebración de escritura pública. Y si lo que se entrega es un inmueble, la tradición deberá hacerse mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad.

140.5. El carácter **aleatorio** consiste en que la obligación de pagar la renta durará cuanto dure la vida de cierta persona: puede ser poco tiempo o muchos años, de manera que el precio recibido resultará económicamente ventajoso o desventajoso, caro o barato. El carácter aleatorio desaparece si la persona de cuya vida depende la obligación, ya ha muerto cuando se hace el contrato, y por lo mismo éste carecería de todo efecto.

140.6. Como afirma Lorenzetti, es un contrato **típico**, es decir, regulado por el Código Civil como convención onerosa; si fuera gratuita, deriva en donación.

140.7. Es contrato de **tracto sucesivo**: pues la renta se paga por períodos, que serán mensuales, anuales, o como establezcan las partes, pero durante el incierto espacio de una vida determinada.

141. Analogías

141.1. Los **alimentos**, también son pensiones periódicas y que se deben, en principio para toda la vida del alimentario; pero hay profundas diferencias con la renta vitalicia, ya que los primeros, **suelen** ser debidos por ley y no provenientes de contrato y entonces son gratuitos, además, siempre se pueden reajustar o variar en su cuantía, según las posibilidades del alimentante y las necesidades del alimentario y no pueden cederse; por el contrario, la renta vitalicia es onerosa, fija y puede cederse. El raro caso de los alimentos voluntarios, se diferencia fundamentalmente por su carácter gratuito.

141.2. El **usufructo** puede ser vitalicio y da al usufructuario el derecho de percibir los frutos periódicamente, pero está muy lejos de la renta vitalicia, puesto que es un derecho real, que **desmiembra** la propiedad, mientras que la renta es solamente una obligación personal.

141.3. La **donación con carga** de pagar una renta, que también puede ser vitalicia, se encuentra más cercana a la renta vitalicia, pero, mientras ésta es onerosa, aquella es gratuita y la carga de la cosa donada adquiere un carácter real, mientras que la renta vitalicia es totalmente obligación personal.

141.4. La finalidad de los **seguros de vida** es semejante a la de la renta vitalicia y estos contratos son onerosos, como el de renta, pero los seguros tienen carácter comercial, son asumidos por el Estado o por compañías que contratan con muchas personas, de forma que la masa ingente de interesados es la que en definitiva afianza el pago de las pensiones, sin admitir, en cambio las garantías que frecuentemente se dan en la renta vitalicia (sobre todo hipotecas). El seguro generalmente se paga por cuotas y se recibe (el asegurado o sus herederos) un capital; mientras que en la renta vitalicia se paga un capital y se recibe una renta.

142. Sujetos del contrato de renta vitalicia

142.1. En rigor basta con dos personas: el **beneficiario o rentista**, y el **deudor**, obligado a pagar la renta. A veces se llama también al primero, **constituyente**, porque es quien paga el capital o transfiere la propiedad de

una cosa, para establecer así la obligación asumida por el deudor, de pagarle en compensación, una renta.

142.2. Desde luego, nada impide la **pluralidad de personas** en una u otra situación: puede haber varios rentistas y varios deudores por un mismo contrato.

142.3. Se complica la participación de personas en este contrato, cuando el constituyente establece que la renta se **pague a persona distinta** de él mismo, y esto es aceptado por el deudor. En tal caso, el tercero, beneficiario, recibe gratuitamente la renta: se le ha hecho donación de la renta, pero ésta no la hace el deudor, sino el constituyente, y las relaciones entre constituyente y deudor son las propias del contrato oneroso de renta vitalicia.

142.4. Por otra parte, los contratantes pueden establecer libremente que la renta sea vitalicia **con referencia a la vida** de uno de ello o de un tercero (incluso de varios terceros). Es decir, cabe pactar una renta por toda la vida del pensionista constituyente, que es lo más frecuente; o por toda la vida del pensionista tercero, beneficiario (admitiéndose que puedan ser también varios individuos); o por toda la vida de uno o más terceros.

Estas diversas modalidades posibles tienen su razón de ser. Lo más normal es que quien paga un capital o entrega una cosa, por ejemplo una hacienda o una casa, desea asegurar su vejez y **recibir él mismo** la renta hasta morir: la persona referencial, de cuya muerte depende la extinción de la renta es el constituyente. En este caso, si el deudor muere primero, el beneficiario sobreviviente seguirá percibiendo su renta con cargo a la sucesión del deudor. En cambio, si se establece la renta vitalicia **con referencia a la vida del deudor**, al morir éste se extingue la obligación, perderá el beneficiario su renta, y los herederos del deudor heredarán el capital que se pagó por la renta (si subsiste); esta situación evidentemente resulta más ventajosa para el deudor que para el beneficiario de la renta.

Finalmente, si se pacta que la renta durará **mientras viva un tercero**, o mientras vivan varias otras personas, distintas del acreedor y el deudor, entonces tiene menos importancia la muerte de una de las partes del contrato, porque continuará con sus respectivos herederos. Esta modalidad, puede inspirarse en situaciones especiales, como la de querer proteger a

alguien durante un tiempo, como en el ejemplo que formulé más arriba de un abuelo que establece una renta a favor de un nieto, con referencia al tiempo de vida de los padres del beneficiario (nieto). Cuando estos terceros son varios, se entiende que, ha de subsistir la renta hasta que perezcan todos, salvo que expresamente hayan previsto las partes que con la muerte de uno de ellos termine la obligación del deudor.

Téngase en cuenta que no precisa contar con el **consentimiento** del tercero o de los terceros: ellos no son parte del contrato ni adquieren ningún derecho ni se obligan a nada. Por esto, esos terceros pueden ser personas **incapaces**, por ejemplo, un niño recién nacido: su vida, que puede ser muy corta o muy larga, es simplemente el punto de referencia para la duración de la renta que obliga al deudor y que recibirá el beneficiario. Estos terceros ni siquiera es necesario que sean **notificados**, pueden ignorar la existencia de un contrato que no les atañe personalmente.

Lo único que exige el derecho respecto del tercero que sirve de referencia para la duración de la renta, es que **exista el momento de la constitución de la renta**. Obviamente, si esa persona hubiera ya muerto, o solamente se esperara su existencia civil (el concebido y aún no nacido), no puede servir de punto de referencia, porque desaparecería el concepto aleatorio de renta "por toda la vida" de tal persona.

Con mayor razón, el constituyente tiene que vivir hasta que se perfecciona el contrato y entrega el capital o la cosa que sirve de precio de la renta. Sea o no él quien vaya a beneficiarse recibiendo la renta, su vida es esencial porque no se hace contrato con un muerto y sólo hay este contrato desde el momento de la entrega del precio, puesto que es real. Ya veremos, que por equidad, se requiere que sobreviva siquiera un mes. Una interesante sentencia colombiana desarrolla estos conceptos.

142.5. Consideremos ahora la variedad de beneficiarios que puede darse

Ya mencionamos que lo más frecuente es que se constituya la renta en **beneficio personal** (independientemente de la referencia a la vida del constituyente, que es cuestión diversa). También se da a menudo el caso de personas casadas que constituyen una renta vitalicia a favor de **ambos**

cónyuges. Lo razonable será establecer que la renta no disminuya al morir uno de ellos, y si se dividía entre marido y mujer, que acrezca a favor del sobreviviente; pero cabría establecer lo contrario, que disminuya a la mitad o en otra proporción. La jurisprudencia colombiana es favorable a presumir que la renta no disminuye en caso de muerte de uno de los beneficiarios.

142.6. Quien da el capital y constituye la renta, debe ser **capaz de disponer**.

Se ha planteado si será admisible que a través de este contrato se afecte el derecho de los legitimarios forzosos; Castán y De Diego consideran que debe respetarse la legítima; De Buen distingue: si el contrato implica donación, evidentemente tendrá que dejar a salvo la porción legitimaria y de no hacerlo daría lugar a reducción o anulación de la donación; pero cuando se trata de renta vitalicia onerosa, equivale a una venta, y no se podrá anular, como no se anulan otras enajenaciones onerosas hechas por el causante.

142.7. Ya hemos dicho que cabe pluralidad de personas como beneficiarias. Éstas pueden tener derecho **simultáneo o sucesivo**. Si son varios los que han de partirse la renta, se establecerá la proporción en que le corresponde a cada uno, y si nada se ha establecido, se presume que se la deban dividir por partes iguales. La renta **sucesiva** es perfectamente legítima: se puede establecer a favor de una persona y después de su muerte, a favor de otra, pero no se puede traspasar el límite de las sucesiones fideicomisarias (sólo en segundo grado).

En los casos de pluralidad de beneficiarios, la renta se extingue únicamente al morir el último beneficiario, salvo que se hubiere establecido expresamente otra cosa.

142.8. La renta puede ser creada **a favor de una persona por nacer** y si llega a este evento la tendrá por todo el tiempo previsto: sea su propia vida, la del deudor o la de un tercero. No se requiere que el beneficiario exista jurídicamente el momento de la constitución.

142.9. La renta **puede cederse** a persona distinta de aquella a favor de quien se constituyó. Naturalmente, para tal cesión el acreedor deberá tener

capacidad y cumplir los requisitos correspondientes al respectivo contrato (venta, cesión, donación etc.).

142.10. La persona de cuya vida depende la renta, como hemos dicho, debe existir al momento de la constitución de ella; pero, además, se ha establecido que deba **sobrevivir** por lo menos un mes, si estuvo enfermo al momento del contrato. La razón de ser de esta limitación consiste en tratar de evitar contratos fraudulentos en perjuicio de los acreedores o de los herederos del acreedor. Además, se desvirtuaría en concepto de alea, si la gravedad del enfermo es tal que su muerte próxima sea casi segura. Finalmente, habría una falta de equidad en recibir un fuerte capital y no llegar a pagar ninguna renta o solamente la de pocos días.

Por lo dicho, el artículo 2175 establece: "Es nulo el contrato, si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta, o si al tiempo del contrato adoleciere de una enfermedad que le haya causado la muerte dentro de los treinta días siguientes".

Borda observa al respecto, que no se anulará el contrato si la muerte se produce por enfermedad adquirida después de celebrado el contrato, o si muere por un accidente.

142.11. La duración normal de la renta ha de ser toda la vida de la persona a la que se hace referencia (generalmente el mismo beneficiario); pero se ha planteado la cuestión de si podrá **añadirse un plazo máximo** de duración. Esta modalidad disminuiría el carácter aleatorio, puesto que al cabo de esos años terminaría la renta aunque viva aún la persona referencial. Sin embargo, varios autores admiten esta posibilidad, siempre que el plazo sea de muchos años, por ejemplo treinta o cuarenta, de manera que permanezca el azar de que muera antes aquel de cuya vida depende la renta. Así se salva la libertad de contratación, juntamente con un sentido de no desvirtuar el contrato aleatorio.

143. Elementos objetivos de la renta vitalicia

143.1. "El precio de la renta vitalicia, o lo que se paga por el derecho de percibirla, puede consistir en dinero o en cosas raíces o muebles"

Paga, pues, el **precio** el constituyente (quien normalmente será también beneficiario); éste se desprende de un capital o entrega una propiedad mueble o inmueble, por ejemplo, joyas, una casa, acciones de banco etc.

No se puede **desvirtuar esta estructura** del contrato, como sucedió en un caso en que el deudor pretendía que la renta era el precio pagado por él para adquirir lo dado por el constituyente. La Corte resolvió que esto es totalmente falso: el deudor no paga ningún precio, y si lo hubiera pagado sería un contrato de compraventa, mas no de renta vitalicia, sujeto al azar de la sobrevivencia, de la vida de una persona.

El precio que paga el constituyente puede consistir en cualquier clase de bienes que sean **transferibles** y de los cuales él **pueda disponer**. No puede, por consiguiente, pagarse con bienes embargados o que forman parte del patrimonio familiar inembargable (Art. 840, salvo que se obtuviere permiso judicial).

La jurisprudencia española exige la "transferencia del dominio", por tanto, no vale la cesión de un usufructo a cambio de renta vitalicia. Pero algunos autores como González y Alguer si aceptan esta posibilidad. Pienso que en nuestro derecho no habría inconveniente para pagar la constitución de renta vitalicia con un usufructo.

Tampoco veo inconveniente para que la renta se establezca por diversos procedimientos, mediante el pago en dinero o especie, por ejemplo en una transacción, o en una partición de sociedad conyugal o partición hereditaria. En cualquiera de estas circunstancias el constituyente se desprende de algo, de algún capital, para adquirir el derecho a una renta.

143.2. La renta se **estipula libremente**: dice el artículo 2173: "Los contratantes pueden establecer libremente la pensión que quieran, a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la pensión y el precio".

Esta amplia libertad de contratación corresponde al carácter aleatorio del contrato: nadie puede saber cuánto habrá de vivir la persona de cuya sobrevivencia depende la renta. Aubry relata el caso curioso de un anticuario francés que quiso vender una colección arqueológica al gobierno y pareció

muy cara, por lo que le ofrecieron una renta vitalicia; la aceptó, y como vivió 109 años, le llegaron a entregar por concepto de rentas tres veces más de lo que él había pedido. Por el contrario, si la persona de cuya vida depende la renta muere al poco tiempo, el deudor habrá recibido un alto precio por una renta mínima. Una sentencia colombiana analiza esta necesaria aleatoriedad que justifica que no se exija una proporción entre el precio y la renta.

143.3. Pero la **desproporción** entre el precio y la renta ha preocupado siempre a los autores y hay que admitir que esa desproporción no se ha de admitir en términos exagerados. Revelaría la simulación de un contrato usurario el que se hubiere establecido una renta tal que en el primer pago ya equivalga o supere al capital pagado. La jurisprudencia francesa, como testimonia Aubry tiende a moderar estos desequilibrios.

143.4. Nuestro derecho no exige que el pago de la renta se haga **en dinero**, como sí se exige en el Código español y otros. Podría, pues, estipularse en especie, por ejemplo una cantidad de quintales de trigo, o el precio correspondiente a un número de litros de leche. Estas cláusulas de referencia al valor de productos de primera necesidad o que suelen mantener precios estables, sirve para defender a las partes de las variaciones del valor de la moneda. La renta es fija: no se cambia, pero si la moneda se desvaloriza notablemente, se producirán situaciones injustas que piden una solución equitativa de reajuste de la renta.

143.5. En Francia ha tenido amplia acogida el "*bail á nourriture*", en que se paga por un conjunto de cuidados: habitación, alimentos, medicinas, etc.; pero como en ese país precisamente se exige que la renta vitalicia ha de pagarse en dinero, esta es una figura afín o análoga. Puig Peña, considera que la **dote de las religiosas** es un caso de "*bail á nourriture*". A su vez, una sentencia colombiana reconoce que el "*bail á nourriture*", es admisible según la ley colombiana y se rige por analogía por las disposiciones de la renta vitalicia. Pienso que estos conceptos son plenamente aplicables también en el Ecuador.

144. Forma del contrato

144.1. Universalmente se admite que la renta vitalicia es un contrato **real y solemne**. Así aparece también en nuestro Código, cuyo artículo 2274 dice: "El contrato de renta vitalicia deberá precisamente otorgarse por escritura pública y no se perfeccionará sino por la entrega del precio". Son dos los elementos necesarios de índole formal: la escritura pública y la tradición del precio. Si este precio consiste en un inmueble -lo cual es frecuente-, debe inscribirse la escritura pública en el Registro de la propiedad para efectuar así la tradición jurídica de la cosa, sin perjuicio de que también deberá hacerse la entrega material.

144.2. Se plantea el problema de saber si habiéndose celebrado el contrato con la solemnidad prescrita por la ley, el constituyente **se negare a la entrega** de la cosa, dinero o especie mueble o inmueble, ¿cuál es la situación? No cabría que el deudor de la renta demandare la entrega del precio fundándose en el contrato, porque éste no existe mientras no se haya hecho tal entrega. La sola escritura sería, pues, un compromiso de celebrar, de perfeccionar el contrato, y en caso de faltar a esta promesa el acreedor constituyente, el deudor, eventualmente podría pedir reparación de perjuicios si realmente se han producido y está en capacidad de probarlos.

144.3. Algunos autores han sostenido que la exigencia de la escritura pública sería solamente **para la prueba** y no para la constitución misma del contrato, basándose en la letra del artículo 2174 que menciona el "perfeccionamiento" mediante la entrega. Si así se perfecciona, quiere decir que la escritura no lo perfecciona, según este razonamiento. Pero parece más bien que el legislador quiere exigir los dos requisitos conjuntamente, y así lo ha aceptado la jurisprudencia colombiana.

144.4. El pago o entrega del capital debe ser **actual**, no simplemente prometido; pero parece admisible que una vez hecha la entrega de la principal parte -necesaria para constituir el contrato-, quede un resto a pagarse en cierto plazo, incluso por dividendos.

144.5. Nuestra jurisprudencia ha reconocido que las partes tienen derecho de constituir una renta vitalicia, no sólo como contrato principal o único, sino como **accesorio** de otro principal, por ejemplo, de una compraventa.

Esto sí, ha de haber precio de la renta, pues de ser gratuita, sería simplemente una donación y se regiría por las normas de este contrato.

144.6. Teniendo en cuenta la posibilidad de constituir también renta vitalicia **gratuita** (donación o legado), hay que admitir el establecimiento de este contrato según normas diferentes, precisamente las de las donaciones o testamentos; y en el segundo caso, de la sucesión por causa de muerte, no se perfeccionaría el contrato el momento de la entrega sino el momento de la apertura de la sucesión.

En estas rentas vitalicias gratuitas, se admite que el constituyente pueda imponer la inembargabilidad de la renta. En efecto, discurre Puig Peña, el donante puede disponer de sus bienes bajo condición e imponiendo cargas o limitaciones; al declarar libre de embargo la renta, no agravia a nadie, y los acreedores del donatario (deudor de la renta) no pueden protestar de que éste reciba bienes no embargables, pues tal liberalidad no limita el patrimonio del deudor, con el que responde ante los acreedores, y siendo gratuita la renta vitalicia, nada ha dado el deudor a cambio de ella.

144.7. Diez-Picazo anota que en el mundo contemporáneo se abre paso en la doctrina el concepto de renta vitalicia simplemente **consensual** y, en apoyo de esta tesis, cita una sentencia española que reconoce obligaciones entre las partes desde que manifestaron su consentimiento, quedando obligadas a la escrituración y a la entrega del capital, pero ya como efectos de un contrato válido. No sería admisible en nuestro sistema esta solución, dada la imperativa disposición del artículo 2174: "deberá precisamente otorgarse por escritura pública y no se perfecciona sino por la entrega del precio".

145. Efectos u obligaciones que nacen del contrato de renta vitalicia

145.1. Como el contrato es totalmente en beneficio del rentista, éste no asume ninguna obligación directa y propiamente.

Sin embargo, aplicando las normas generales, deberá responder por **evicción o vicios redhibitorios** de la cosa que haya entregado en pago. La equidad exige, en efecto, que el deudor cuente realmente con ese capital que es el precio de la renta, y si se le transfiere, por ejemplo, una casa o un

barco, que resulta ser ajeno y lo reivindica su dueño, no sería admisible que el deudor de la renta tuviera que pagarla, sin reclamo contra quien le transfirió una propiedad viciada. Lo mismo, si el objeto que fue precio de la renta resulta inservible y de ningún valor. Desde luego, si el beneficiario de la renta hizo el pago con cosas ajenas o con vicios redhibitorios, con conocimiento de ellos o debiendo conocerlos, habría mala fe y respondería de todo perjuicio causado al deudor.

145.2. Las obligaciones del deudor son: pagar la renta y conferir las **garantías** que se haya obligado a dar o que posteriormente se le impongan.

145.3. En caso de no pago de la pensión, corresponde al deudor la **carga de la prueba**; es decir que si demanda el pago el acreedor, corresponde al deudor el probar que sí ha pagado.

145.4. El artículo 2177 reconoce el derecho del beneficiario de **demandar y ejecutar** su crédito (su renta) en bienes del deudor y esto "para el pago de lo atrasado y obligarle a prestar seguridades para el futuro". De la mora del deudor surgen, pues dos derechos del pensionista: cobrar ejecutando los bienes del deudor, y exigirle garantías, aunque éstas no hubieren sido previstas expresamente en el contrato.

145.5. **No produce efecto resolutorio**, por sí sola, la falta de pago de las pensiones. Es decir, que si el deudor se atrasa en su pago, el acreedor no puede exigir la devolución del capital pagado y volver las cosas al estado anterior al contrato. La resolución se reconoce en los contratos bilaterales, en caso de incumplimiento de la una parte frente a la otra que sí ha cumplido; pero esto no es así en el contrato de renta vitalicia. Al menos, no es facultad natural, que se presuma, sino que por el contrario, la acción de resolución será rechazada por el juez, salvo que las partes **hayan estipulado expresamente una cláusula resolutoria**, por ejemplo, estableciendo que en caso de no pago de una, o más pensiones dentro de un término razonable, pueda el beneficiario reclamar la resolución, en tales o cuales condiciones.

Se admite, por tanto la **cláusula resolutoria expresa**, pero no existe en este contrato, cláusula resolutoria tácita. No se presume, y debe demostrar-

se, por el texto de la escritura pública, que realmente se estableció expresamente la condición resolutoria.

145.6. El artículo 2176 dice: "El acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato aún en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor, aún ofreciendo restituir el precio o restituir o condonar las pensiones devengadas, salvo que los contrayentes hayan estipulado otra cosa".

El Código habla de **rescisión**, pero es una imprecisión terminológica: lo que cabe es la **resolución** en caso de falta de pago, pero solamente si ha establecido expresamente en el contrato. Es, pues, muy recomendable introducir en estos contratos la condición resolutoria expresa, que garantiza adecuadamente al pensionista, por ejemplo, determinando que el pago deba hacerse dentro de los cinco primeros días de cada mes y si hay atraso del pago de tres pensiones mensuales seguidas, se reconozca al beneficiario el derecho de demandar la resolución con la devolución del capital o cosa con que pagó, y además con el derecho de retener las pensiones que hubiere recibido anteriormente. He aquí una fórmula muy práctica.

145.7. Otra medida muy recomendable consiste en establecer en el contrato una **garantía hipotecaria**, que puede ser sobre el mismo inmueble que se ha entregado como pago, o sobre otros inmuebles del deudor o de terceros. En caso de faltar el deudor al pago de una o más pensiones (según se establezca), se puede ejecutar inmediatamente la hipoteca. Si rematado el bien, pasa a manos de terceros, puede establecerse que se cancelen las pensiones adeudadas y continúe el contrato de renta vitalicia, continuando la garantía hipotecaria.

145.8. El artículo recientemente trascrito contiene una expresión ininteligible o claramente errada: no se puede decir que el deudor ofrezca "restituir el precio y restituir o condonar las pensiones devengadas". El deudor podría pretender la resolución del contrato devolviendo lo que ha recibido, esto es, el precio; pero él no puede devolver las pensiones devengadas, y mucho menos, no cabe de ninguna manera que el deudor sea quien "condone", es decir, perdone, no cobre, las pensiones devengadas. Esto podría hacerlo el acreedor, pero el deudor no se puede condonar su propia deuda. Pensé que se trataba de una errata, pero el texto permanece invariable el mismo desde la primera edición de 1860, hasta la actual; también la primera

edición del Código Civil Chileno trae el mismo texto. El error consta desde el proyecto último de Bello; en cambio, en el proyecto de 1854 decía, lo que es razonable "(...) no podrá el deudor pedir la rescisión del contrato ni aún ofreciendo restituir el precio y renunciar a las pensiones pagadas". Esta sí es una pretensión lógica: ofrecer la devolución del precio y conformarse con no pedir la devolución de las pensiones ya pagadas. Si de condonación se habla, esto correspondería al acreedor: es él quien puede perdonar las pensiones al deudor.

145.9. En todo caso, la intención de la ley es evidente: prohibir la imposición por una de las partes, de la voluntad de dejar sin valor el contrato. Sólo se puede **rescindir por común acuerdo** de ambas partes, o se podrá **resolver a petición de una** de ellas en el exclusivo caso de haberse incluido una cláusula resolutoria expresa.

145.10. La resolución sí es natural (sin necesidad de cláusula expresa) en la hipótesis de haberse comprometido el deudor a **establecer garantías** y no cumplir esta obligación. Por ejemplo ofreció fianza, prenda, o hipoteca, y no constituye ninguna de estas garantías. Habría entonces o la voluntad de no cumplir el contrato en cuanto a la renta o, la incapacidad de hacerlo y la insolvencia que hace al deudor inepto para cumplir con la renta; por esto, el Código permite la resolución por la falta de cumplimiento de este deber.

145.11. También se llegará a la resolución del contrato, si el deudor que ofreció garantías, las **disminuye o destruye** jurídicamente o por culpa suya permite que desaparezcan, como sería el caso de la prenda que es rematada por otras deudas del servidor de la renta, o la destrucción material de la casa hipotecada, por demolición realizada por su dueño. Si el deudor no sustituye estas garantías, el acreedor podrá pedir la resolución del contrato. El artículo 2178 dice: "Si el deudor no presta las seguridades estipuladas, podrá el acreedor pedir que se anule el contrato". La sustitución o mejora de la garantía deteriorada, se rige por las reglas generales.

145.12. El pacto de cláusula resolutoria, sea por el incumplimiento de la renta o por incumplimiento de las garantías convenidas, se acepta también en otros sistemas jurídicos, por ejemplo, en España, y la jurisprudencia de este país y de Francia, se inclinan a admitir que la hipoteca continúe garantizando la renta vitalicia durante toda su vigencia, aunque se haya rematado

el bien hipotecado y pase a otras manos: pasará con el gravamen de garantizar la renta hasta la extinción de ella.

145.13. Producida la resolución, por haberse estipulado expresamente respecto del precio, o por simple incumplimiento en lo relativo a las garantías, es obvio que el deudor debe devolver el capital; en cambio, se discute sobre las **rentas ya pagadas**: unos consideran que tendría también de devolverlas el pensionista, y otros que deben quedar en su beneficio. Prefiero esta segunda opinión por dos motivos: la finalidad de la renta es la de asegurar el mantenimiento de una persona, y no se le puede exigir que devuelva lo gastado en su mantenimiento vital, por otra parte, dichas pensiones compensan la utilidad que puede haber obtenido el deudor de tener en su poder el capital o precio de la renta: tendría que pagar intereses y no los paga, luego, se compensan con las rentas ya pagadas.

Producida la devolución del capital, lo recibirá el acreedor **en el estado** en que se halle, debiendo respetar las enajenaciones y gravámenes que le hayan impuesto el deudor; pero éste tendrá que compensar al acreedor por esas disminuciones o la pérdida total, si se deben a su culpa, no si dependen de caso fortuito.

145.14. La renta vitalicia es un **crédito** que entra en el patrimonio del beneficiario, y éste puede disponer de este bien como de cualquier otro: no es una obligación "*intuitu personae*", y el deudor no podría oponerse a la cesión que haga el acreedor. Naturalmente que no variará la obligación del deudor ni su duración, y si la vida del beneficiario era el punto de referencia de la renta, seguirá subsistiendo ella mientras viva el beneficiario constituyente, aunque pase la renta a otras manos.

145.15. En cuanto a la periodicidad y el tiempo y lugar del pago, queda a lo que establezcan las partes. Muchas veces estas rentas son anuales, pero nada impide que se establezcan pagos quincenales, mensuales, etc.

145.16. Como frutos civiles que son, se **deben día a día**, pero si se ha estipulado y pagado un período, por ejemplo de un mes o un semestre o año, por adelantado, y muere la persona de quien depende la duración de la renta antes de completarse el período establecido, el beneficiario retendrá lo ya recibido por adelantado.

El artículo **2181** dice: "Muerta la persona de cuya existencia pende la duración de la renta vitalicia, se deberá la de todo el año corriente, si en el contrato se ha estipulado que se pagase con anticipación; y a falta de esta estipulación, se deberá solamente la parte que corresponda al número de días corridos".

Si bien este artículo se refiere a los pagos estipulados por anualidades, parece evidente que la misma regla se ha de aplicar si hay una cláusula que obliga a pagar por meses, trimestres, u **otro período distinto**, por adelantado.

145.17. Un problema que se presenta en la práctica es el de la **devaluación de la moneda**. Dada la larga duración normal de este contrato de tracto sucesivo, puede resultar ruinosa la situación del pensionista que ha de recibir una suma fija y que con el transcurso de los años puede reducirse a algo insustancial. Se pueden establecer cláusulas de reajuste, con referencia a lo cambios de divisas extranjeras, al salario vital, o al precio de productos que conservan su valor más o menos estable. Si nada se ha establecido, la situación del rentista resultará muy difícil. Algunos tribunales extranjeros han admitido reajustes, por equidad, y pienso que esto es lo más humano.

145.18. Si se resiste el deudor al pago de la renta aduciendo que la obligación ha terminado por muerte de la persona a que hace referencia el contrato, es el acreedor (o sus herederos si ha fallecido), quien deberá probar la sobrevivencia de la persona de cuya vida depende la renta. Esta **prueba**, por ser un hecho, se admite por cualquiera de los modos admitidos por el procedimiento, incluso por documentos, testigos. A veces se probará la muerte, para determinar la fecha exacta hasta cuando se debe pagar la renta.

145.19. Si el deudor incurre en **quiebra o insolvencia**, el acreedor de renta entrará en el concurso de acreedores con un crédito equivalente al capital necesario para asegurarle, según los intereses corrientes, su deuda, según afirma Borda.

145.20. Si durante la vigencia del contrato fallecen el deudor o el acreedor, los respectivos derechos y obligaciones de recibir o pagar la renta **pasan a sus herederos**, salvo que la muerte de uno de ellos sea el término prefijado. Es decir, si sobrevive el tercero cuya vida sirve de punto de referencia,

la renta vitalicia continúa a favor de los herederos del acreedor, o tendrá que seguir siendo pagada por los herederos del deudor que haya premuerto.

El artículo 2179 dice: "si el tercero de cuya existencia pende la duración de la renta sobrevive a la persona que debe gozarla, se transmite el derecho de ésta a los que la suceden por causa de muerte".

Es evidente que se ha de aplicar una regla análoga con relación al deudor que muere antes de que termine la renta, porque sobrevive aquél cuya vida sirve de referencia. Serán los sucesores del deudor quienes tengan que seguir pagando hasta que se extinga por el fallecimiento del tercero que sirve de referencia.

146. Terminación del contrato de renta vitalicia

146.1. La única norma referente a la terminación del contrato, es la del artículo 2182: "La renta vitalicia no se extingue por **prescripción** alguna; salvo que haya dejado de percibirse y demandarse por quince años continuos". Equivale a decir que solamente cabe la prescripción extintiva de largo plazo: de quince años. Desde luego, no prescriben las obligaciones del deudor, si el acreedor interrumpe la prescripción presentando oportuna demanda judicial.

Cuestión diferente es la de la prescripción de **una pensión** no pagada: esta obligación singular puede extinguirse por el transcurso de tres o cinco años, según dispone el artículo 2408 para los muebles o los bienes raíces respectivamente. El caso sería este: una persona no ha pagado una pensión, por ejemplo mensual, pero sigue pagando las de los meses siguientes, sin reclamación del acreedor y transcurre el tiempo señalado: se extingue por prescripción esa concreta pensión no pagada y no reclamada.

146.2. La forma normal de terminación del contrato de renta vitalicia es por la **muerte** de aquélla persona que se haya designado en el contrato para este efecto. Ya hemos dicho que frecuentemente tal persona será el mismo beneficiario, pero puede también ser el deudor o un tercero.

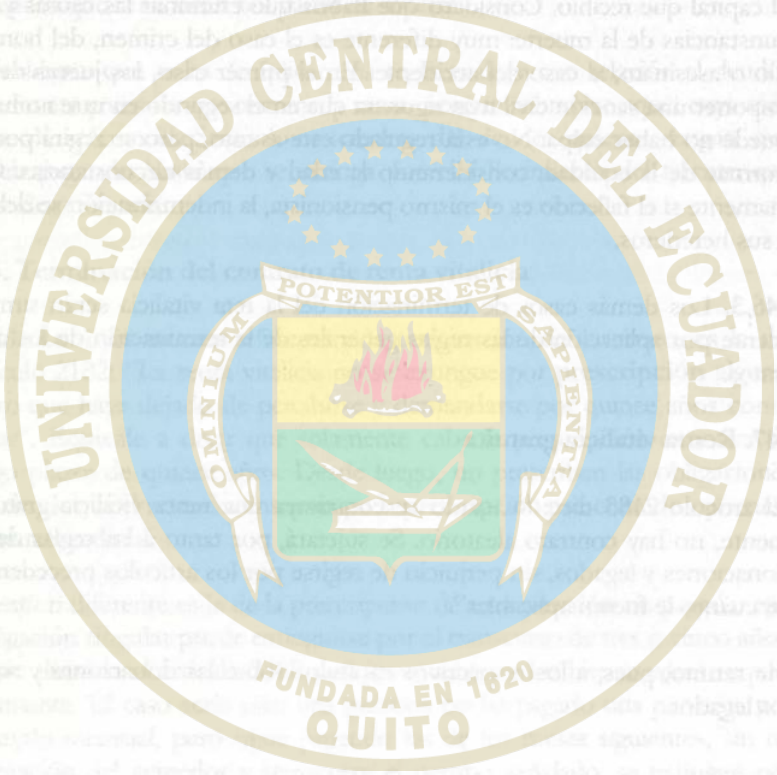
Ahora bien, si el fallecimiento de esa persona se debe a que el **deudor le dio muerte**, el que causó este evento no puede beneficiarse de él. Se discute sobre cual será el efecto. Unos sostienen que termina el contrato, porque dependía de la vida de esa persona que ha fallecido, pero el deudor debe indemnizar en una cantidad calculada según el tiempo que probablemente habría vivido el ahora difunto; otros piensan que el deudor debe devolver el capital que recibió. Considero que habría que examinar las causas y circunstancias de la muerte: muy diferente es el caso del crimen, del homicidio o asesinato, al caso del accidente. En el primer caso, los jueces deben imponer una sanción civil más rigurosa que en el segundo en que no hay o puede no haber culpa. No está regulado este asunto, pero se regirá por las normas de la equidad, considerando la edad y demás circunstancias. Obviamente si el fallecido es el mismo pensionista, la indemnización se deberá a sus herederos.

146.3. Los demás casos de terminación del la reta vitalicia serán simplemente por aplicación de las reglas generales de la terminación de los contratos.

147. Renta vitalicia gratuita

El artículo 2183 dice: "Cuando se constituya una renta vitalicia gratuitamente, no hay contrato aleatorio. Se sujetará, por tanto a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes, en cuanto le fueren aplicables".

Me remito, pues, a los respectivos capítulos sobre las donaciones y sobre los legados.


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Miguel Ángel, *La Sociedad y su régimen*, Anales de la Universidad, XX, 1964.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La Prelación de créditos*, Santiago, 1940.

ARROYO DEL RÍO, Carlos Alberto, *Cuándo se perfecciona el contrato de mutuo*, *La inscripción de la hipoteca y sus requisitos*, *La hipoteca de bienes heredados pro indiviso* en Estudios Jurídicos, Guayaquil, 1964.

AUBRY, C. et Rau, C., *Curso de Derecho Civil Francés*, 8 vol., París, 1875.

BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, Barcelona, 2 vol., 1995.

BAQUERIZO ARAGUNDI, Gonzalo, "Inexistencia del contrato de arrendamiento", en Revista *del Colegio de Abogados de Guayaquil*, Guayaquil, 1973.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Santiago de Chile, 5 vol., 1934.

BELLO, Andrés, *Obras Completas*, Código Civil anotado, Vol. XII y XIII, Caracas, 1954.

BOHÓRQUEZ DE SEVILLA, Mercedes, *Las garantías de la contratación pública*, Editorial Edino, Guayaquil, 1992.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Contratos, 2 vol., Buenos Aires, 1990.

BORJA, José María, *Alegato sobre depósito de cosas fungibles*, Gaceta Judicial, Serie VI, N° 7, Quito, 1941.

BORJA, Luis Felipe, "Manifiesto ante la Corte Suprema (sobre la caución)", en Revista *Forense*, N° 27, Quito, 1915.

BORJA, Luis Felipe, "Alegato: Naturaleza del depósito", en Revista Forense, N° 54, Quito, 1918.

BORJA, Luis Felipe, "Interpretación de los contratos en general", y en especial del de sociedad, en Revista *Forense* N° 77, Quito, 1923.

BORRERO VEINTIMILLA, Antonio, "La situación tributaria de los contratos de cambio, a mutuo, contratos hipotecarios", en Anales *de la Universidad de Cuenca*, N° 2, Cuenca, 1961.

BUSTAMANTE CÁRDENAS, Diego, "Arrendamiento rural (alegato)", en Revista *de Derecho*, N° 4, Quito, 1964.

BUSTAMANTE MUÑOZ, René, *Código Civil con jurisprudencia*, vol. III, en dos tomos, Quito, 1960.

CAMUS, E.F., *Código Civil explicado*, 2 vol., La Habana, 1944.

CASARES, Carlos, *Alegato sobre depósito de cosas fungibles*, Gaceta Judicial, Serie VI, N° 7, Quito, 1941.

CASSIS USCOCOVICH, Nicolás, *Comentarios del articulado de la Ley de Compañías*, Guayaquil, 1973.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español*, Madrid, 1958.

CEVALLOS, LEÓN, J., *Sustanciación especial para el remate de prendas*, Quito, Imprenta Municipal, 1916.

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*, 8 vol., 18 tomos, Santiago, 1979.

CORNEJO COSTAS, Emilio, *Derecho Societario*, Buenos Aires, 1975.

CORNEJO ROSALES, Ricardo, "Denominación de las compañías", en *Memoria de la Superintendencia de Compañías*, Quito, 1979.

CORONEL JONES, César, "Concurrencia de hipoteca con prenda agrícola e industrial", en Revista *de Estudios Jurídicos de la Universidad Católica de Guayaquil*, N° 2, Guayaquil, 1980.

CORONEL JONES, César, *La simulación de los actos jurídicos*, Bogotá, 1989.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR, *Gaceta Judicial*, Quito, 1902-2001.

CUEVA CARRIÓN, Luis, *Los intereses en la legislación ecuatoriana*, Cuenca, 1988.

CRESPO TORAL, Remigio, *En el terreno de la transacción internacional*, Revista del Centro de Estudios Históricos y Geográficos, 9ª Entrega, Cuenca, 1923.

CUEVA GARCÍA, Manuel B., *Hipoteca de bienes de la mujer casada*, Quito, imprenta del Ministerio de Gobierno, 1937.

DÁVILA TORRES, César, "Lo que va de empresa a compañía", en Revista *Forense*, XI-XII, 3ª Época, Quito, 1982.

DEGNI, Francisco, *La compraventa*, Madrid.

DELGADO CEVALLOS, Vicente, "Impuesto a la renta sobre cédulas hipotecarias", en Revista *de Derecho*, vol. X, Quito, 1967.

DÍAZ GARAICOA, Primo, *La hipoteca en el Código Civil ecuatoriano*, Guayaquil, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Contratos*, Madrid, 1999.

DUNN BARREIRO, John, *Legislación civil y comercial de las sociedades y compañías de comercio en el derecho positivo ecuatoriano*, Guayaquil, 1968.

EGAS, Julio, "La hipoteca y la prenda", en Anales *de la Universidad Central del Ecuador*, N° 337, Quito, 1954.

ESPÍNDOLA PINO, César, *Los daños y perjuicios causados a la industria,* Guapán, Quito, 1974.

FALCONÍ PUIG, Juan, *Ley de Compañías, Costo de formación e índice alfabético*, Quito, 1980.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Carmen, *La compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.

FRANCO CRUZ, Milton, "La prenda comercial ordinaria", en Revista de *la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil*, Guayaquil, 1968.

FRANCO, Nécker, *La Legislación ecuatoriana de Compañías*, Machala, 1987.

FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, 8 vol., Santiago, 1964.

GEIGER FRIEDBERG, Carol, "La prenda especial de comercio y los derechos de los otros acreedores", en Revista *de Derecho*, N° 34, Quito, 1974.

GEIGER FRIEDBERG, Carol, "Prenda sobre acciones de compañías anónimas", en Revista Jurídica *de la Universidad de Guayaquil*, N° 2, Guayaquil, 1990.

GÓMEZ AMADOR, Luis Esteban, "Requisitos para la fundación de compañías especiales y para la aprobación de capital", en Revista *Jurídica de la Universidad de Guayaquil*, Guayaquil, 1992.

GUZMÁN LARA, Aníbal, *Diccionario explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano*, Quito, 1994.

HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel, "El Contrato de Transacción", en Revista *de la Universidad Católica de Guayaquil*, N° 2, Guayaquil, 1990.

JOSSERAND, Luis, *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1952.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros catedráticos, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1999.

LARREA HOLGUÍN, Carlos, *La representación*, Quito, 1954.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Repertorio de Jurisprudencia*, 56 vol.; desde el vol. 30 con la colaboración de José María Vázquez, José Dueñas Ibarra y otros, Quito, 1978-2004.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Código Civil con jurisprudencia*, 82ª Edición, Quito, 2000.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Eclesiástico*, 3ª Edición, Quito, 1999.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Internacional Privado*, 5ª Edición, Quito, 1998.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Constitucional*, 6ª Edición, 2 vol., Quito, 2000.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Historia del Derecho Ecuatoriano*, Guayaquil, 1996.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Índice de la Legislación Ecuatoriana de 1822 a 1996*, 4 vol., y anexos anuales, hasta 2004.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Bibliografía Jurídica del Ecuador*, 4ª Edición, Quito, 2003.

LARREA HOLGUÍN, Juan, *Índice analítico del Código Civil*, 2ª Edición, Quito, 2000.

LORENZETTI, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, 4 vol., Buenos Aires, 2000.

MACÍAS HURTADO, Miguel, "El secuestro de naves extranjeras", en Revista *de Derecho*, N° 19-20, Quito, 1969.

MANCERO CARRASCO, Hugo, "El condominio de la sociedad", en Revista *de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 29-31, Quito, 1952.

MARTÍNEZ ESPINOSA, Jaime, "Remate de prenda mercantil", en Revista de Derecho, N° 26-27, Quito, 1971.

MAZEAUD, Jean, Henri et Léon, *Derecho Civil*, 12 vol., Buenos Aires, 1965.

MESA BARROS, Ramón, *Manual de la sucesión por causa de muerte y la donación entre vivos*, Santiago, 1959.

MURRIETA, Katia, "Consideraciones sobre el contrato de promesa de compraventa de bien raíz", en Revista *Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, N° 9, Guayaquil, 1994.

NAVAS, Manuel, "La Prenda en el Ecuador", en Anales *de la Universidad Central*, N° 66-68, Quito, 1918.

NOBOA ELIZALDE, Gonzalo, "El contrato de transacción", en Revista *Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, N° 1991-4, Guayaquil, 1991.

ORDÓÑEZ ZAMORA, Aurelio, "La lesión enorme", en Revista *de la Academia de Abogados del Azuay*, N° 6, Cuenca, 1948.

ORTEGA TORRES, Jorge, *Código Civil con Jurisprudencia*, 8ª Edición, Bogotá, 1992.

PALACIO, Pablo, *Nulidad del contrato de sociedad, (Alegato)*, Gaceta Judicial Serie VI, N° 9, Quito, 1941.

PAZ Y MIÑO, Oswaldo, *La Caución en el Derecho Civil Ecuatoriano*, Quito, 1992.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, "La situación de las sociedades extranjeras en el Ecuador", en Revista *Forense*, N° 2, Quito, 1913.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, *Arrendamiento de Predios rústicos*, Gaceta Judicial, Serie X, N° 9, Quito, 1965.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, *Transacción. Condición resolutoria*, Gaceta Judicial, Serie X, N° 9, Quito, 1965.

PÉREZ ECHANIQUE, José María, *De las Sociedades*, Anales de la Universidad Central, Nueva Serie, Quito, 1917.

PINO, Leopoldo, *Ilegalidad de la hipoteca de inmuebles de la mujer casada*, Gaceta Judicial, Serie VII, N° 11, Quito, 1950.

PLANIOL, M. Y RIPERT, G., *Tratado de Derecho Civil Francés*, 15 vol., México, 1980.

PONCE BORJA, Alejandro, *Continuación y renovación tácita del arrendamiento*. Quito, 1933.

PONCE Y CARBO, Alejandro, *Expropiación de predios rústicos a favor de arrendatarios*, Revista de Derecho N° 26, Quito, 1971.

PUIG BRUTAU, José, *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1981.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, 6 vol., ed. 2ª, Pamplona, 1972.

RAMÍREZ, Rafael Alberto, "Algo sobre depositarios judiciales", en Revista *Forense*, Nueva Serie, N° 6, Quito, 1956.

REZZONICO, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, 3ª Edición, 2 vol., Buenos Aires, 1967.

ROCA OSORIO, Miguel, "La autonomía, el aval y la accesoriedad de la fianza", en Revista *de Derecho*, N° 14, Quito, 1968.

ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Barcelona, 1997.

SALGADO VALDEZ, Roberto, *Compañías y entidades extranjeras en el Ecuador*, Quito, 2001.

SALGADO VALDEZ, Roberto, *Manual de Derecho Societario*, 2ª Edición, Quito, 1988.

SALGADO VALDEZ, Roberto, *Obligaciones y responsabilidades de administradores de compañías*, Quito, 1991.

SÁNCHEZ GRANADOS, A. A., *Breves consideraciones sobre la hipoteca y el derecho hipotecario*, Guayaquil, imprenta Universidad, 1930.

SANTOS C. Eduardo, "El papel de la transacción en el Derecho Mexicano del Trabajo", Jurisprudencia ecuatoriana, en Revista *de Derecho Social Ecuatoriano*, N° 2, Quito, 1952.

SILVA, Rafael Euclides, *Las compañías anónimas*. Guayaquil, 1967.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Santiago, 1943.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Las Obligaciones y Contratos ante la Jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1939.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, *Resumen de la legislación societaria ecuatoriana (15 años)*, en Memoria de la Superintendencia, 1964-1979.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, *Doctrinas jurídico-societarias de la Superintendencia de Compañías*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Los Contratos Civiles*, 5ª Edición, México 1995.

VÁZQUEZ, Juan Bautista, *Continuación de la sociedad industrial (Alegato)*, Gaceta Judicial, Serie VI, N° 8, Quito, 1941.

VERNAZA QUEVEDO, Miguel, *El contrato de compraventa con reserva de dominio en el derecho ecuatoriano*, Quito, 1986.

WEBB, Gran H. *Contracts*, Nueva York, 1970.

ZAMBRANO, Miguel Ángel, *Efectos de la mora en los contratos bilaterales*. Anales de la Universidad Central, t. IV, Quito, 1930.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

346 Larrea Holg
L333
V.8 Manual Elem

Derecho Civil del

FECHA	NO

ESTE LIBRO ES
SU VENTA ES PENADA

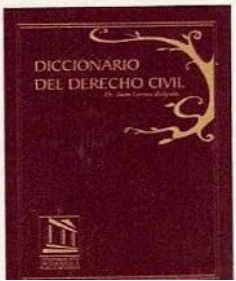
Esta obra se complementa con:

Código Civil
2 tomos

Legislación Civil
Doctus

Jurisprudencia Especializada
Civil-Mercantil

Diccionario del Derecho Civil



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Dentro de la Legislación Ecuatoriana tenemos varios tipos de contratos que regulan las obligaciones recíprocas entre las partes. El arrendamiento según el artículo 1856 del Código Civil es "un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio; y la otra, a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales".

En esta definición se destacan las características esenciales del arrendamiento que son: contrato bilateral, conmutativo o sinalagmático, simplememte consensual, no solemne y oneroso; así como también las tres figuras principales de arrendamiento: cosas, servicios y obras.

La finalidad específica de este contrato consiste en permitir que una persona disfrute de una cosa que no le pertenece, sin producir transferencia de dominio de la cosa y ni siquiera alterar la situación posesoria.

La existencia de un precio es indispensable para que haya contrato de arrendamiento, ya que sin él, se convertiría en un comodato.

Nuestro Código Civil en el artículo 2077 define al Comodato como "un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.
Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa". De este concepto sobresalen los siguientes caracteres del contrato de préstamo de uso: es un contarto real, generalmente gratutito, y no tranfiere el dominio.

Derecho de autor: 029914: 30-oct-2008
Obra Completa: 9978-86-800-3: 31-oct-2008
ISBN No. 9978-86-810-2: 31-oct-2008

Tiraje: 1.000 ejemplares

Precio: US $ 30.00

Quito: Acuña E2-02 y Agama, Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-694 2232-696 / Fax: (593-2) 2226-256 / Apartado 172100186 E-mail: cepl@accessinter.net / ventas@cep.org.ec

Guayaquil: Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando. Centro Comercial Garzocentro 2000. Ofic. 901, Telf. (593-4) 2279-035

Cuenca: Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero, Telf. (593-7) 2837-281