

CURSO DE DERECHO MERCANTIL

Dr. Carlos M. Ramírez R.



UTPL

La Universidad Católica de Loja

CURSO DE DERECHO MERCANTIL

Dr. Carlos M. Ramírez Romero

CURSO DE DERECHO MERCANTIL

Autor:

Dr. Carlos M. Ramírez Romero

Diagramación, diseño e impresión:

EDILOJA Cía. Ltda.

Telefax: 593-7-2611418

San Cayetano Alto s/n

www.ediloja.com.ec

edilojainfo@ediloja.com.ec

Loja, Ecuador

ISBN digital - 978-9942-25-541-9

Reservados todos los derechos conforme a la ley. No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

14 de Octubre, 2019

Índice

Introducción.....	23
PRIMERA PARTE. NOCIONES DE DERECHO MERCANTIL	25
Capítulo 1. NOCIONES DE DERECHO MERCANTIL	25
1. Aspectos generales.....	25
2. Corrientes doctrinarias sobre el concepto de Derecho Mercantil.....	27
3. Actos de comercio	29
4. Diferencias entre la Legislación Civil y la Legislación Mercantil.....	31
5. Tendencias actuales sobre la Legislacion Civil y Mercantil	33
SEGUNDA PARTE. DE LOS TÍTULOS VALOR, DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS Y DE LOS TÍTULOS DE EJECUCIÓN.....	35
Título 1. DE LOS TÍTULOS VALOR	35
1. Generalidades.- Concepto. Importancia de los Títulos Valor	35
2. Características de los Títulos Valores	38
3. Clasificación de los Títulos Valor	43
4. Títulos de Legitimación.....	49
5. La desmaterializacion e inmaterializacion de los Títulos Valor	50
Título 2. DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS Y DE LAS OBLIGACIONES EJECUTIVAS	53

Capítulo 1. ASPECTOS GENERALES	53
1. Qué pretensiones se pueden tramitar en procedimiento ejecutivo?	53
2. Qué títulos son ejecutivos?	54
3. Cuáles son los elementos que tipifican o dan el carácter de ejecutivos a ciertos titulos?	58
Capítulo 2. DE LA LETRA DE CAMBIO	59
1. Antecedentes históricos.- Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.-.....	59
1.1. Antecedentes históricos.....	59
1.2. Concepto.....	60
1.3. Requisitos.....	61
1.4. Naturaleza.- Caracteres.....	76
2. De la aceptación	77
2.1. Concepto.-	77
2.2. Presentación a la aceptación	77
2.3. Hasta cuándo y en qué lugar debe ser presentada la letra de cambio para su aceptación?	79
2.4. Efectos de la presentación y de la no presentación de la letra.	80
2.5. Formalidades y exigencias para la aceptación. -.....	81
2.6. Efectos de la aceptación y su denegación	83
2.7. Revocatoria de la aceptación.....	84
3. Del Endoso	84
3.1. Concepto.....	84
3.2. Quien puede endosar y a favor de quien puede hacerse el endoso.- Endoso a favor del girado aceptante	86
3.3. Clasificación del endoso	87
3.4. Reglas sobre el endoso.....	94
3.5. Efectos del endoso	96
3.6. El endoso y la cesión de créditos.....	97

4.	Del Aval	104
4.1.	Función económica. Concepto. Naturaleza.....	104
4.2.	Quién puede ser avalista?.....	105
4.3.	Formalidades y Requisitos del Aval.....	105
4.4.	Sujetos del aval.- Por cuenta de quién se puede dar el aval.....	106
4.5.	Responsabilidad del aval.....	106
4.6.	Hasta que momento se puede dar el aval.....	107
4.7.	Qué garantiza el aval.....	107
4.8.	Efectos del Aval. Obligaciones del avalista.....	107
4.9.	Efectos que genera el aval cuando la letra es pagada por el avalista.....	109
4.10.	Caracteres del aval.....	109
5.	Del Vencimiento.....	110
5.1.	Modos.....	110
5.2.	Vencimientos sucesivos.....	112
5.3.	Falta de indicación del vencimiento.....	112
5.4.	Cláusula de aceleración de pagos.....	113
5.5.	Modificación del vencimiento.- Renovación cambiaria.- Prórroga de vencimiento.....	113
5.6.	Determinación del vencimiento.....	114
6.	Del Pago	116
6.1.	Concepto.....	116
6.2.	Cuándo debe ser presentada la letra para el pago?....	116
6.3.	Cuándo debe efectuarse el pago?.....	116
6.4.	Quién puede hacer la presentación de la letra para el pago.....	117
6.5.	Lugar de pago.....	117
6.6.	Presentación para el Pago.....	117
6.7.	Pago antes del vencimiento.....	118
6.8.	Efectos del pago de la letra de cambio.....	118
6.9.	Pago por un avalista.....	119

6.10. Pago por consignación.....	119
6.11. Pago en Moneda Extranjera.....	120
6.12. Pagos parciales. Facilidades para el pago.....	120
6.13. Legitimación activa y pasiva para el pago de la letra de cambio.	120
7. El Pago Forzoso de la Letra.- De las acciones cambiarias y de las acciones extracambiarias.- Otras Acciones.....	121
7.1. Acción cambiaria.....	121
7.2. Acciones extracambiarias.....	126
7.3. Prórroga del plazo por fuerza mayor.....	128
7.4. Pérdida o destrucción de la letra.....	129
8. Del Protesto	130
8.1. Concepto.....	130
8.2. Quién debe efectuarlo y cuáles son sus efectos.	130
8.3. Clases de Protesto.....	130
8.4. Funciones del Protesto.....	132
8.5. Efectos del protesto.....	132
8.6. Cláusula “sin protesto”.....	133
8.7. Forma de realizar el protesto.	134
8.8. Aviso de la falta de aceptación o de pago (del protesto).	134
9. De la Solidaridad Cambiaria.	135
9.1. Concepto.- Naturaleza.....	135
9.2. Repetición contra garantes y demás obligados.....	137
9.3. Derechos de quien paga al portador.....	137
10. La resaca.....	138
11. Caducidad de los derechos contra endosantes, girador y demás obligados.....	138
11.1. Caducidad y prescripción.	138
11.2. Casos de fuerza mayor.....	141

12. Perdida o destrucción de la letra de cambio.....	142
13. De la Intervención.....	143
13.1. Concepto.....	143
14. De la pluralidad de ejemplares.....	144
15. De las copias.....	144
16. De la falsificación y de las alteraciones de la letra de cambio.....	145
17. De la prescripción.....	147
17.1. Concepto.....	147
17.2. Plazos de Prescripción.....	147
17.3. Excepciones.....	148
17.4. Interrupción de la prescripción.....	149
18. Disposiciones generales sobre la letra de cambio.....	150
19. De los conflictos de leyes.....	151
20. De la letra de cambio en blanco.....	154
21. De la letra de cambio en garantía	156
22. Letra de cambio girada o aceptada por un mandatario o representante legal	157
23. Intereses.....	160
23.1. Aspectos generales.....	160
23.2. Intereses de Intereses.....	162
23.3. Intereses Reajustables.-	163
Capítulo 3. DEL PAGARE A LA ORDEN	167
1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza	167
1.1. Concepto.- Función económica.....	167
1.2. Requisitos.....	168
1.3. Naturaleza	172
2. Diferencias sustanciales entre la letra de cambio y el pagare a la orden.....	172
3. Disposiciones relativas a la letra de cambio aplicables al pagare	174

4. Disposiciones de la letra de cambio no aplicables al pagare a la orden.....	175
Capítulo 4.DEL CHEQUE	181
1. Definicion.- Funcion economica.- Requisitos.-	
Naturaleza.....	181
1.1. Definiciones.	181
1.2. Requisitos.....	181
1.3. Naturaleza.....	189
1.4. Intereses	189
2. Del Endoso	190
2.1. Naturaleza y condiciones del endoso:.....	190
2.2. Quién puede endosar un cheque?.	191
2.3. Limitaciones a la circulación de cheques.....	191
2.4. Qué no se considera endoso?.....	191
2.5. Endoso con posterioridad al protesto.	191
2.6. En favor de quien puede hacerse el endoso.....	192
2.7. Formalidades del endoso.	192
2.8. Efectos del endoso.....	192
2.9. Prohibiciones sobre giro, endoso y pago de cheques..	193
2.10. Cheques no transferibles por endoso.	194
3. De la presentacion y del pago	195
3.1. De la presentación del cheque para el pago	195
3.2. Pago de un cheque girado a favor de una institución pública.....	196
3.3. De las acciones por falta de pago.- Del Protesto.....	196
3.4. Ordenes de no pago de cheques.	200
3.5. Causales para la falta de pago.....	210
3.6. Validez del cheque.....	210
4. Clases de cheques	210
4.1. De los cheques regulares.....	210
4.2. De los cheques irregulares.	215

4.3. Modalidades de cheques no reconocidas por la legislación ecuatoriana.....	222
5. Acciones judiciales.....	224
5.1. Acciones civiles.....	224
5.2. Acciones penales.....	227
6. De la Prescripción.....	227
Capítulo 5.DE LAS OBLIGACIONES “EJECUTIVAS”...	228
1. Concepto y Elementos.....	228
2. Requisitos.....	228
3. Vencimientos Sucesivos.....	231
4. Causa de la Obligación.....	231
5. De las obligaciones solidarias.....	232
5.1. Aspectos generales.....	232
5.2. Solidaridad cambiaria y solidaridad civil.	233
6. Conflicto de leyes	235
Título 3. DEL DERECHO DE EJECUCION Y DE LOS TITULOS DE EJECUCION	237
Capítulo 1.DEL DERECHO DE EJECUCION.....	237
1.1. Naturaleza	237
1.2. Principios	237
1.3. Ejecución de sentencias.....	238
1.4. Ejecución forzosa	240
Capítulo 2.DE LOS TÍTULOS DE EJECUCIÓN Y DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.....	241
2.1. Aspectos generales.- Características.....	241
2.2. De los procedimientos de ejecución	244

TERCERA PARTE. DE LAS GARANTÍAS.....	251
Capítulo 1. ASPECTOS GENERALES SOBRE GARANTÍAS	251
1.1. El Derecho de Prenda General.....	251
1.2. Garantia y Caucion	252
1.3. Clases de Garantias.....	253
Capítulo 2. DE LA FIANZA.....	253
2.1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.....	253
2.2. Clases de Fianza.....	257
2.3. Obligación de Constituir Fianza.	261
2.4. Efectos de la Fianza	261
2.5. Que clase de obligaciones pueden afianzarse y bajo que forma	269
2.6. Alcance de la Fianza	269
2.7. De la Extincion de la Fianza.....	270
Capítulo 3. DE LA SOLIDARIDAD PASIVA	278
3.1. Aspectos Generales	278
3.2. Que clase de obligaciones pueden ser solidarias?.....	289
3.3. Se requiere de unidad de tiempo y lugar en la constitución de las obligaciones solidarias?.....	289
3.4. Divisibilidad de la Obligación Solidaria.....	290
3.5. Efectos de la solidaridad.....	291
3.6. De la extincion de las obligaciones solidarias y de la extincion de la solidaridad.....	307
Capítulo 4. DE LA CLAUSULA PENAL	316
4.1. Concepto.....	316
4.2. Caracteristicas.....	316
4.3. Clausula penal enorme.....	318
4.4. Medios de pago de la clausula penal.....	320

4.5. Exigibilidad de la clausula penal.....	320
4.6. Clausula penal en un contrato.....	321
Capítulo 5.DE LA PRENDA.....	323
5.1. Concepto.-Naturaleza.- Caracteristicas	323
5.2. Clases de prenda.....	324
5.3. Contrato de Prenda Aeronáutica.....	342
Capítulo 6.DE LA HIPOTECA.....	343
6.1. Concepto.....	343
6.2. Caracteristicas	344
6.3. Requisitos para la existencia y perfeccionamiento del contrato de hipoteca	345
6.4. Contratos hipotecarios celebrados en nacion extranjera.....	346
6.5. Concurrencia de acreedor y deudor por escrituras separadas. Declaracion unilateral del que la constituye	346
6.6. La hipoteca es un principio de enajenacion.....	347
6.7. Indivisibilidad de la hipoteca.....	348
6.8. Requisitos para la celebracion del contrato de hipoteca.....	349
6.9. Bienes susceptibles de hipotecarse y bienes a los que se extiende.	350
6.10. Hipoteca de Cuota.....	354
6.11. Hipoteca de bienes raices que se poseen en usufructo e hipoteca sobre un usufructo	355
6.12. Hipoteca de cosa ajena	355
6.13. Bienes embargado	356
6.14. Hipoteca legal	356
6.15. Efectos de la Hipoteca	356
6.16. Pluralidad de Hipotecas	360
6.17. Extinción de la Hipoteca.....	360

6.18. Hipoteca Abierta.....	362
6.19. HIPOTECA NAVAL.....	379
6.20. HIPOTECA AERONÁUTICA.....	380
CUARTA PARTE. CONTRATOS MERCANTILES	383
Capítulo 1. CARACTERISTICAS JURÍDICO-ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS.....	383
1.1. Unilateral	383
1.2. Bilateral.....	383
1.3. Gratuito	384
1.4. Oneroso.....	384
1.5. Conmutativo	384
1.6. Aleatorio	384
1.7. Principal.....	384
1.8. Accesorio.....	385
1.9. Real	385
1.10. Solemne	385
1.11. Consensual.....	385
1.12. De trato sucesivo	385
1.13. Contratos de ejecución instantánea.....	386
Capítulo 2. CONTRATO DE MUTUO O PRESTAMO DE CONSUMO	386
2.1. Concepto.....	386
2.2. Características	387
2.3. Formalidades.....	388
2.4. Obligaciones y derechos del mutuario.....	388
2.5. Obligaciones del mutuante.....	389
2.6. Plazo para la restitución de la cosa dada en mutuo....	389

Capítulo 3. CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO MERCANTIL.....	397
3.1. Antecedentes.....	397
3.2. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.....	398
3.3. Derechos y obligaciones de las partes.....	403
3.4. Arrendamiento de bienes que deben importarse	406
3.5. Seguro de los bienes arrendados.....	406
3.6. Base imponible para impuestos	406
3.7. Transferencia de los derechos del arrendatario mercantil	406
3.8. Modalidades del leasing	406
3.9. Ventajas del Leasing.....	409
Capítulo 4. DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.....	409
4.1. Antecedentes.....	409
4.2. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.	410
4.3. Derechos y Obligaciones de las Partes	417
4.4. Del Patrimonio Autonomo	421
4.5. Terminacion del Contrato de Fideicomiso.....	423
4.6. Encargo Fiduciario.....	424
4.7. Efectos del Contrato de Fideicomiso Mercantil	424
4.8. Modalidades de Fideicomiso.....	425
Capítulo 5. DEL CONTRATO DE VENTA CON RESERVA DE DOMINIO	426
5.1. Antecedentes.-	426
5.2. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.....	426
5.3. Derechos y Obligaciones de las Partes.....	433
5.4. Acciones a que tiene derecho el Vendedor.....	435

Capítulo 6. EL CONTRATO DE VENTA DE CARTERA O FACTORING	445
6.1. Antecedentes.....	445
6.2. Concepto.- Requisitos o Elementos.- Naturaleza....	446
6.3. Modalidades del Factoring.....	449
6.4. Derechos y Obligaciones de las Partes	451
6.5. Qué operaciones no constituyen factoring	453
Capítulo 7. CONTRATO DE UNDERWRITING.....	453
7.1. Antecedentes.....	453
7.2. Concepto.- Requisitos. - Naturaleza	454
7.3. Obligaciones de las Partes	457
7.4. Que valores son objeto del Underwriting?.....	458
7.5. De las modalidades del contrato de Underwriting....	458
7.6. Que ventajas ofrece el Underwriting?.....	458
Capítulo 8. EL CONTRATO DE AGENCIA.....	459
8.1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.....	459
8.2. Facultades, obligaciones y prohibiciones de las partes.....	463
8.3. Terminación del contrato de agencia.....	465
Capítulo 9. CONTRATO DE DISTRIBUCION O “CONCESION” MERCANTIL	467
9.1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza	467
9.2. Derechos y obligaciones de las partes	470
9.3. Prohibiciones.....	471
9.4. Modalidades y reglas sobre abastecimiento y comercialización de los productos	471
9.5. Causas y efectos de la terminación del contrato de distribución	473

Capítulo 10. FRANCHISING O CONTRATO SOBRE FRANQUICIAS	475
10.1. Antecedentes.- Origen.....	475
10.2. Concepto.....	476
10.3. Naturaleza jurídica	477
10.4. Elementos del contrato	478
10.5. Características jurídico-estructurales del contrato.....	481
10.6. Modalidades de franchising	481
10.7. Derechos y obligaciones de los contratantes.....	482
10.8. Causas y efectos de la terminación del contrato sobre franquicias.....	485
Capítulo 11. CONTRATO DE PERMISO DE USAR CONOCIMIENTO O KNOW-HOW	487
11.1. Antecedentes.- Origen.....	487
11.2. Concepto.....	488
11.3. Naturaleza jurídica	489
11.4. Elementos jurídico-estructurales.....	489
11.5. Características jurídico-estructurales del contrato.....	490
11.6. Derechos y obligaciones de las partes.....	490
Capítulo 12. LA EMPRESA CONJUNTA O JOINT-VENTURE.....	493
12.1. Antecedentes.....	493
12.2. Concepto.- Naturaleza	494
12.3. Caracteristicas Jurídico-Estructurales	495
12.4. Elementos del Contrato	495
12.5. Derechos y Obligaciones de las Partes.....	496
12.6. Estructura de la Direccion, Administracion y Control de la Empresa Conjunta	497
12.7. Responsabilidad de los Coasociados.....	497
12.8. Disolucion y liquidacion de la empresa conjunta.....	498
12.9. Ventajas del contrato de Joint-Venture.....	499

Capítulo 13.CONTRATOS ATIPICOS.....	500
13.1. Contrato de Swap	500
13.2. Contrato de Pool.....	502
13.3. Renting	504
13.4. Engineering	504
13.5. Countertrade.....	506
13.6. Management	506
13.7. Sponsorship.....	507
13.8. Merchandising	507
13.9. Contrato de Outsourcing.....	508
13.10. Forfaiting	509
13.11. Forward.....	510
13.12. Confirming	511
Capítulo 14.CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS.....	513
14.1. Normativa	513
14.2. Ámbito de aplicación de la Convención.....	513
14.3. Qué aspectos del contrato regula la convención. Aplicación.	515
14.4. Interpretación de la Convención y del contrato.....	516
14.5. Requisitos de forma	517
14.6. Formación del contrato	518
14.7. Obligaciones del vendedor y obligaciones del comprador.....	519
14.8. Acciones por incumplimiento	521
14.9. Resolución del contrato.....	523
14.10. Indemnización de daños y perjuicios.....	525
14.11. Los Incoterms (International Commerce Terms) ...	526

Dr. Carlos M. Ramírez Romero

- Doctor en Jurisprudencia, Abogado, y Licenciado en Ciencias Sociales, Políticas y Económicas.
- Asesor Jurídico del Banco La Previsora en Loja.
- Profesor de: Código Civil III, Código del Trabajo, Legislación Mercantil y Societaria, Derecho Empresarial y Financiero, Legislación Laboral y Social, Práctica Societaria, en la Universidad Particular de Loja (Modalidad Presencial y Abierta).
- Especialista y Magíster en Derecho Empresarial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ministro Interino de la Corte Superior de Justicia de Loja.
- Conjuez de la H. Corte Superior de Justicia de Loja y de Zamora Chinchipe.
- Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Loja.
- Juez de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.
- Presidente de la Corte Nacional de Justicia de Transición, 2011.
- Presidente del Colegio de Abogados de Loja.
- Miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.
- Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

OBRAS DEL AUTOR:

- Derecho Empresarial Ecuatoriano. -Loja, UTPL, 1987.
- La Compañía de Responsabilidad Limitada. -Loja, PREDESUR, 1989.

- Manual de Práctica Societaria, 1995.
- Curso de Legislación Empresarial. – Loja, PREDESUR, 1998.
- De los Títulos Ejecutivos. – Loja, Industrial GraficAmazonas,1999.
- Curso de Derecho Societario. – 2 V.3a.Ed. UTPL,2003.
- Curso de Legislación Societaria. – Loja, UTPL, 3a. Ed.2008.
- Curso de Legislación Mercantil. – Loja, Industrial GraficAmazonas 3a. Ed. 2008.
- Manual de Práctica Societaria. Loja, Industrial GraficAmazonas 4a. Ed. 2008.
- Derecho Societario para Especialidad en Derecho Empresarial, Universidad Técnica Particular de Loja.
- Manual de Práctica Societaria, para Maestría en Derecho Empresarial, Universidad Técnica Particular de Loja.
- Derecho Sucesorio, Instituciones y Acciones.

Introducción

La letra de cambio, el pagaré a la orden, el cheque, son títulos privilegiados, dotados por la Ley de especiales características que aseguran eficacia en el ejercicio de los derechos del titular; y, ello permite un confiable uso de estos títulos, su circulación, y facilita las transacciones mercantiles. Asimismo, en la actividad bancaria y empresarial en general es cuotidiano y obligado el uso y constitución de garantías personales y reales, como la fianza, solidaridad pasiva, prenda e hipoteca, así como la utilización de ciertos contratos mercantiles, como el mutuo o préstamo de consumo, del contrato de leasing o arrendamiento mercantil, del contrato de fideicomiso mercantil, del contrato de venta con reserva de dominio, del contrato de factoring, del contrato de underwriting, etc.

El uso común de los títulos y contratos en mención, por una parte; y, por otra, la relativa complejidad de las normas que los rigen, amerita su análisis, principalmente para sistematizar las normas, conocimientos y comentarios sobre los mismos. Y eso es lo que pretende este Libro: Contiene un análisis de la legislación ecuatoriana sobre cada uno de los títulos y contratos, con base en la doctrina y jurisprudencia.

La creación y la circulación de estos títulos tiene implicaciones principalmente en materia mercantil, civil, penal.

Estos títulos y contratos aparentemente sencillos y fáciles de manejar y utilizar, en la práctica y en su aplicación presentan variados casos e incidencias jurídicas que para resolverlas necesitamos del análisis de la Ley y del apoyo de la doctrina y jurisprudencia, como he dicho anteriormente.

He tratado de realizar un comentario sencillo y práctico, porque aspiro a llegar no solamente al estudiante y profesional del derecho, de contabilidad, auditoría, administración, banca, sino también a los empresarios y ciudadanos que no tienen esta formación profesional y que asimismo diariamente los utilizan.

El Curso de Derecho Mercantil tiene los siguientes contenidos: Primera Parte: Nociones del Derecho Mercantil.- Segunda Parte: De los títulos valores, de los títulos ejecutivos: letra de cambio, pagaré a la orden, cheque; de las obligaciones ejecutivas; de los títulos de ejecución.- Tercera Parte: De las garantías personales: fianza, solidaridad pasiva, cláusula penal; y, de las garantías reales: prenda e hipoteca.- Cuarta Parte: De los contratos mercantiles: Del mutuo o préstamo de consumo, del contrato de leasing o arrendamiento mercantil, del contrato de fideicomiso mercantil, del contrato de venta con reserva de dominio, del contrato de factoring, del contrato de underwriting, agencia, del contrato de joint-venture, know how, swap, pool, franchising, renting, engineering, countertrade, distribución, management, sponsorship, merchandising, agencia, outsourcing, forfaiting, forward, confirming; contrato de compraventa internacional de mercaderías.

PRIMERA PARTE

NOCIONES DE DERECHO MERCANTIL

Capítulo 1. NOCIONES DE DERECHO MERCANTIL

1. Aspectos generales

Al iniciar el estudio de la legislación mercantil la primera pregunta que surge es: Qué relaciones jurídicas están sometidas a las normas mercantiles?; lo que a la vez conlleva a determinar el concepto de derecho mercantil. No es posible un concepto de derecho mercantil válido para todos los tiempos; pues en cada época se produce mutabilidad de las materias que se consideran propias del derecho mercantil. En la evolución histórica del derecho mercantil se puede distinguir tres etapas: a) En la Edad Media el derecho mercantil nace como derecho subjetivo, en cuanto estaba constituido por las normas que se aplicaban a las relaciones profesionales entre los miembros de las corporaciones y de los gremios mercantiles; b) la segunda etapa es la del derecho objetivo, que se concreta en el Código de Comercio de Napoleón, que concibió que el derecho mercantil se sustentaba en el acto o contrato de comercio, sin

consideración a la condición de las personas que lo realizan; c) la tercera etapa es la del derecho mercantil como derecho de la empresa y del tráfico en masa.

En el análisis de este asunto nos encontramos también con que las operaciones mercantiles tienen vínculos con las operaciones civiles; y, ya en el campo del derecho positivo, algunos contratos están regulados tanto en el campo civil como el mercantil, por el Código Civil y el Código de Comercio, respectivamente; como por ejemplo: compraventa, arrendamiento, permuta, cesión de derechos, prenda, fianza. Más aún, en el caso de las compañías que se constituyen bajo la regulación de la Ley de Compañías, son mercantiles por la forma, aunque tengan un objeto civil.

Asimismo, el derecho mercantil ha experimentado la ampliación progresiva en el campo de las relaciones que comprende: se ha involucrado a la agricultura, la industria, la banca; y, cada vez el ingenio humano hace surgir nuevas figuras jurídicas y contratos, como el factoring, el leasing, underwriting, joint venture, know how, swap, pool, franchising, renting, engineering, countertrade, distribución, management, sponsorship, merchandising, agencia, outsourcing, forfaiting, forward, confirming.

Con la ampliación de las relaciones reguladas por la legislación mercantil surge el fenómeno de la configuración de ramas del derecho mercantil: como el derecho cambiario, de seguros, societario, bancario.

El campo de aplicación del derecho mercantil ha desbordado los límites del puro y simple comercio entendido como la intermediación profesional entre productores y consumidores, en forma reiterada y con fines de lucro. Es decir, el derecho mercantil no es sólo el derecho del comercio

Se ha producido también una evolución de la actividad económico-comercial individual a la actividad de las empresas sociales, con tendencia a la concentración de la producción y

comercialización en grandes empresas. El derecho mercantil ya no es el derecho de una clase profesional solamente, sino el derecho de las empresas.

2. Corrientes doctrinarias sobre el concepto de Derecho Mercantil

Por la dificultad que existe en la determinación del límite de lo civil y mercantil, por los cambios en las relaciones que comprenden, han surgido varias corrientes doctrinarias sobre la conceptualización del derecho mercantil, de las que a continuación reseñamos las siguientes:

1^a. Corriente subjetiva.- La concepción subjetiva del derecho mercantil concibe a esta rama del derecho como un sistema jurídico de carácter profesional, exclusivamente aplicable a los comerciantes, creado por ellos mismos a través de la costumbre en las transacciones. Esta corriente tuvo su predominio hasta la Revolución Francesa, con cuyo acontecimiento la Asamblea Nacional Francesa (1.791) eliminó los privilegios de castas, entre ellas las de los comerciantes. En resumen, esta doctrina proclama que el derecho mercantil es el derecho de los comerciantes.

2^a. Corriente objetiva.- Con la eliminación de las corporaciones medievales de los comerciantes y la proclamación de la libertad de comercio, se concibió que el derecho mercantil se sustentaba en el acto o contrato de comercio, sin consideración a la condición de las personas que lo realizan. Por lo tanto, los cuerpos legales que regulaban las actividades mercantiles constituían un estatuto del comercio y no de los comerciantes exclusivamente, como es el caso del Código de Comercio francés de 1807. Es decir que se incluye en el ámbito regulado por la legislación mercantil los actos de comercio ejecutados por no comerciantes.

3^a. Corriente mixta.- En la práctica no ha sido posible ni conveniente que la legislación mantenga una concepción

puramente subjetiva o puramente objetiva; y, ante las necesidades reales se ha adoptado un criterio ecléctico, regulando los requisitos y condiciones para el ejercicio del comercio; pero admitiendo a la vez que hay actos que se consideran mercantiles aunque no sean realizados por comerciantes.

4^a. Derecho de los actos en masa.- Para esta corriente el derecho mercantil es el derecho que regula los actos en masa que se realizan profesionalmente. Según esta doctrina el criterio determinante de la condición de mercantil es la reiteración de los actos; lo que se opone a los actos ocasionales de comercio. Los actos en masa requieren normas jurídicas menos rígidas y no formalistas. Joaquín R. Rodríguez (ob.cit. pág. 7 y 8) dice que quien primero intentó esta definición fue Heck, y que luego se adhirieron Gordon y Locher.

5^a. Derecho de la empresa.- Considera esta corriente que en la actualidad las operaciones mercantiles son realizadas por empresas, entendida como la organización de los factores de la producción, principalmente capital y trabajo, para operar y obtener utilidades. En la actualidad los requerimientos del mercado y la necesidad de competitividad hacen que la producción y comercialización de bienes y servicios deba ser en masa; y, estos actos en masa los realiza la empresa. Por ello, el derecho mercantil es el derecho de la empresa. El derecho mercantil no es el derecho de una clase profesional. Un representante importante de esta corriente es el italiano Lorenzo Mossa.

6^a. Derecho de los negocios.- Para esta doctrina el derecho mercantil regula a los negocios en el campo económico; es un derecho de los negocios.

7^a. Derecho de circulación de la riqueza.- Esta corriente concibe que el comercio constituye la circulación de dinero, títulos valor, bienes; y, por lo tanto, el derecho mercantil es el derecho de la circulación de la riqueza.

8^a. El derecho mercantil como el derecho de los actos en masa realizados por empresas. En la actualidad el derecho mercantil recae en la práctica sobre actos que se realizan en masa; y, por otra parte, son las empresas organizadas las que realizan estas operaciones en masa. Por ello se propugna un concepto de derecho mercantil que resulta de la integración de ambas definiciones: “El derecho mercantil es el derecho de los actos en masa realizados por empresas”. Joaquín R. Rodríguez, ob. cit., pág. 13. No todos los actos en masa regula el derecho mercantil, sino los realizados por las empresas. Y no todas las empresas ni todas las actividades de éstas constituyen la materia propia del derecho mercantil, sino que ésta se refiere a aquellas empresas que realizan actos en masa, sólo en lo que concierne a éstas. Joaquín R. Rodríguez, ob.cit., págs. 12 y 13. Los actos aislados u ocasionales deben remitirse al campo del derecho civil.

3. Actos de comercio

Ya en el campo del derecho positivo, el Código de Comercio del Ecuador en el Art. 7 define lo que se entiende por actividades mercantiles y actos de comercio, expresando que son: *todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico*. Además, en el Art. 8 Ibídem señala una lista de actividades que constituyen actos de comercio, así: “*Son actos de comercio para todos los efectos legales:*

- a) *La compra o permuta de bienes muebles, con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;*

- b) *La compra o permuta de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;*
- c) *La compra o enajenación de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;*
- d) *La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las acciones, participaciones o partes sociales;*
- e) *La producción, transformación, manufactura y circulación de bienes;*
- f) *El transporte de bienes y personas;*
- g) *Las operaciones descritas y reguladas por el Código Orgánico Monetario y Financiero, sin perjuicio de que las mismas se encuentran sometidas a dicha ley;*
- h) *Las actividades de representación, prestadas por terceros, a través de las cuales se colocan productos o se prestan servicios en el mercado;*
- i) *Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes;*
- j) *Las actividades mercantiles realizadas por medio de establecimientos físicos o sitios virtuales, donde se oferten productos o servicios;*
- k) *El contrato de seguros;*
- l) *Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remezas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza;*

- m) El depósito de mercaderías; y, en general, la tenencia de bienes a título oneroso;*
- n) Las actividades de interrelación derivadas de los contratos existentes entre los prestadores de servicios de transporte y sus usuarios;*
- o) El contrato de operación logística;*
- p) La prenda, y otras garantías que se regulen en este Código;*
- q) Las operaciones de crédito;*
- r) La colaboración empresarial cuando está encaminada a realizar actos de comercio; y,*
- s) Otros de los que trata este Código.*

4. Diferencias entre la Legislación Civil y la Legislación Mercantil

En el campo del derecho positivo ecuatoriano, hay importantes diferencias entre la legislación civil y la mercantil. A continuación explicamos brevemente algunas de esas diferencias:

1. En la legislación civil predomina el formalismo en la contratación; en cambio en la legislación mercantil predominan los contratos consensuales. Así, el Código de Comercio en el Art. 226 establece: *Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que ésta sea aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige, salvo que el proponente establezca un plazo; en defecto de esa aceptación, el proponente queda libre.* En cambio el Art. 1.726 del C. Civil dispone *Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América.*

2. Los medios de prueba de las obligaciones mercantiles son más ágiles, más libres que en la legislación civil. Por ejemplo, el Código de Comercio en el Art. 268 establece: *La prueba de testigos es admisible en los actos o contratos mercantiles, cualquiera que sea el importe de la obligación o liberación que se trata de acreditar y aunque no haya principio de prueba por escrito, salvo los casos en que la Ley disponga expresamente lo contrario.* En tanto que el Código Civil en el Art. 1725 dispone: *No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.*
3. La legislación mercantil admite que el propio interesado elabore documentos que pueden ser prueba a su favor; lo que no permite la legislación en lo civil. Por ejemplo, el Código de Comercio en el Art. 31 establece: *Los libros y asientos contables hacen fe de los actos del comerciante que los lleva y no se le admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos.* En cambio, el C. Civil en el Art. 1721 dispone: *Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable.*
4. El C. de Comercio en el Art. 6 establece que: *La costumbre mercantil suple el silencio de la ley siempre que los hechos que la constituyan sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República del Ecuador, o en una determinada localidad y sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en operaciones del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate por el plazo mínimo de cinco años;* mientras que en materia civil: *La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remite a ella: Art. 2 del C. Civil.*
5. En los actos y contratos civiles lo primordial no es el lucro; en cambio el propósito de los actos y contratos mercantiles es generar un beneficio económico.

Si bien existen diferencias entre la legislación civil y la mercantil, debemos tener presente que el Código de Comercio en varios asuntos se remite al Código Civil. El derecho civil es supletorio del mercantil.

5. **Tendencias actuales sobre la Legislacion Civil y Mercantil**

Existe una corriente, que gana espacio cada vez, de unificación del derecho civil y comercial, la que ya ha tenido lugar en Italia (1942), Paraguay (1988), Brasil (2002), Argentina (2014).

Sobre el tema, Raúl Aníbal Etcheverry nos dice que “Hoy, existe un Derecho Privado que podría subdividirse a fines del estudio, no ya en Derecho Civil y Derecho Comercial, sino en distintos grupos identificados no por la especialidad o por la categoría histórica; no por la obtención de lucros y la obtención de otros resultados; se divide, si el intérprete quiere o necesita hacerlo, de acuerdo a la institución que está siendo regulada: por ejemplo, derecho referido a la persona física; derecho de la familia; derecho de las obligaciones civiles y comerciales; derecho de los contratos; derecho de otras figuras que no son contratos; los sistemas de organización de las personas jurídicas; derechos vinculados a los derechos reales; negocios inmobiliarios; principios del derecho en general, interpretación y aplicación de las leyes” ob cit pág. 28 .

Arturo Díaz Bravo, en su estudio sobre la unificación del derecho privado, y más concretamente sobre la comercialización del derecho civil, expresa que “es válido reiterar lo dicho por algunos ilustres mercantilistas, Joaquin Garrigues, entre ellos, sobre que el derecho mercantil es una categoría histórica, que hoy ya no se justifica, no solamente porque las circunstancias históricas y sociales son diferentes de las que prevalecían a principios del siglo XIX, sino, más aún, por la ya apuntada comercialización de contratos que tuvieron naturaleza civil, todavía regulados por los Códigos

Civiles vigentes en numerosos países, como los nuestros, pero que en realidad han rebasado la frontera entre ambas legislaciones a tal grado que, en su inmensa mayoría, son actualmente celebrados por empresas profesionales mercantiles". Ob cit pág.86.

En realidad, como se comenta en doctrina, desde hace mucho tiempo se utilizaron contratos regulados por los códigos civiles para operaciones masivas y habituales, con propósito de lucro, por empresas de carácter mercantil; así es el caso del arrendamiento, de la compraventa, del transporte.

En doctrina hay argumentos en contra y a favor de la unificación del derecho civil y el derecho mercantil. En contra de la unificación se dice:

- Los actos y contratos de comercio requieren de una legislación ágil, flexible y carente de formalismos.
- Es provechosa la especialización profesional y jurisdiccional.
- El derecho civil requiere de formalidades y solemnidades impropias del comercio.

A favor de la unificación se argumenta:

- "El derecho mercantil se sustenta en la teoría civil de las obligaciones".
- "Las nociones de los contratos civiles y mercantiles son las mismas".
- "En los países del common Law se actúa pacíficamente con ambos derechos unificados".
- "Es artificiose el argumento en el sentido de que los actos de comercio requieren una especial legislación ágil, expedita y carente de formalismos" Arturo Díaz Bravo, ob cit pág.92

SEGUNDA PARTE

DE LOS TÍTULOS VALOR, DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS Y DE LOS TÍTULOS DE EJECUCIÓN

Título 1. DE LOS TÍTULOS VALOR

1. Generalidades.- Concepto. Importancia de los Títulos Valor

Los “títulos valores” son conocidos con otros nombres, como los de “títulos circulatorios”, “efectos de comercio”, “documentos negociables”, valores mobiliarios, papeles de comercio, “títulos de crédito”, que es la denominación más común, etc.

Fue el tratadista Césare Vivante quien en 1895 sistematiza los títulos de crédito. El jurista español Ribó-Durán, en cambio, advirtió que la denominación de título de crédito, utilizada por Vivante, era inapropiada porque incluía instrumentos que no eran de crédito, como las acciones de compañías, los conocimientos de embarque, los certificados de depósito. Ribó prefirió entonces la denominación de títulos valores. Sin embargo, es necesario advertir que no todo documento que signifique o encierre un valor es un “título valor”;

por ejemplo, no son títulos valores las libretas de ahorro, los billetes de lotería, tarjetas de crédito, boletos, etc. porque no reunen los elementos pertinentes y que más adelante se especifican.

El Art. lo. del Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina los define así: “Los títulos-valores son documentos necesarios para ejercitarse el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna”. Esta misma es la clásica definición que la doctrina atribuye a Vivante.

El título valor es un documento que representa, en forma literal y autónoma, derechos y garantiza plenamente su exigencia al tenedor.

Según la doctrina, que comparto, debemos mantener como genérica la denominación de “título valor”, que abarca a los documentos de diversas y diferentes características específicas. Como se ha expresado anteriormente, no todo título valor es un título de crédito; en cambio todo título de crédito es un título valor. La acción de una compañía de capital, que es un título valor, no es necesariamente un título de crédito, no atribuye un solo derecho de crédito a su titular. Por lo dicho, título valor es una denominación genérica; y, título de crédito es una denominación específica. Son títulos valores: letras de cambio, pagarés, cheques, acciones, obligaciones (títulos que emiten las compañías), pólizas, certificados de depósito, conocimientos de embarque, partes beneficiarias de las compañías anónimas, bonos.

En el Ecuador no existía un cuerpo legal orgánico que regule a los “títulos valores”. El 30 de octubre de 1963 se expidió la Ley de Títulos de Crédito, que fue publicada en R. O. No 124 del 9 de diciembre de 1963; pero luego se suspendió su vigencia mediante Decreto Supremo No. 1725 del 11 de agosto de 1964, publicado en R.O. No. 317 del 24 de este mismo mes y año; pues esa Ley fue una copia de la mexicana y, por lo tanto, requería ser adecuada a nuestra

legislación. Actualmente los títulos valores están regulados por el Código de Comercio en el Título primero del Libro Tercero.

El Art. 2 de la Ley de Mercado de Valores (Cod. 2006-001. RO-S 215: 22-feb-2006) establece que: *Para efectos de esta Ley, se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización y otros que determine el Consejo Nacional de Valores.*

La Disposición General Décima primera de la Ley de Mercado de Valores establece que: *Los valores a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, tienen el carácter de títulos valor, en consecuencia, incorporan un derecho literal y autónomo que se ejerce por su portador legitimado según la ley, constituyen títulos ejecutivos para los efectos previstos en el Código Orgánico General de Procesos. Se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos.*

Los valores pueden emitirse nominativos, a la orden o al portador, si son nominativos circularán por cesión cambiaria inscrita en el registro del emisor; si son a la orden por endoso; si son al portador, por la simple entrega.

El Código de Comercio en el Art.78 define a los títulos valores expresando que: *son documentos que representan el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, permitiendo a su titular o legítimo tenedor ejercitar el derecho mencionado en él.*

Los títulos valor han tenido y tienen una enorme incidencia en la actividad mercantil y empresarial al posibilitar la circulación de bienes, la representación de valores y mercancías, la incorporación de derechos patrimoniales a un documento.

Los títulos valor facilitan el crédito, la inversión y en general dinamizan la actividad económica.

2. Características de los Títulos Valores

De los conceptos de título valor que antes hemos dado, se desprenden las siguientes características:

- a) El título valor tiene la cualidad de ser necesario;
- b) El derecho a la prestación que contiene el título valor está incorporado al documento;
- c) El derecho que contiene el título valor es literal;
- d) El derecho que contiene el título valor es autónomo.

2.1. Documento necesario

El título valor tiene la cualidad de ser necesario en el sentido de que subsiste por sí mismo y porque es condición indispensable del nacimiento, conservación y disfrute o ejercicio del derecho que contiene. Sin el documento no es factible hacer efectivo el derecho en contra del obligado, ni transmitirlo a un tercero o hacerlo circular. El título no es sólo un documento probatorio sino un documento constitutivo del derecho a una prestación. El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición de éste. Art. 84 C. de Com.

Los títulos nominativos tienen especialmente reglamentados los requisitos. Sin embargo, la falta de estos requisitos no siempre determina la nulidad de los documentos. Respecto a los títulos abstractos basta que los requisitos estén debidamente cubiertos en el momento en que vayan a ejercitarse los derechos que confieren. “Este llenamiento puede hacerse por distintas personas y en diversos momentos, a medida que el título va circulando”. Joaquín

Rodríguez, ob. cit., pág. 252. Esto es válido sin disputa para la letra de cambio, el cheque, el pagaré.

Legitimación.- La afirmación de que el documento es necesario produce el efecto legitimario de la posesión del título. Mientras la legitimación para exigir el cumplimiento de las obligaciones en general, contenidas en documentos ordinarios, se produce a través de un complejo sistema de demostración de la existencia del crédito, de la titularidad, identidad y capacidad de quien recibe el pago (Arts. 1592,1594,1715,1841 C. Civil E.); en cambio para las obligaciones contenidas en un título valor la legitimación se obtiene: 1) a través de la posesión del título cuando es al portador; 2) por la posesión del título unida a requisitos complementarios, como cláusula de endoso en los títulos a la orden, y notificación al deudor en los nominativos.

La legitimación **activa**, es decir del acreedor, la produce la posesión del título: ésta determina la persona del acreedor, eximiéndole de probar su derecho. En otras palabras, la posesión del título le permite al tenedor el ejercicio del derecho de prestación que contiene el documento. Dueño del título es quien lo posee y el pago a éste es liberatorio.

La legitimación **pasiva** se produce cuando el deudor cumple la prestación a que está obligado frente al tenedor del documento. Si paga al que no exhiba el documento puede quedar obligado a pagar dos veces (quien paga mal, paga dos veces). La tenencia del documento faculta el ejercicio del derecho que contiene; tenencia que se la obtiene a través de los medios que establece la ley.

2.2. Incorporación

En los títulos valores, el derecho a la prestación se incorpora al documento, se identifica con el título, desvinculándose de la relación previa que origina la emisión del documento (compraventa,

mutuo, etc). El título se identifica con el derecho de tal manera que no pueden existir separados.

“Uno de los principios rectores de los títulos valores es el de la incorporación que expresa la conexión íntima, indisoluble, permanente, desde el nacimiento hasta su muerte, entre **el derecho y el título**”, Bernardo Trujillo C., ob. cit. pág. 41.

Existe una predominancia del título sobre el derecho en él documentado, lo que diferencia a los títulos valores de los ordinarios. El derecho está incorporado al título en tal forma que su ejercicio está condicionado a la tenencia del documento y el derecho no es sino un accesorio del propio documento. Joaquín Rodríguez, Ob. Cit. pág. 255 t 1.

Si el título se identifica con el derecho sin que puedan existir separados, la posesión del título implica titularidad del derecho; el poseedor legítimo tiene derecho a exigir la prestación contenida en el título; y, el deudor que de buena fe paga al poseedor del título se libera de la obligación, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía (Art. 1592, inc. 2o. C.Civil E.)

En la práctica puede ocurrir que ejerza el derecho contenido en el documento el titular aparente del título, en perjuicio del verdadero titular; pero las exigencias de la necesidad de circulación del título se imponen a este sacrificio.

Son efectos de la incorporación: a) para ejercitar el derecho hay que presentar el título; b) cuando el deudor paga la obligación el tenedor del título debe entregárselo; c) la transmisión o transferencia de los derechos contenidos en el título se cumple con la entrega del mismo.-

2.3. Literalidad

El derecho que contiene el título valor es literal, es decir se perfecciona por la escritura y no por el consentimiento.

La extensión, contenido, modalidad de la obligación consta y se atiene a los términos del título; la obligación sólo existe en el título. Por otra parte, el derecho está determinado, circunscrito en el título; no se reconoce nada fuera del texto; por ello al interesado le basta con examinar el documento para saber cuáles son los límites de su derecho. Es decir que, tanto el tenedor como el acreedor legitimado han de atenerse al texto literal del título valor.

La literalidad impide al deudor que deduzca excepciones basadas en elementos extraños al título; la única excepción se refiere a las relaciones del primer titular con el deudor, en que son invocables las excepciones personales.

La literalidad del documento tiene lugar aún en el caso de alteración del texto. Así pues el C. Com. en el Art. 178 dispone : *En caso de alteración del texto de una letra de cambio, los signatarios posteriores a dicha alteración se obligan según los términos del texto alterado, y los firmantes anteriores, según los términos del texto original.* Es decir la literalidad del título valor es tal que incluso el que firma después de una alteración del texto queda obligado en los términos de la alteración.

Cuando el documento es suscrito simplemente por el deudor declarándose tal, se llama **quirógrafo**; si es suscrito por las partes, se denomina **síngrafo**. Ejemplo de los primeros es el pagaré, de los segundos la letra de cambio.

La literalidad es absoluta en los títulos perfectos o completos, como la letra de cambio, el cheque. No sucede lo mismo con los títulos imperfectos o incompletos, como las acciones, obligaciones de las compañías de capital.

Para la doctrina, literalidad de los títulos valor significa que lo que no está en el título o no sea expresamente declarado, no tiene incidencia en el derecho.

2.4. Autonomía

La autonomía es activa y pasiva. El derecho que se contiene en los títulos valores es autónomo, es decir independiente de las relaciones habidas entre las personas vinculadas con el documento. Vivante, citado por Joaquín Rodríguez, ob. cit. , pág. 258, dice al respecto:"el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe, ejercita un derecho propio, que no puede limitarse o decidirse por relaciones que hayan mediado entre el tenedor y los poseedores precedentes". Autonomía significa que el adquirente del título recibe un derecho nuevo, originario, no derivado; puede ejercitar un derecho propio, independiente del derecho de los anteriores poseedores; y, por ello no pueden oponérsele excepciones personales del deudor y los tenedores precedentes. Es esta autonomía del derecho la que facilita y permite en forma absoluta la circulación del título; puesto que el actual poseedor legítimo adquiere un derecho originario por disposición de la Ley, no sujeto a excepción alguna de parte del deudor y tenedores precedentes. Lo expuesto anteriormente es lo que se denomina la autonomía activa.

Autonomía pasiva, en cambio, significa que los suscriptores del título valor se obligan con absoluta independencia uno de otro; es decir que las circunstancias que invalidan la obligación de alguno de los signatarios del título no afectan las obligaciones de los demás. Al respecto, el Art.481 del Código Orgánico Monetario y Financiero establece: *Cuando un cheque lleve firmas de personas incapaces, firmas falsas, de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no pueden obligar a las personas por quienes se haya firmado el cheque, o con cuyo nombre aparezca firmado, las obligaciones de cualesquiera otros firmantes no dejarán por eso de ser válidas.*

"En síntesis, si en un título valor sólo una firma es válida porque las demás sean falsificadas o de incapaces, aquélla será suficiente para crear una obligación cambiaria, autónoma y distinta de las otras. Diriámos que, por razón de la autonomía, y

de la integración de todas las firmas en el título, la invalidez y la incapacidad no se comunican a las otras firmas, no hay capilaridad entre ellas, para expresarlo metafóricamente”. Bernardo Trujillo Calle, ob. cit., pág. 64.

3. Clasificación de los Títulos Valor

La clasificación o ubicación de los títulos valor en diversos grupos nos permite encontrar y conocer sus diferencias específicas; y, de esa manera, profundizar el conocimiento de los mismos. Pueden ser clasificados desde distintos puntos de vista, así:

3.1. En relación al emitente.

Los títulos pueden ser públicos, cuando son emitidos por entidades públicas; y, títulos privados, los emitidos por entidades particulares o personas particulares.

3.2. Por la forma de emisión.

Títulos singulares y en serie.- Singulares, en cuanto se emiten en forma individual, con contenido diferente por tanto, como la letra de cambio, cheque, pagaré. Los en serie se emiten con un contenido uniforme y en masa, como las acciones y obligaciones de las compañías de capital. Cada título valor individual supone una declaración de voluntad; los títulos en serie, en cambio nacen de una sola declaración de voluntad.

3.3. Por la forma en que se promete el pago.

Pueden ser a base de orden y a base de promesa. En los “a base de orden” el creador da una orden de pago a un tercero, siendo por lo tanto siempre parte indirecta. Puede o no haber partes directas.- En estos intervienen tres elementos personales en el acto de creación (las mismas o distintas): girador, girado, beneficiario. Ejemplo: letras de cambio, cheques.

El Código de Comercio en el Art. 104 establece que: *Son títulos a la orden aquellos en que la obligación contenida en el documento debe cumplirse a la orden de quien en él se menciona como primer tomador, o en caso de transferencia del título a la orden de quien aparezca designado como último adquirente o tenedor legítimo.*

Si en los títulos valores expedidos a favor de determinada persona se agrega la cláusula “a la orden” o se expresa que son transferibles por endoso, o se diga que se negociables, serán títulos a la orden. Art. 105 C.de Com.

En los títulos “a base de promesa” el creador es siempre parte directa porque promete pagar directamente él; puede no haber partes indirectas. En estos títulos, en los actos de creación intervienen dos personas (aún cuando la que se compromete es una), como en los pagarés, bonos, acciones, certificados de depósito, carta de porte, conocimientos de embarque.

3.4. Por la naturaleza de los derechos que incorporan.

Los títulos valor pueden ser:

- a) **De contenido crediticio:** que son aquéllos que obligan y dan derecho a una prestación en dinero: letras de cambio, pagarés. El cheque no es un instrumento de crédito (Art. 492 Código Orgánico Monetario y Financiero)
- b) **Corporativos o de participación,** que integran un conjunto de derechos diversos: participación en dividendos, votos, participación en el patrimonio al liquidarse la compañía. Ejemplo: acciones de compañía anónima.
- c) **De tradición o representativos de mercancías,** que son aquéllos por los que una persona acredita la recepción de ciertas mercaderías o bienes y se compromete a devolverlos al tenedor legítimo del documento. La tenencia del título equivale a la tenencia material de las mercaderías o bienes;

y, la disposición del título vale como la disposición de las mercaderías o bienes por él representados. Por ejemplo: certificados de depósito, cartas de porte, conocimientos de embarque.

Los títulos valores representativos de mercancías incorporan un derecho real sobre éstas, ya sea un derecho de propiedad, ya uno de garantía.

El Código de Comercio en el Art. 111 establece que: *Los títulos representativos de mercaderías son documentos que sirven para facilitar a su titular la transmisión de las mercaderías que representan, dado que no sólo le confieren un derecho de crédito a su restitución, sino también, un poder de disposición sobre ellas de carácter jurídico-real.*

3.5. La forma de circulación o por la forma de designar al titular

Los títulos pueden ser: nominativos, a la orden y al portador.

- a) **Nominativos.-** Son los que se emiten a nombre de una determinada persona y cuya transferencia o transmisión requiere la inscripción en el registro del emitente.

El Código de Comercio en el Art. 103 establece que: *El título valor será nominativo cuando en él o en la norma que rige su creación se exija la mención del beneficiario en el texto del documento.*

Los títulos nominativos pretenden o buscan la seguridad (contra la sustracción o enajenación indebida) y facilitar el control del Estado; por ello su transferencia, al menos para que surta efecto ante terceros, requiere de que se registre en los libros del emitente.

La transferencia o transmisión de un título valor puede producirse por: compraventa, donación, sucesión por causa de muerte, adjudicación, sentencia judicial, etc., pero esta simple

transferencia o transmisión no basta para producir los efectos peculiares de la transferencia o transmisión cambiaria; es indispensable que el título se inscriba en el registro del emisor, porque a falta de esta inscripción el deudor no está obligado a reconocer como tenedor legítimo sino al que figure como tal en el documento y en el registro.

Son títulos nominativos: el conocimiento de embarque, la carta de porte, el certificado de depósito, las acciones de las compañías de capital. El Art. 189, inc. lo., de la Ley de Compañías dispone al respecto: “La transferencia del dominio de acciones no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas”.

- b)** **Títulos a la orden.**-Estos títulos, como los nominativos, también se emiten en favor de persona determinada, aunque no única como los nominativos. Si bien al inicio se obliga con una persona determinada, luego, en virtud de los endosos, deviene en deudor de otras, las que cada tomador designe. Estos títulos se transfieren por **endoso**, que consiste en una sencilla nota puesta en el título o en una hoja adherida indicando que se transfiere el derecho. El endosatario, para ejercitar su derecho, no necesita notificar la transferencia al deudor ni que se registre nada en su libro. La legitimación para ejercitar el derecho incorporado a un título a la orden tiene lugar con la posesión del documento fundamentalmente.

Según la legislación ecuatoriana, la letra de cambio es un título a la orden aunque no contenga expresamente esa cláusula. Por ello el Código de Comercio en el Art. 124 establece: *Toda letra de cambio aun cuando no haya sido girada expresamente a la orden, es transmisible por vía de endoso.-Cuando el girador haya insertado en la letra de cambio las palabras “no a la orden”, o una expresión equivalente, el documento sólo será*

transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria. Es decir, para que la letra de cambio sea considerada como título “no a la orden” necesita de cláusula expresa en este sentido. Para transferir el derecho que contienen los títulos a la orden se requiere:1) el endoso; 2) la entrega del título.

- c) **Títulos al portador.**-Son aquéllos que se expediten sin hacer constar a un beneficiario determinado. Como consecuencia de ello, estos títulos se transfieren con la simple entrega material. No se requiere endoso. Al circular mediante la simple entrega, los transmitentes quedan ignorados, no se los conoce, y no responden por la solvencia del deudor.

Al emitir un título al portador el **deudor** se obliga con quienquiera que los llegue a poseer. En los títulos al portador el titular del derecho es el mero poseedor del documento.

El Código de Comercio en el Art. 110 establece que: *Son títulos al portador los que no designan a persona alguna como titular, aunque no incluyan la cláusula o mención de que son “al portador”; lo son también los que contengan dicha mención o cláusula. La simple exhibición del título legitimará al portador y su tradición se producirá por la simple entrega.*

Los títulos al portador sólo podrán expedirse en los casos expresamente autorizados por la ley.

Respecto a la emisión y transferencia de los títulos al portador se anotan las siguientes reglas:

- 1^a.- El título es al portador cuando se lo emite sin designar a persona alguna como titular, aunque no incluya la cláusula de que es “al portador”.
- 2^a.- Los títulos al portador se pueden emitir también con la mención o cláusula de ser al portador.

- 3^a.- Los títulos al portador sólo podrán expedirse en los casos expresamente autorizados por la ley.
- 4^a.- La tradición del título al portador se produce por la simple entrega del título.
- 5^a.- La simple exhibición del título legitimará al portador.

3.6. Simples y Complejos.-

Simple, el que incorpora un sólo derecho, como la letra de cambio que dá lugar al pago de una suma de dinero. Complejos, cuando reúnen varios derechos en el título, como la acción de una compañía de capital que da derecho a dividendos, voto, participación en el patrimonio al liquidarse la compañía.

3.7. Según la función económica.

Los títulos pueden ser de especulación, como la acción de las compañías anónimas que produce renta variable. De inversión, los que producen renta fija, como los bonos.

3.8. Por su relación con la causa.

Los títulos valores pueden ser abstractos y causales.

Título causal es el que se encuentra vinculado al negocio fundamental que lo originó y la causa de su creación se menciona en él; de tal manera que quien lo adquiere sabe a qué atenerse. Títulos causales son las acciones, los bonos, las cartas de porte, los certificados de depósito. En cambio, títulos abstractos son aquéllos en los que el negocio jurídico que los origina es irrelevante frente al poseedor o tenedor que no ha intervenido en la creación del documento. Por lo tanto, no hay razón para mencionar la causa que da origen al título, y aún si se la menciona sigue siendo abstracto el título.

Todo negocio jurídico responde a una causa legítima y el título valor no escapa a esta regla general. No hay obligación sin

causa. Por ello es que abstracción no quiere decir ausencia de causa, sino que en ciertos títulos valor la Ley desliga la causa de la obligación en tales condiciones que el ejercicio del derecho no está sujeto a las excepciones que podrían derivarse de la causa; y, por ello el título que contiene esta obligación se llama abstracto.

Sin embargo “Desde el punto de vista procesal los títulos causales son también abstractos, en el sentido de que el acreedor a base de uno de ellos está dispensando de la prueba de la existencia de la relación fundamental y aunque el título sea causal, rige la autonomía en el sentido de que al poseedor no le son oponibles las excepciones de los anteriores tenedores. Sólo las que provienen de la causa” Bernardo Trujillo, ob. cit. pág. 163 y 164.

Abstracción y autonomía.-Cabe advertir que la abstracción se refiere a que las acciones derivadas del título emitido no tienen nada que ver con la causa o relación-base para la emisión. Que el título es autónomo significa, en cambio, que el poseedor puede ejercitar un derecho propio, sin que pueda oponérsele excepciones personales del deudor y los tenedores precedentes.

4. Títulos de Legitimación

“...hay ciertos documentos configurados según el modelo de los títulos valor que no ofrecen, sin embargo, todos los elementos constitutivos, sea porque no se ha producido la incorporación del derecho al título, o porque el derecho no sea realmente literal o autónomo o porque carezca de capacidad circulatoria. A tales documentos se los conoce comúnmente con el nombre de **títulos impropios o títulos de legitimación...**” Santiago Andrade U., ob. Cit. t 1, pág. 60

Se menciona como ejemplo de títulos de legitimación los billetes de ferrocarril, los billetes de lotería, los billetes de entrada a espectáculos.

El autor Bernardo Trujillo Calle (ob cit pág. 69) comenta que “Los llamados títulos de legitimación no son negociables y por lo tanto no están destinados a circular y sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho para exigir la prestación correspondiente”.

Según la doctrina, entonces, los títulos de legitimación carecen de los requisitos de literalidad y autonomía, que tienen los títulos valor; son documentos probatorios.

5. La desmaterializacion e inmaterializacion de los Títulos Valor

El vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología, particularmente en el campo de la electrónica y telemática, ha incidido significativamente en el área de los títulos valor, generando cambios trascendentales en esta materia, como el de la desmaterialización e inmaterialización de estos títulos; lo que implica, entre otros aspectos, prescindir del soporte papel y aprovechar los adelantos tecnológicos que facilitan la determinación de la identidad de las personas y la autenticidad de los documentos, mediante códigos, claves, barras, que dan seguridad.

Concepto.- Óscar Jorge Durán Díaz (ob. Cit. pág 93) expresa que “la desmaterialización de los títulos de crédito constituye un proceso mediante el cual los títulos cambiarios seriales que han sido creados y emitidos físicamente, a través de un macro título, son sustituidos o reemplazados para su circulación y transmisión por instrumentos alternos como los mensajes de datos o el documento electrónico que, al igual que los títulos tradicionales, permiten a través de medios electrónicos específicos acreditar la existencia del derecho y la correlativa obligación consignada en el propio título, prescindiendo entonces del soporte material y tenencia del

documento sólo para la circulación y transmisión del derecho que en ellos se consigna”.

El mismo autor antes citado hace distinción entre desmaterialización y la inmaterialización de los títulos de crédito, así: la desmaterialización constituye un proceso mediante el cual los títulos creados y emitidos físicamente son sustituídos para su circulación y transferencia por instrumentos alternos, como las anotaciones en cuenta o el documento electrónico. Mientras que “la inmaterialización significa inexistencia, carencia o falta total de materialidad respecto de un objeto, proyecto o idea” ob cit pág. 188.

Cuando el documento es creado electrónicamente tenemos un documento inmaterializado.

Concluye manifestando que “la inmaterialización de los títulos de crédito constituye un proceso mediante el cual los títulos cambiarios son creados, emitidos, transferidos y ejercidos por mensajes de datos o documentos electrónicos que, al igual que los títulos tradicionales, permiten a través de mecanismos específicos acreditar la existencia del derecho y la correlativa obligación consignada en el propio título, prescindiendo absolutamente del soporte material y tenencia del documento durante toda la vida jurídica del título” Oscar Jorge Durán Díaz, ob cit pág. 188.

Para Nelson Remolina Angarita “La desmaterialización y la inmaterialización son fenómenos de la praxis comercial que retan la teoría clásica de los títulos valores porque abandonan la acepción tradicional de corporificación e incorporación. Ya no es necesario que el derecho esté inserto en un documento” .ob cit pág.474. Es decir que, en los títulos valores electrónicos los derechos no están incorporados en documentos sino “representados en registros electrónicos”.

En el caso de los títulos valor cartulares la legitimación se obtiene a través de la simple posesión del título cuando es al portador

o por la posesión del título unida a requisitos complementarios. Mas, respecto a los títulos valor electrónicos la legitimación no se basa en la tenencia del título porque no hay un documento físico; pues en los títulos valor electrónicos los derechos están representados en registros electrónicos.

José Antonio Vega Vega define el documento electrónico “como la representación en lenguaje digital o binario, decodificable, referida a hechos o actos con relevancia jurídica, plasmada en un soporte electrónico con aptitud para su consulta, comunicación o transmisión” ob cit pág. 37.

Respecto a la legislación ecuatoriana sobre esta materia el Dr. Santiago Andrade U, (ob cit t 1, pág 25) manifiesta “Examinada esta ley (Ley de Comercio Electrónico), sin perjuicio de que no existe una norma específica que se refiera a los títulos valor, no es aventurado afirmar que todos ellos, incluídos los abstractos como la letra de cambio, el pagaré a la orden, el cheque y las facturas cambiarias, podrían girarse o emitirse, avalizar, circular, presentarse a la aceptación o protesto y pagarse por medios electrónicos y en base al empleo de las firmas digitales”.

El Código de Comercio del Ecuador, en el Art. 84 establece que los títulos valores que se negocien en bolsa podrán ser desmaterializados: Igualmente en el Capítulo Cuarto, del Título Segundo del Libro Tercero (Arts. 200, 202, 204), establece la posibilidad jurídica de que se emitan facturas comerciales negociables en forma desmaterializada.

Título 2. DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS Y DE LAS OBLIGACIONES EJECUTIVAS

Capítulo 1. ASPECTOS GENERALES

1. Qué pretensiones se pueden tramitar en procedimiento ejecutivo?

Se demanda en procedimiento ejecutivo el cumplimiento de las obligaciones que reunan las siguientes condiciones: 1. que se contengan en título ejecutivo; 2. que sean claras, puras, determinadas y actualmente exigibles. Por lo anotado, para demandar en procedimiento ejecutivo no es suficiente, no basta, que el título sea ejecutivo, sino que también la obligación que se contenga en ese título sea ejecutiva; es decir que reuna las características y condiciones que señalan los artículos 347 y 348 del COGEP.

En este punto, cabe distinguir entre los procesos de conocimiento y el procedimiento ejecutivo. En el proceso de conocimiento se somete a decisión del juez la declaración o reconocimiento de un derecho; en cambio, en el procedimiento ejecutivo la cuestión jurídica está reconocida, declarada y documentada mediante un título al que la ley le reconoce carácter de ejecutivo.

Son procesos de conocimiento, según el COGEP, el procedimiento ordinario, el procedimiento sumario y los procedimientos voluntarios.

2. Qué títulos son ejecutivos?

Son títulos ejecutivos los que la Ley expresamente así los califica por reunir las condiciones que exige para ello. De tal manera que en la práctica es fácil determinar cuáles son títulos ejecutivos. Así:

2.1. El Art. 347 del COGEP establece: Son títulos ejecutivos:

1. La declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente. Para que la declaración de parte constituya título ejecutivo debe cumplirse con las exigencias y requisitos previstos en los Arts. 347 y 348 del COGEP. Así, 1) la declaración de parte debe contener obligaciones de dar o hacer; 2) la obligación fundada en la declaración de parte debe ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. De tal manera que las preguntas o posiciones para la declaración deben conducir a probar o determinar estos requisitos. A través de la declaración de parte debe determinarse la cosa, cantidad o hecho que se adeuda, sin que esta deuda esté sujeta a plazo o condición. Si en la declaración el deponente acepta la deuda pero manifiesta que el plazo no se encuentra vencido o que está sujeta a alguna condición; esta declaración no puede ser base para un juicio ejecutivo. En lo fundamental, en la declaración de parte para constituir título ejecutivo debe formularse las preguntas o posiciones de tal manera que en lo principal se pruebe o justifique el origen o causa de la obligación y que el declarante adeuda de plazo vencido una determinada cosa, cantidad o hecho.
2. La copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas;
3. Los documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial;
4. Las letras de cambio;

5. Los pagarés A LA ORDEN;
6. Los testamentos;
7. La transacción judicial;
8. Y los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.

El Art. 347 del COGEP en mención señala siete títulos a los que le otorga el carácter de ejecutivos; y, en el numeral 8 establece “Y los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos”. Es decir que, a más de los siete títulos ejecutivos que señala, puede haber otros a los que la ley de manera expresa les otorgue el carácter de ejecutivos. En otras palabras, sólo la ley puede otorgar el carácter de ejecutivos a ciertos títulos, como lo exponemos a continuación.

2.2. El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo. Igualmente constituye título ejecutivo el comprobante a que se refiere el inciso tercero del artículo 497: Art. 516 del Código Orgánico Monetario y Financiero. El Art. 497, inc. 3º. Del COMYF establece que: En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se mencione dicho pago en el cheque y se le confiera recibo, y estará obligado por su parte, a otorgar al portador o tenedor un comprobante en el que consten todas las especificaciones del cheque y el saldo no pagado. Este comprobante surtirá los mismos efectos que el cheque protestado en cuanto al saldo no cubierto.

2.3. El Art. 13 de la Ley de Propiedad Horizontal establece: La liquidación que por expensas necesarias emita el Administrador o el Presidente del condominio, una vez aprobada en asamblea general de copropietarios, tendrá el carácter de título ejecutivo; y, para que las obligaciones sean exigibles en juicio

ejecutivo, deberán ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido. Se considerará que ha vencido el plazo cuando no se hubiere pagados dos o más expensas.

2.4. Las Cámaras (de Comercio) podrán demandar en juicio ejecutivo el pago de las cuotas a que estuvieren obligados los afiliados. Al efecto acompañarán los títulos extendidos por la Tesorería de la respectiva institución y una certificación otorgada por el respectivo Secretario de que dichas cuotas no han sido satisfechas.- Art. 12 de la Ley de Cámaras de Comercio. (DS-101. RO 243: 9 de febrero de 1973).

2.5. El Art. 42 de la ley de Concurso Preventivo (R.O. No. 60 del 8 de mayo de 1997. Codificación 2006-012. RO-S 422; 21-dic-2006) establece que si uno o más acreedores no cumplieren el concordato, al cual se le reconoce carácter de título ejecutivo, la compañía deudora podrá demandarles por esa vía el cumplimiento, con indemnización de daños y perjuicios. El concordato entre la compañía deudora y sus acreedores tiene por objeto facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, regular las relaciones entre los mismos y conservar la empresa.

2.6. La disposición General Décima primera de la Ley de Mercado de Valores establece que: Los valores a que se refiere el Art. 2 de esta Ley, tienen el carácter de títulos valor, en consecuencia, incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la Ley, constituyen títulos ejecutivos para los efectos previstos en el Código Orgánico General de Procesos. Se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos.

Los valores pueden emitirse nominativos, a la orden o al portador, si son nominativos circularán por cesión cambiaria inscrita en el registro del emisor; si son a la orden por endoso; si son al portador, por la simple entrega.

Y el Art. 2 de la Ley de Mercado de Valores menciona como valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización y otros que determine el Consejo Nacional de Valores.

2.7. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 203 del Código de Comercio: Las facturas comerciales constituyen títulos negociables (factura comercial negociable) y ejecutivos cuando contengan una orden incondicional de pago, cuya aceptación sea suscrita por el comprador o adquirente de bienes, derechos o servicios, o su delegado, con la declaración expresa de que los ha recibido a su entera satisfacción, o que hubieren sido aceptadas tácitamente y siempre que cumplan con las reglas dispuestas en este capítulo: Capítulo Cuarto, Título Segundo, Libro Tercero.

Estas facturas comerciales negociables pueden emitirse en forma desmaterializada o en títulos físicos; las que se emiten en títulos físicos se extenderán en tres ejemplares de los cuales, el original es para el adquirente de los bienes; la primera y segunda copia serán para el emisor, siendo la única transferible la primera copia.

Sólo la primera copia de la factura negociable podrá ser utilizada para el cobro mediante la vía ejecutiva.

La factura negociable que constituye título ejecutivo deberá contener, a más de los requisitos establecidos por la normativa tributaria, los siguientes:

- a)** La identificación de “FACTURA COMERCIAL NEGOCIABLE;

- b)* La fecha de pago y el lugar donde debe efectuárselo. Si se estableciere el pago por cuotas, se indicará el número de cuotas, el vencimiento de las mismas y la cantidad a pagar por cada una de ellas, así como el saldo insoluto;
- c)* La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero;
- d)* La especificación clara, en números y letras, del monto a pagar y la moneda en que se lo hará;
- e)* La declaración expresa del comprador o adquirente de recibir los bienes, derechos o servicios a su entera satisfacción;
- f)* La firma autógrafa o electrónica del emisor de la factura o sus respectivos delegados;
- g)* La firma autógrafa o electrónica del comprador o adquirente del bien, derecho o servicio, o sus respectivos delegados, cuando la factura se emita físicamente; y,
- h)* La firma del aceptante contenida en la factura o en documento adjunto, salvo en el caso de que opere la aceptación tácita.

El vencimiento de la obligación de pago en este tipo de facturas no podrá ser otro que los vencimientos permitidos para el pagaré a la orden, siendo nulas las cláusulas o indicaciones insertas que contengan vencimientos distintos. Art. 207 C. de Com.

3. Cuáles son los elementos que tipifican o dan el carácter de ejecutivos a ciertos títulos?

Lo que caracteriza a los títulos ejecutivos es lo siguiente:

3.1. El título debe contener una obligación de dar o hacer. Art- 347 COGEP.

3.2. La ley determina las condiciones que debe reunir cada título para prestar mérito ejecutivo.

3.3. La obligación que contiene el título debe ser pura, clara, determinada.

3.4. El deudor es una persona determinada, identificada, que reconoce por escrito la obligación, o se la establece de acuerdo a las condiciones previstas por la ley.

Capítulo 2. DE LA LETRA DE CAMBIO

1. Antecedentes históricos.- Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.-

1.1. Antecedentes históricos.

Sobre el tema de antecedentes históricos de la letra de cambio, Manuel Broseta Pont expone: “A menudo ocurre, que para la mejor comprensión o adecuada interpretación del régimen jurídico positivo de las instituciones mercantiles es conveniente analizar someramente sus antecedentes históricos. Éste es el caso de la letra de cambio, porque ésta ha sufrido una evolución durante siete siglos que ha transformado su función y su finalidad para adecuarla a las necesidades de la economía moderna, aunque manteniendo su denominación primitiva.

La letra nace para soslayar los efectos de la canónica prohibición del préstamo y de la usura y, especialmente, para evitar el transporte de dinero en metálico de un lugar a otro, cuando la incomodidad y la inseguridad de los caminos aconsejaban sustituir el traslado de monedas por documentos, contra cuya presentación podría obtenerse en la plaza de destino la suma deseada. En el marco de este contrato de cambio trayecticio nace la letra por la conjunción en uno solo de dos documentos distintos: el pagaré cambiario y el mandato de pago. Quien necesitaba disponer de una suma de dinero en una plaza distinta, la entregaba a un banquero de la suya, de quien recibía aquellos documentos. Por el <pagaré cambiario> el banquero confesaba (mediante la cláusula de <recibí> o <valuta>) haber recibido del remitente una determinada cantidad y, además, se comprometía a pagar por sí o por medio de un correspolal y en plaza ditinta la suma recibida, a la orden del remitente o a la de la persona que éste designase en el pagaré. El <mandato de pago> era una simple carta (lettera) de ejecución de la relación anterior, dirigida a la persona que debía entregar la suma de dinero mencionada en el pagaré. Estos documentos, originalmente separados, dan lugar a la lettera di cambio cuando se funden en uno sólo. Esta fusión se produce cuando el segundo absorbe al primero, incorporando el <mandato de pago> la cláusula de <recibí> o <valuta>. De esta manera, el nuevo documento resultante de la fusión, dirigido a quien debía pagar y que se entregaba al acreedor, contenía la confesión extrajudicial de que el banquero (librador de la letra), había recibido la cantidad que debía pagar (por sí o por otro) en la plaza distinta". Ob cit vol. II, pág 451

1.2. Concepto.

La letra de cambio es un título de crédito, a la orden, creado y regulado por la Ley, que contiene un mandato de pago incondicional emitido por el girador para que otra persona -girado o librado- de aceptar la orden, la cumpla en los tér-

minos fijados en el documento, en favor de su tenedor.

Manuel Broseta Pont expresa que “Aun cuando es ciertamente difícil describir en pocas palabras su complejo funcionamiento, regido por disposiciones predominantemente imperativas, podemos intentar definir la letra de cambio como un título valor a la orden nato, formal, literal, abstracto y dotado de eficacia ejecutiva, que incorpora una orden o mandato incondicionado dirigido al librado y a la orden del tomador, de pagar a su poseedor legítimo y a su vencimiento una suma determinada de dinero, vinculando para ello solidariamente a todos sus firmantes”. Ob cit vol II, pág. 456

El Código de Comercio en el Art. 113 define a la letra de cambio en los siguientes términos:*La letra de cambio es un título valor de contenido crediticio, por el cual una persona denominada girador, librador o creador ordena a otra, denominada girado o librado, el pago incondicional a un tercero, denominado beneficiario, girador o tenedor, o a favor del propio girador o tenedor, de una suma de dinero en una fecha y en un lugar específicos.*

1.3. Requisitos.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 114 del Código de Comercio, la letra de cambio contendrá:

- a) *La denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción. Las letras de cambio que no lleven la referida denominación, serán, sin embargo, válidas, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden;*
- b) *La orden incondicional de pagar una cantidad determinada;*
- c) *El nombre de la persona que debe pagar (librado o girado);*
- d) *La indicación del vencimiento;*
- d) *El señalamiento del lugar donde debe efectuarse el pago;*

- e) *El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago;*
- f) *La indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra; y,*
- g) *La firma de la persona que la emite (librador o girador).*

Para que un título exista como letra de cambio debe contener los requisitos que establece el Art. 114 del Código de Comercio antes transcrito. Todos estos requisitos son esenciales para la validez del título como LETRA DE CAMBIO. La falta de uno de ellos la invalida como tal. Tan esenciales son que el Art. 115 del C. de Comercio suple la falta de indicación especial del vencimiento, del lugar de pago y del lugar de emisión. Esta disposición suple la falta de mención expresa de ciertos requisitos por el creador de la letra con elementos que se encuentran en el mismo documento o con principios generales del Derecho Civil y Comercial. Es decir no se exime de estos requisitos sino que se los sustituye con otros elementos que al final expresan el mismo contenido del requisito que ha sido omitido.

Los casos de excepción a que se refiere el Art. 115 son:

- a) Si falta la indicación del vencimiento, la letra de cambio será considerada como pagadera a la vista.
- a) Cuando se ha omitido la indicación especial del lugar de pago, la localidad designada junto al nombre del girado se considerará como el lugar en donde debe efectuarse el pago y, al mismo tiempo, como el domicilio del girado.
- b) Si no se indica el lugar de emisión de la letra, se considerará como suscrita en el lugar expresado junto al nombre del girador.

Si en la letra de cambio se hubiere indicado más de un lugar para el pago, se entiende que el portador o tenedor puede presentarla en cualquiera de ellos para requerir la aceptación y el pago. Es válida la letra

de cambio en que se indique que el beneficiario podrá elegir el lugar, para ejercer las acciones derivadas de ella.

La falta de mención expresa de los otros requisitos señalados en el Art. 114 del C. de Com. no es sustituída por la Ley; por lo que su omisión acarrea la no validez como letra de cambio. Esto es, no vale como letra de cambio:

- Si el documento no contiene la denominación de letra de cambio y, asimismo, no consta la cláusula “a la orden”;
- Si no se ha hecho constar el lugar donde debe efectuarse el pago y no consta la designación de una localidad junto al nombre del girado;
- Si no se indica el lugar en que se gira la letra y no consta la localidad junto al nombre del girador;
- Si no existe la orden incondicional de pagar una cantidad de dinero;
- Si no contiene el nombre del girado o librado;
- Si no contiene el nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago;
- Si no existe la firma de la persona que la emita (librador o girador).

Cabe mencionar que si la letra de cambio no indica el vencimiento será considerada como pagadera a la vista.

1.3.1. Clasificación de los Requisitos.

Los requisitos de la letra de cambio se clasifican en: a) Requisitos formales; b) Requisitos personales; c) Requisitos relativos a la obligación.

a. Requisitos Formales:

1. **Denominación de la letra:** La letra de cambio debe contener la denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del documento. Como hemos analizado antes, la letra de cambio es un título **a la orden** aunque no contenga expresamente esa cláusula. Pues la denominación de letra de cambio inserta en el texto es suficiente para darle el carácter de título a la orden. Si no existe esta denominación de letra de cambio, debe contener la indicación expresa de ser a la orden.

Podemos destacar cuatro exigencias de la ley respecto a este requisito de la denominación:

La letra debe contener:

- La denominación de letra de cambio;
- La denominación debe insertarse en el texto mismo del documento;
- La denominación letra de cambio debe expresarse en el idioma empleado para la redacción del documento. Al respecto, Santiago Andrade U enseña que “En Ecuador se puede girar una letra de cambio en cualquier idioma y ello no es obstáculo para reclamar en juicio, ya que en caso de litigio se pedirá la traducción del documento” ob cit pág.15;
- Las letras de cambio que no llevaren ésta denominación, serán válidas si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden, en el idioma empleado para la redacción de la letra.

Los documentos a la orden son transferibles por la vía de endoso. Al respecto, el Art. 124 del C. de Com. establece que toda letra de cambio, aunque no haya sido girada expresamente a la

orden, es transferible por vía de endoso, porque la letra de cambio en nuestra legislación es considerada como un documento **a la orden**; y, para que sea considerada como título no a la orden se requiere de cláusula expresa con esta declaración.

2. **Lugar y fecha de emisión:** De conformidad con lo previsto en el Art. 115 C. de Com., si no se indica el lugar de emisión de la letra, se considerará como suscrita en el lugar expresado junto al nombre del girador.
3. **Firma de la persona que la emite (librador o girador):** El girador es la persona que crea la letra de cambio y obviamente su firma es un requisito esencial. El girador, con su firma en la letra garantiza la aceptación y el pago. Puede exonerarse de la garantía de la aceptación, pero no de la de pago. Toda cláusula por la cual se exonera de la garantía de pago se estimará no escrita. Art. 123 C de Com.

b. Requisitos Personales:

1. Girador.-

El girador o librador de la letra de cambio es la persona natural o jurídica que crea y emite el título; quien debe manifestar su voluntad en forma expresa mediante la firma en el documento. El girador es la persona que da la orden incondicional al girado de pagar una determinada cantidad de dinero al beneficiario.

La firma del girador es un requisito de validez de la letra de cambio. Si no existe la firma del girador no existe Letra de Cambio; y, por consiguiente, carecen de validez las otras firmas, como la del aval. Distinto es el caso de que, en virtud de la autonomía pasiva de la letra de cambio, conforme lo establece el Art. 121 del C. de Com.: *si una letra de cambio llevare la firma de personas incapaces de obligarse, esto no afectará la validez de las obligaciones contraídas por los demás signatarios.* La firma del girador crea la letra de cambio; y, por lo

tanto, se requiere necesariamente de que el girador sea legalmente capaz.

El girador puede emitir la letra firmándola personalmente o a través de un representante o apoderado; asimismo puede una persona firmar en nombre del girador al crear la letra. Si el girador es una persona jurídica, será el representante legal de la misma el que firme el título. El representante o apoderado que suscribe la letra como girador obliga a su mandatario o representado, con excepción de los casos de falta de poder, abuso de poder o extralimitación en el uso de sus poderes, casos en los que hay falta de poder. En estos casos el que pone la firma en la letra de cambio se obliga personalmente según los términos de la letra (Art. 122 C. de Com.).

La firma del girador tiene que ser autógrafo (manuscrita del girador). Mas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 14 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos: *La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos y será admitida como prueba en juicio.* Es decir que, si el documento es creado electrónicamente debe contener la firma electrónica, que tiene igual validez que la manuscrita.

“Una letra puede estar girada por varias personas a la vez, en cuyo caso deberán firmar todos los giradores, y todos ellos se obligarán solidariamente” Santiago Andrade U ob cit pág. 37.

Al respecto, el Código de Comercio en el Art. 88 establece que: *Cuando dos o más personas suscriban un título valor, como giradores, otorgantes, emisores, endosantes, avalistas o fiadores, quedan obligados solidariamente a su pago.*

Girador analfabeto.-El Art. 114 del C. de Com. en forma imperativa dispone: “La letra de cambio contendrá:.... h) La firma de la persona que la emite (girador o librador)”. Y no contempla la

Ley la posibilidad de que el girador analfabeto estampe la huella de su pulgar derecho en lugar de la firma, ni otra alternativa.

Si de hecho el analfabeto o el que no puede firmar gira una letra de cambio imprimiendo la huella de su pulgar derecho en lugar de la firma, no existe letra de cambio. El valor de este documento es el de un simple instrumento que sirve como un principio de prueba por escrito.

Puede girar una letra de cambio el analfabeto ;y, si lo puede, de qué manera? Sí lo puede hacer, otorgando poder para que a su nombre lo haga el procurador o mandatario. Existe jurisprudencia en este sentido. También hay fallos de la Corte Suprema de Justicia que admiten que la persona que no sepa firmar puede emitir una letra de cambio estampando la huella de su pulgar derecho en presencia del Secretario de un Juzgado (Gaceta Judicial 1 de la Serie 13). Pero la letra de cambio es un título formalista y el Art. 114 del Código de Comercio exige la firma del girador para que el documento tenga la calidad y validez de letra de cambio; de tal manera que no es legalmente admisible la impresión de la huella para emitir una letra de cambio. Opino como lo hacen algunos comentaristas de que debe reformarse el Art. 114 del C. de Com. permitiendo que el que no sepa o no pueda firmar, emita letras de cambio estampando la huella de su pulgar derecho ante el actuario de un Juzgado o ante un Notario; pues la huella identifica con mayor precisión al girador, más que una firma que en muchas ocasiones es ilegible.

Firma de quien no es librador. Creación de la letra de cambio. Si en lugar del librador firma otra persona, se anula el documento como letra de cambio. No existe letra de cambio, pues falta la firma del girador. En la práctica se han dado casos en que fallece el girador de una letra de cambio, sin que haya firmado; y, luego firma el cónyuge sobreviviente o un sucesor en lugar del girador. En este caso el documento no es válido como letra de cambio por la falta de firma del girador que es quien crea la letra.

Esto puede ocurrir cuando el girador es a la vez beneficiario y por ello la letra no ha sido emitida y entregada a otra persona; y, por eso también no fue firmada. En ningún caso se puede suplantar al girador y firmar por él.

Creación y emisión de la letra de cambio.- Los tratadistas distinguen, a propósito, entre creación y emisión de la letra de cambio como dos actos diferentes. La creación consiste en el acto por el que el girador firma el documento que reúne los requisitos que la Ley determina para la letra de cambio. La emisión es un acto posterior a la creación y consiste en la entrega que el girador hace de la letra al beneficiario para que la perfeccione con la aceptación del girado. Esta diferencia entre creación y emisión es más clara cuando el girador y tenedor o beneficiario son personas distintas.

Responsabilidad solidaria del girador.- El Art. 165 del C. de Com. dispone: *Todos los que hubieren girado (girador), aceptado, endosado o asegurado por medio de un aval una letra de cambio, se considerarán como garantes SOLIDARIOS para con el portador.*

Asimismo, según el Art. 123 del C. de Com. el girador garantiza la aceptación y el pago. Puede exonerar de la aceptación, pero no del pago.

Esta garantía es solidaria, es decir que el portador de la letra de cambio puede dirigirse y demandar al girador por el total de la obligación y éste no puede aducir los beneficios de orden o excusión ni el de división.

Formas de girar una letra.-

Ordinariamente en la letra de cambio existen tres sujetos distintos: el girador, el girado y el beneficiario. Sin embargo, la ley también contempla otras formas especiales de giro (Art. 116 C. de Com), como:

- a) A la orden del propio librador. En este caso el girador es a la vez el primer tomador o beneficiario. Girador y beneficiario son la misma persona.

“El librador, en cuanto tenedor, tiene personalidad para solicitar la aceptación del girado. En caso de que esa aceptación le fuese denegada, el librador, como no se ha desprendido todavía del documento, evita la acción de regreso por falta de aceptación: librada la letra bajo esta modalidad, el tenedor (al mismo tiempo librador) hace circular el título únicamente después de haber obtenido la aceptación del girado. Cuando el librador, una vez obtenida la aceptación del girado, la endosa y pone en circulación, será dable distinguir en la letra las tres personas que intervienen en la relación cambiaria” Santiago Andrade U, ob cit pág. 38.

- b) Puede girarse contra el librador mismo. Es decir se reunen en una misma persona las calidades de girador y girado.
- c) Puede girarse por cuenta de un tercero. En este caso el girador está oculto y no se obliga. “La utilidad del giro por cuenta que establece la Ley, aparte de servir para mantener en secreto el nombre del librador, se manifiesta en la extinción de las deudas y créditos recíprocos, eliminando gastos”. Fernando A. Legón: “Letra de Cambio”, citado por Gonzalo Merino Pérez, Derecho Mercantil, pág. 171

2. **Del girado.-**

El librado o girado es la persona, natural o jurídica, a quien el girador da la orden incondicional de pagar una determinada cantidad de dinero. Es la persona que debe pagar. Es requisito esencial de validez de la letra de cambio el que en su texto contenga el nombre del girado o librado. La Ley no exige la aceptación del girado como requisito de validez de la letra. Art. 114 c) del C. de Com.

El girado no adquiere obligación en el momento de creación de la letra, sino cuando acepta la orden de pago con su firma en la letra de cambio y llega a ser el obligado directo.

Pueden ser varios los girados, dos o más. Al respecto, Joaquín Rodríguez, citado por Santiago Andrade U (ob cit pág.24), sostiene que “la letra puede girarse a cargo de varios librados conjunta o alternativamente. Si ocurre esto último, la aceptación o su denegación por cualquiera de ellos coloca a los demás en la posición de indicatarios”

Sobre este tema de la posibilidad de que sean varios los girados, la Ley de Títulos Valores del Perú establece que “Cuando sean varios los girados, el tenedor presentará la Letra de Cambio en el orden que considere conveniente. En el caso de indicación alternativa, la presentará a quien dicho tenedor elija, y en el caso de indicación sucesiva, la presentará en el orden enunciado en la Letra de Cambio”. Según esta disposición, en el caso pueden darse tres situaciones: a) que sean varios los girados, pero no existe indicación alternativa ni sucesiva; b) que sean varios los girados con indicación alternativa; c) que se dé una indicación sucesiva en la letra.

3. Del tenedor o beneficiario.-

Es la persona natural o jurídica a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago que ordena el girador. La designación del nombre del beneficiario en el texto de la letra de cambio es un requisito de validez. La identidad del beneficiario debe estar claramente expresada en la letra. Su omisión, por tanto, anula el documento como letra de cambio. Art.114,f).

“El beneficiario de una letra de cambio podrá ser una persona absolutamente incapaz, ya que disfruta de la capacidad de goce y puede actuar a través de su representante legal” Santiago Andrade U., ob cit pág. 32.

Pueden ser varios los beneficiarios. En este caso “todos ellos deberán ejercitar de consumo sus derechos, ya que la letra es indivisible (aunque una vez cobrada la cambial cada uno de los coacreedores tendrá derecho únicamente a su parte en el crédito), salvo que se haya pactado expresamente la solidaridad activa, supuesto en el cual el beneficiario que tenga en su poder la letra de cambio podrá ejercer todos los derechos que nacen de la misma” Santiago Andrade U, ob cit pág.32.

El tenedor puede endosar la letra; y, entonces el nuevo beneficiario será el endosatario.

c. Requisitos relativos a la obligación.

1. Lugar de pago y fecha y lugar en que se gira la letra.-

Según el Art.114 del C. de Com., la letra de cambio contendrá:...

- d)** El señalamiento del lugar donde debe efectuarse el pago;.....
- e)** La indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra.

La falta de indicación especial de estos requisitos la suple el Art.115 del C. de Com. con elementos del mismo documento. Así:

- a)** La letra de cambio en la que no se indique el vencimiento se considerará como pagadera a la vista.
- b)** Cuando se ha omitido la indicación especial del lugar de pago, la localidad designada junto al nombre del girado se considerará como el lugar en donde debe efectuarse el pago y, al mismo tiempo, como el domicilio del girado.
- c)** Si no se indica el lugar de emisión de la letra, se considerará como suscrita en el lugar expresado junto al nombre del girador.

Si en el documento no se indica el lugar de pago ni se señala ninguna localidad junto al nombre del girado; así como si no se indica el lugar de emisión de la letra, ni se expresa lugar alguno junto al nombre del girador, tal documento no existe como letra de cambio; pues estas omisiones no pueden ser suplidas por el Juez en cuanto son formalidades atinentes a la naturaleza de la letra de cambio.

En la práctica se discute si vale como lugar de pago el de la aceptación. Hay fallos de la Corte Suprema sobre este particular que son contradictorios.

El formulario de la letra de cambio que comúnmente existe en nuestro País contiene en el anverso un lugar para indicar el nombre del girado; y, en el reverso, el espacio y leyenda o formulario para la aceptación, en donde el girado aceptante firma y generalmente no se pone el nombre del girado.

De tal manera que, optando por una interpretación literal restringida de las disposiciones, no vale como lugar de pago el de la aceptación porque materialmente otro es el lugar en donde va el nombre del girado y junto a él la localidad; y, además porque el lugar de pago lo determina el girador y no el aceptante. Sin embargo, con una posición pragmática y de justicia, y creo sin afectar el rigor cambiario, podemos sostener que vale como lugar de pago el de la aceptación por las siguientes razones:

1. Segundo el formulario que comúnmente existe para la letra de cambio, el aceptante se sujeta a los jueces de la ciudad o lugar que consta en su aceptación; y, por lo tanto, ese es el lugar de pago.
2. La Ley no ha determinado de manera expresa materialmente el lugar en el texto de la letra en donde debe ir el nombre del girado. De tal manera que este puede ir junto al texto de la aceptación; y, lo que es

más, junto a la firma y rúbrica de la aceptación puede ponerse el nombre del girado y la localidad, y si no hay otro, este debe ser tenido como el lugar de pago.

Sí debemos advertir que la letra debe contener la localidad (lugar, pueblo, ciudad) en donde debe efectuarse el pago, no simplemente una dirección de calles y número de casa.

Asimismo, debemos tener presente que la indicación de la fecha de giro de la letra es un requisito esencial, de validez de la letra. Es decir, si no consta la fecha en que se gira el documento, no vale como letra de cambio.

Es importante recordar que, según lo dispuesto por el art. 271 C de Com.:*la fecha de las letras de cambio, de los pagarés y otros títulos valores o efectos de comercio, así como las de sus endosos, avales o cesiones, se tiene por cierta si no se prueba lo contrario.*

La fecha de giro de la letra permite determinar los vencimientos de las letras de cambio giradas a cierto plazo de fecha y a día fijo, así como los plazos de caducidad y prescripción. Asimismo la fecha de giro es determinante para establecer la capacidad del girador.

Letra de cambio domiciliada.

Según lo previsto en el Art.117 del C. de Com., letra de cambio domiciliada es aquélla que puede ser pagadera en el domicilio de una tercera persona, sea que ésta se halle en el mismo lugar del domicilio del girado, o en otro lugar cualquiera. Es decir, cuando en la letra se designa un lugar de pago diferente del domicilio del girado se trata de una letra domiciliada.

El Art.140 C. de Com. complementa esta figura al disponer:
Cuando el girador haya indicado en la letra de cambio un lugar de pago que no sea el del domicilio del girado, sin designar la persona que deba pagarla, la aceptación indicará la persona que habrá de efectuar el pago. A falta de esta indicación, el aceptante se reputará obligado a pagar él

mismo en el lugar del pago.-Si la letra es pagadera en el domicilio del girado, éste podrá, al aceptar, indicar una dirección del mismo lugar donde deba efectuarse el pago.

En doctrina se distingue dos clases de domiciliación:

- a) **Domiciliación propia o perfecta**, que consiste en que el pago de la letra de cambio debe efectuarse: 1) por persona distinta del girado; y, 2) en lugar distinto del domicilio del girado.
- b) **Domiciliación impropia o imperfecta**, cuando se designa un lugar de pago distinto al del domicilio del girado, pero el pago debe efectuarlo el mismo girado; es decir, no se designa persona distinta del girado para que efectúe el pago.

De lo expuesto se concluye que son dos figuras jurídicas distintas: 1) el domicilio del girado; y, 2) el lugar de pago de la letra de cambio.

2. Orden de pago incondicional.-

Característica esencial de la letra de cambio es la de que contiene una orden incondicional que emite el girador para que el girado pague una cantidad determinada al poseedor del título. En este punto la letra de cambio es semejante al cheque; y, en cambio, esta característica la diferencia sustancialmente con el pagaré.

El numeral en comentario se refiere al pago de “una cantidad determinada”, pero no dice de qué; sin embargo, en la práctica se concreta en el pago de dinero. No se reconoce letras sobre frutos u otras especies.

La orden de pago que contiene la letra de cambio debe ser incondicional; es decir el mandato de pago es puro y simple; no sujeto al cumplimiento de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Esto contribuye a configurar un título esencialmente

destinado a la circulación y a facilitar los negocios, garantizando al poseedor el pago de la prestación.

Si el documento contiene una condición para el pago, no vale como letra de cambio.

El Art.114,b) del C de Com dispone que la letra debe contener la orden incondicional de pagar **una** cantidad determinada; pero si de hecho contiene cantidades diversas, la letra no se invalida; y, el Art.120 del C. de Com establece la solución en el caso.

En cuanto a la moneda en que debe realizarse el pago, el Art. 158 C de Com dispone que: *Cuando en una letra de cambio se hubiera estipulado su pago en una moneda extranjera, su importe debe satisfacerse en la moneda pactada. Sin embargo, por acuerdo entre las partes la obligación podrá ser pagada en moneda del curso legal. A falta de estipulación, el valor a pagar se calculará de acuerdo con la primera cotización vigente al momento de efectuarse el pago.*

El Dr. Santiago Andrade U advierte que “Actualmente, en Ecuador no existe signo monetario propio, ya que se ha adoptado el dólar de los Estados Unidos de América. Ocurre con frecuencia que en la cambial se indica únicamente la cantidad acompañada de la palabra “dólares”, sin otra especificación. Se deberá entender que se ha estipulado la cantidad en dólares de los Estados Unidos de América, atendiendo lo que dispone el inc.2 del art. 1 de la Ley No.2000-4” ob cit pág. 23.

3. Diferencia de valores a pagarse.-

El Art.120 C. de Com señala dos casos:1)Cuando el monto a pagarse esté escrito en letras y en cifras, en caso de diferencia, vale por la suma escrita en letras; 2) Cuando el monto esté escrito varias veces ya sea en letras o en cifras, en caso de diferencia vale por la suma menor.

4. Vencimiento. Este tema se trata en el No. 5.

1.4. Naturaleza.- Carácteres.

La naturaleza de la letra de cambio se puede concretar en las siguientes características:

1.- Desde el punto de vista genérico, la letra de cambio es un título valor; y, como tal, es un documento necesario, que contiene un derecho incorporado, literal y autónomo.

Es literal porque su texto determina el derecho que incorpora.

El derecho que se contiene en el título es autónomo porque es independiente de las relaciones habidas entre las personas vinculadas con el documento.

2.- La diferencia específica como título valor es la de que es un título de crédito.

3.- Es un instrumento privado, porque “Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno...”. Art. 216 COGEP.

4.- Es un título formal, creado y reglado por la Ley; y, por tanto, si le falta uno de los requisitos exigidos por la ley, ese instrumento no se considera letra de cambio.

5.- Es un título a la orden.

6.- Incorpora una obligación de pagar una determinada cantidad de dinero.

7.- El cumplimiento de la obligación incorporada a la letra está garantizado solidariamente por todos los signatarios.

2. De la aceptación

2.1. Concepto.-

Aceptación es el acto por el que el girado asume la obligación cambiaria de cumplir la orden incondicional de pagar al portador legitimado una cantidad determinada de dinero, dada por el girador en la letra de cambio. El aceptante contrae la obligación de pagar la suma determinada en la letra como deudor principal.

La aceptación no es un requisito de validez de la letra de cambio; pues no consta entre los requisitos señalados por el Art. 114 C. de Com. Mas, la aceptación agrega un obligado cambiario más, directo y principal, a los demás obligados solidarios.

Cabe señalar que si el consentimiento del girado al aceptar la letra de cambio está viciado, por las causas que determina la Ley (error, fuerza, dolo), es nula la letra de cambio.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 147, inc. lo., del C. de Com., la letra de cambio a la vista será pagadera a su presentación. Por lo tanto, el girado al mismo tiempo que acepta la letra paga la cantidad que la misma determina; y, en este caso se confunden los actos de aceptación y pago.

2.2. Presentación a la aceptación

El C. de Com contempla las siguientes reglas sobre la presentación de la letra de cambio Arts.135, 136:

1.- **Presentación obligatoria.**-El girador puede estipular en toda letra de cambio que ésta deberá ser presentada para su aceptación. Es decir que, en este caso, la presentación de la letra a la aceptación es obligatoria.

2.- **Prohibición de la presentación.**- En las letras a día fijo y a cierto plazo de fecha, el girador podrá prohibir en la letra la

presentación a la aceptación, a no ser que se trate de una letra de cambio domiciliada o girada a cierto plazo de vista.

3.- Plazo de presentación.- El girador puede fijar o no plazo para la presentación. Asimismo, el girador podrá estipular que la presentación a la aceptación no deba efectuarse antes de una fecha determinada. Si se trata de una letra a cierto plazo de vista, el girador podrá abreviar o ampliar el plazo de presentación.

4.- Letra no sujeta a aceptación.-El girador puede declarar que la letra no está sujeta a aceptación, en cuyo caso no es necesaria la presentación, con la salvedad de la letra domiciliada o girada a cierto plazo de vista. Solo el girador puede estipular en la letra de cambio la cláusula no aceptable.

5.- Estipulación por endosantes.-Todo endosante podrá estipular que la letra deberá ser presentada para su aceptación, fijando o no plazo para ello, salvo el caso de que el girador haya declarado que dicha letra no está sujeta a aceptación.

6.- Presentación necesaria.-La letra de cambio girada a cierto plazo de vista deberá ser presentada para su aceptación. Es decir, en ésta letra la presentación es necesaria, por cuanto la aceptación es necesaria para que decurra el plazo de vencimiento.

7.- Letra que no requiere presentación a aceptación.- La letra pagadera a la vista no requiere presentación a aceptación, por cuanto ésta letra será pagadera a su presentación. Art. 147 C. de Com.

8.- Letra de cambio a la vista domiciliada.- “Si la letra de cambio a la vista es domiciliada, deberá necesariamente presentarse a aceptación a fin de que el girado indique domicilio, o en su defecto, asuma expresa o tácitamente la responsabilidad de que se le presente la letra personalmente, en el lugar de domiciliación, al tenor de lo que dispone el art. 435 (actual 140) del C. Co.” Santiago Andrade U., ob cit pág. 66.

9.- Segunda presentación. - De conformidad con lo previsto por el art.137, inciso segundo, C de Com: *El girado podrá pedir que se le haga una segunda presentación al día siguiente de la primera*, quien presente la letra puede acceder o no al pedido del girado.

“Si en la letra figuran dos o más girados, el tenedor deberá presentarla a todos, y cada uno de ellos deberá aceptarla por su totalidad. Sin embargo, si se ha girado con cargo a dos o más personas alternativamente, se podrá presentarla a cualquiera de ellas y si una de ellas acepta, no será necesario presentarla a las restantes, ya que se trata de una obligación disyuntiva, en que uno de los sujetos, el que acepta, excluye a los demás” Santiago Andrade U. ob cit pág. 65.

2.3. Hasta cuándo y en qué lugar debe ser presentada la letra de cambio para su aceptación?

La letra de cambio puede ser aceptada en el mismo momento del libramiento o posteriormente.

El plazo para la presentación de la letra al girado depende de la modalidad de vencimiento y de si el girador fijó o no plazo de presentación :

2.3.1. La letra de cambio girada a cierto plazo de vista deberá ser presentada para su aceptación dentro de seis meses de su fecha, pudiendo el girador abreviar o ampliar este plazo. Los endosantes sólo podrán abreviar estos plazos. Art. 136. En este caso el vencimiento empieza a darse a partir de la fecha de aceptación.

A la presentación de la letra puede darse dos situaciones:

- Que el girado firme la aceptación sin fecha, en cuyo caso debe hacerse el protesto por falta de fecha;
- que se acepte con fecha, en cuyo caso desde ésta empieza a darse el plazo de la obligación.

2.3.2. El girador puede fijar plazo para la presentación de la letra para su aceptación, que obviamente debe ser anterior al cumplimiento del plazo de exigibilidad de la obligación cambiaria. Art. 135.

2.3.3. Si el girador no determina el plazo de presentación de la letra para su aceptación, la Ley señala el plazo máximo de **seis meses** contados desde la fecha de giro.

2.3.4. Hay que recalcar que en todo caso la letra de cambio puede ser presentada al girado para su aceptación hasta el vencimiento. Art. 134 C. Com.

2.3.5. En la letra girada a la vista, la aceptación se confunde con el acto de pago.

2.3.6. Lugar de presentación.-La letra debe ser presentada para su aceptación en el domicilio del girado, porque no se ve razón valedera para obligarlo a que concurra a otro domicilio para enterarse de la orden del girador. Pueden presentar la letra para su aceptación el portador o un simple poseedor, sin que estén obligados a dejarla en manos del girado. (La letra puede circular antes de ser aceptada). Art. 134.

2.4. Efectos de la presentación y de la no presentación de la letra.

De la presentación y de la no presentación de la letra se derivan efectos importantes. Así:

1.- A la presentación de la letra el girado puede aceptarla o puede rehusar la aceptación. Si se hubiere rehusado la aceptación, el portador podrá ejercer sus acciones contra los endosantes, el girador y demás obligados. Art. 161 C. Com.

2.- En las letras de cambio giradas a día fijo o a cierto plazo de fecha, en las que la aceptación es facultativa, la no presentación de la letra no origina consecuencias jurídicas, por cuanto no es un requisito para el plazo de vencimiento.

3.- Si el tenedor no presenta la letra al girado para su aceptación, cuando ésta es de obligatoria presentación, pierde las acciones cambiarias contra el girador o los endosantes.

2.5. Formalidades y exigencias para la aceptación.-

La aceptación es una vinculación expresa del girado con la obligación que contiene la letra y sus efectos, y por lo mismo debe cumplir ciertas formalidades y exigencias:

2.5.1. La aceptación debe escribirse en la letra de cambio, y se expresará por la palabra “**aceptada**” u otra equivalente.

2.5.2. La expresión de voluntad del girado de aceptar la letra debe hacerla firmando la nota de aceptación, que en los formularios usuales va al reverso de la letra.

2.5.3. El girado puede aceptar la letra con su sola firma puesta en el anverso o cara anterior de la letra; pues por expresa disposición del Art. 138 del C. de Com. esto equivale a la aceptación. En este caso no requiere que vaya la palabra “aceptada”.

2.5.4. La aceptación será incondicional.

2.5.5. El girado puede limitar su aceptación a una parte del importe de la letra. El portador deberá levantar el protesto por falta de aceptación en el resto, a fin de que conserve la acción de regreso por la parte no aceptada. Art.139 C. de Com.

Aceptación de una letra de cambio por el analfabeto.-El analfabeto al no saber firmar no puede aceptar una letra de cambio

por sí solo; puede hacerlo mediante poder especial conferido para el efecto.

Por la actual disposición del Art.138 del C. de Com., que exige que la aceptación debe estar “firmada” por el girado, no es admisible legalmente que el girado para aceptar la letra de cambio imprima la huella digital del pulgar derecho, aunque lo haga en presencia del actuario de un Juzgado.

2.5.6. Cuando la letra sea pagadera a cierto plazo de vista o cuando se haya estipulado plazo para ser presentada a la aceptación, **deberá llevar la fecha en que se haya efectuada ésta** o la fecha del día de la presentación por el portador cuando así lo exija él. A falta de fecha el portador levantará el protesto correspondiente para conservar sus derechos contra los endosantes y contra el girador. Es decir la falta de fecha de aceptación no anula a la letra de cambio. Art. 138, inciso segundo, C. de Com.

La aceptación de la letra de cambio por parte del girado será INCONDICIONAL. Toda condición que se pretenda establecer con la aceptación anula la letra de cambio, sobre todo como título ejecutivo. Por ello la letra en la que se exprese que es en garantía no es título ejecutivo. Sin embargo, el girado sí puede limitar la aceptación a una parte del importe de la letra. El portador puede rechazar o no esta aceptación parcial. Por el resto debe levantar protesto por falta de aceptación. Cualquier otra modificación que la aceptación haga a los términos de la letra de cambio, equivaldrá a rehusar la aceptación. Art. 139 C. de Com.

La aceptación será incondicional, esto es pura y absoluta. El librado es su principal deudor y su obligación es pagar al último portador, salvo que haya falsedad en la aceptación.

En todo caso el aceptante queda obligado en los términos de su aceptación. Art.139, inciso segundo, C. de Com.

La letra de cambio no puede existir jurídicamente sin que esté girada, **pero sí existe jurídicamente sin la aceptación.** Sin embargo hay que recalcar que sin la aceptación no existe el expreso reconocimiento del girado de la obligación que se le determina

(Hay criterios diversos sobre esto, ver Orbe, ob. cit., pág. 37).

Por la aceptación, el girado se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento: Art.141, inciso 1º. C. Com..

Para efectos del vencimiento la aceptación puede ser: **a. Necesaria; b. facultativa.** Es necesaria en las letras giradas a cierto plazo de vista, por cuanto el plazo de vencimiento no decurre mientras no haya sido presentada para su aceptación al girado.

En las letras giradas a día fijo o a cierto plazo de fecha, la aceptación es facultativa, por cuanto no constituye un requisito para el plazo de vencimiento, puesto que las fechas de vencimiento son expresas.

2.6. Efectos de la aceptación y su denegación

1.- Si el girado acepta la letra se convierte en obligado principal y directo; se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento.

2.- Si el girado se niega a aceptarla, de esta negativa se derivan las siguientes situaciones:

a) El girado no se convierte en obligado cambiario; y, por tanto, contra él no se puede ejercitar ninguna acción cambiaria

b) Ante la negativa del girado, el tenedor levantando el protesto correspondiente, puede dirigirse contra el girador o los endosantes para exigir el pago (acción de regreso).

- c) Si la letra a su presentación no es aceptada por el girado y el tenedor no levanta el protesto por falta de aceptación, esto produce dos efectos distintos según la clase de letra: 1) si la letra es de las de presentación facultativa a la aceptación, el tenedor no sufre ningún perjuicio cambiario directo, pero no podrá ejercitar el regreso de reembolso; 2) si la letra es de presentación necesaria, el tenedor que presenta la letra, pero no levanta el protesto por falta de presentación, pierde sus acciones cambiarias contra el librador o los endosantes.
- 3.- Si el girado acepta la letra y no paga, el portador, aun cuando él mismo sea el girador, tiene contra el aceptante una acción directa que resulta de la letra de cambio para todo lo que puede ser exigido en virtud de los artículos 141, 166, 167 del C. de Com.

2.7. Revocatoria de la aceptación.

El girado sí puede revocar su aceptación ya puesta en la letra de cambio; y lo puede hacer tachándola antes de entregar el documento. El Art.142 C. Com. establece que si el girado tachare la aceptación antes de entregar la letra se “ considerará rehusada”.

Sin embargo, el girado se obliga en los términos de su aceptación si la hubiere testado después de comunicar por escrito, al portador o a cualquiera de los signatarios, que ha aceptado la letra.

3. Del Endoso

3.1. Concepto

Endoso es un acto por el que el portador (endosante) de un título a la orden transfiere el título y/o el derecho que contiene a un tercero (endosatario) mediante una simple nota escrita en el

documento o en una hoja adherida y su entrega. No siempre se transfiere el título, como veremos más adelante.

En este acto cambiario se cumplen dos requisitos: la declaración de voluntad formal escrita sobre la letra y la tradición o entrega de la misma al endosatario.

Broseta Pont (ob cit pág.475) dice que el endoso puede definirse como “la declaración cambiaria escrita en la letra y acompañada de su tradición, por la que su tenedor (endosante) ruega al librado el pago de la letra a la orden de otra persona (endosatario), a quien transmite la letra, legitimándole para el ejercicio de todos los derechos cambiarios”.

El endoso es un mecanismo jurídico sencillo, no solemne, que permite la ágil circulación de los títulos valores a la orden, como la letra de cambio, y de esa manera el cabal cumplimiento de los fines económicos que ella persigue.

“El endoso es una **declaración unilateral**, desvinculada de toda relación causal con las restantes declaraciones cambiarias (libramiento, aceptación, aval), ya que le es aplicable el principio de la autonomía cambiaria, por cuanto al firmar el endosante incorpora al título su obligación incondicional, que le vincula a la letra constituyéndole en garante de la aceptación y del pago; es una **declaración accesoria**, puesto que se requiere de la existencia previa de un documento formalmente válido” Santiago Andrade U, ob cit pág. 46

Qué letras de cambio se transfieren por endoso?.-

La letra de cambio es un título a la orden, aunque no contenga expresamente esa cláusula (Art.124 C. Com.). Por ello, por regla general toda letra de cambio es transferible por endoso, con excepción de aquéllas que han sido giradas expresamente con la

cláusula “No a la orden”, o una expresión equivalente, en cuyo caso el documento sólo será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

3.2. Quien puede endosar y a favor de quien puede hacerse el endoso.- Endoso a favor del girado aceptante

El tomador o beneficiario de la letra puede endosarla a cualquier persona, inclusive en provecho del girado aceptante, del girador o de cualquier otra persona obligada por la misma letra. Estas personas pueden, a su vez, endosar la letra. Art.124, inciso tercero, C.Com.

Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y surte iguales efectos que el pago, dispone el Art. 1681 del Código Civil. Pero en tratándose de la letra de cambio no rige esta norma, pues a pesar de concurrir en una misma persona, la del girado aceptante, las calidades de acreedor y deudor cambiario, no se extingue la obligación y puede éste endosarla y así continuar circulando la letra; pues además del girado los demás signatarios de la letra son también deudores.

Cabe señalar también que sólo las letras creadas y firmadas por el librador, pueden entrar en circulación mediante endoso; pues no procede legalmente que después de haber sido aceptada una letra de cambio asome como girador otra persona que no sea el primitivo y verdadero librador; es decir, no puede aceptarse como girador a una persona que no intervino en el negocio que dió origen al documento; pues, en este caso, se carece de causa.

Una letra se puede ceder o transferir únicamente mediante endoso. La mera entrega material de la letra de cambio no transfiere ni el título ni los derechos que contiene, no surte efecto legal alguno.

3.3. Clasificación del endoso

3.3.1. Los endosos pueden clasificarse de la siguiente manera:

Al distinguir si el endoso transfiere al endosatario la propiedad del título y los derechos que contiene, o transfiere solamente el ejercicio de los derechos que contiene el título, el endoso se clasifica en pleno y semipleno.

3.3.1.1. Endoso pleno

Endoso pleno es aquél por el que se transfiere al endosatario la propiedad del título y la titularidad de todos los derechos que contiene, otorgando autonomía al título, según la que los signatarios de la letra no pueden plantear excepciones causales al tenor del título por vía de endoso, salvo que el endoso fuese fraudulento.

Son endosos plenos el endoso por valor recibido y el endoso en blanco.

3.3.1.1.1. Endoso por valor recibido

El endoso por valor recibido es un endoso pleno, en el sentido que transfiere al endosatario la propiedad del título y la titularidad de los derechos que contiene. En este caso, el endosante recibe de parte del endosatario el valor correspondiente al efectuar el endoso. Pero estimo que también la letra puede endosarse por pura liberalidad del endosante. Es decir que no es requisito de validez el que el endosante reciba el valor de la letra.

3.3.1.1.2. Endoso en blanco

El endoso será válido aun cuando en él no se designe la persona a cuyo favor se haga, o cuando el endosante se hubiere limitado a poner su firma en el dorso de la letra o en una hoja adherida a la misma (endoso en blanco). Art.126, inc. 2o., C. de Com.

El endoso en blanco produce los mismos efectos jurídicos que el endoso completo y debe contener la firma del endosante para que sea válido. No es indispensable que se designe la persona a favor de quien se hace el endoso, por ello cabe o procede legalmente el endoso en blanco.

Si el endoso estuviere en blanco el portador podrá:

- 1ª.- Llenar el blanco, sea con su nombre o el de otra persona;
- 2ª.- Endosar a su vez la letra en blanco a otra persona; y,
- 3ª.- Entregar la letra a un tercero sin llenar el blanco y sin endosarla .Art. 127 C. de Com..

El endoso en blanco es un endoso PLENO.-El endoso en blanco tiene como ventaja la de que permite la transferencia del título sin tener que explicar la negociación que es causa o da origen al endoso, salvo los casos de fraude o colusión.

En el criterio de Francisco López de G. (ob. cit. pág. 115), el endoso en blanco puede ser:
a) endoso en blanco propiamente dicho;
y, b) endoso incompleto. El primero consiste en que el endosante se limita a poner su firma en la letra, pudiendo llenar el nombre y los demás antecedentes el endosatario. El segundo implica la omisión de alguna de las circunstancias que debe contener el endoso.

Debemos tener presente que por disposición del Art. 129 C de Com: *Cuando un endoso en blanco vaya seguido de otro endoso, se considerará que el firmante de éste ha adquirido la letra por el endoso en blanco.*

Los endosos incompletos habrán de interpretarse en la siguiente forma:

- 1.- La no indicación de la clase de endoso supone el endoso en propiedad.

2.- La falta de firma en el endoso, por parte del endosante, hace nulo el endoso. Art. 126, inciso 1º.C de Com.

3.- La falta de fecha presume que el endoso se hizo en el día en que el endosante adquirió el documento.

4.- La falta de lugar, que se hizo en el domicilio del endosante.

Los endosos en blanco presuponen que el valor de la letra se ha recibido.

Hay opiniones a favor y en contra sobre la necesidad de que se estampe la fecha en que se verifica el endoso en blanco. Cuando el endoso se hace totalmente en blanco es obligado que se consigne la fecha porque puede darse una falsedad respecto de esta y de ella es responsable el endosante, cuando se estampe una fecha figurada. Dejar la fecha en blanco presupone una fecha distinta y de esta falsedad es responsable el que endosa la letra

Para el ejercicio de los derechos que el título incorpora debe determinarse el nombre del tenedor.

3.3.1.2. Endoso semipleno.

El endoso semipleno consiste en que el tenedor delega el ejercicio del derecho que contiene el título, reservándose la propiedad del mismo. Son endosos semiplenos: el endoso por “valor en cobro”, “para cobrar”, “por procuración” y el endoso “valor en garantía”, “valor en prenda”.

3.3.1.2.1. Endoso valor en cobro o endoso por procuración.

Consiste en que el endosante, sin transferir la propiedad de la letra, confiere mandato para que el endosatario por cuenta del endosante ejerza los derechos cambiarios. En este caso el endoso contiene la expresión “valor en cobro”, “para cobrar”, “por procuración” o cualquiera otra fórmula que implique un simple

mandato. El portador de la letra endosada en procuración podrá ejercer todos los derechos que se deriven de la letra de cambio, pero sólo podrá endosarla a título de procuración. Art. 131, inciso 1º.C. de Com.; pues en éste no existe el efecto traslaticio del endoso.

El propietario de la letra endosada en procuración y titular de los derechos cartulares sigue siendo el endosante, y el endosatario es su representante; y, por ello es que cuando el endosatario promueva acciones judiciales los obligados pueden invocar y oponerle las excepciones que podrían oponerse al endosante (Art. 131, inciso 2º.C. Com.). Asimismo, por este mismo hecho, el portador de la letra endosada en procuración sólo podrá endosarla a título de procuración.

Respecto de terceros, el portador de la letra endosada en cobro puede ejercer todos los derechos que se deriven de la letra de cambio, pero no lo autoriza a disponer de ellos. El endosatario por valor en cobro no podrá hacer quitas, remisiones, renuncias, transacciones.

El endosatario debe rendir cuentas de la suma recibida, entregarla oportunamente, debe ejercer y conservar los recursos y acciones ante la falta de pago y aceptación; y, en todo caso proteger los derechos del endosante.

El mandato del endosante en procuración se diferencia del mandato común en cuanto a que el endoso-mandato no concluye por la muerte o incapacidad sobreviniente del endosante (si se extingue por la muerte o incapacidad del endosatario); en cambio el mandato común termina por muerte, quiebra, interdicción del mandante o del mandatario. Art. 2067 C. Civil.

Se discute si el endoso por valor en cobro o por procuración debe hacerse en favor de un Abogado solamente o también puede hacerse en favor de personas que no son Abogados. Hay sentencias de la Corte Suprema que sostienen que el endoso por valor en cobro

constituye una verdadera procuración judicial; y que, por lo tanto, este endoso tiene que hacerse en favor únicamente de Abogados, en virtud de lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados, que dice:"Sólo los Abogados en el ejercicio de su profesión podrán comparecer en juicio como procuradores judiciales y asistir a las juntas, audiencias y otras diligencias, en representación de las partes, cuando éstas no pueden concurrir personalmente". Según este criterio, el endoso por valor en cobro en favor de una persona que no es Abogado contraviene el Art.49 de la Ley de Federación de Abogados y produce u ocasiona ilegitimidad de personería. Pero también hay fallos de la Corte Suprema de Justicia que sostienen que el endoso por valor en cobro puede efectuarse en favor de cualquier persona, sea Abogado o no; pues admitir que sólo los Abogados pueden ser beneficiarios de un endoso por valor al cobro o de otro similar que implique mandato, sería atentar contra la naturaleza de la letra de cambio o al menos restringir su circulación en forma inaceptable; y además, el endoso por valor en cobro no implica necesariamente que este cobro tenga que hacerse por la vía judicial como para que deba intervenir un Abogado como procurador.

El endoso surge para agilitar la circulación de los títulos valor a la orden, como la letra de cambio, y la aplicación rígida del Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados desnaturalizaría el endoso y atentaría contra la función económica que cumple la letra de cambio.

El endoso valor en cobro no implica cesión de derechos, sino delegación de atribuciones; por ello los demandados por un endosatario valor en cobro pueden oponer excepciones personales que podrían oponerse al ENDOSANTE; la letra no se desvincula de su causa.

3.3.1.2.2. Endoso en garantía

El Código de Comercio en el Art. 132 establece que:*Cuando un endoso contenga la expresión “valor en garantía”, “valor en prenda”, o cualquier otra fórmula que implique caución, el portador podrá ejercer todos los derechos que se deriven de la letra de cambio, pero el ENDOSO HECHO POR EL, SOLO SERÁ VALIDO EN CALIDAD DE PROCURACION.*

Los obligados no podrán invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, a no ser que el endoso fuere el resultado de un acuerdo fraudulento.

La letra de cambio, en este caso, se constituye en prenda y el endosante sigue siendo propietario de la letra, y el endosatario no puede transferir la propiedad del título sino solamente puede endosarlo a título de procuración; el endosatario posee el título, porque sin esa posesión no puede existir la prenda.

No se pueden invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones con el endosante, por cuanto el endosatario no es un mandatario del endosante, pues la letra está en posesión del acreedor prendario, posesión que la adquiere en forma autónoma y en interés propio.

Es el caso que, en un crédito, el deudor, como garantía, entrega al acreedor una letra endosada a su favor. Cuando el deudor pague la deuda al acreedor, éste debe anular el endoso y devolver la letra al deudor. En este caso el deudor vuelve a ser tenedor de la letra y puede volverla a utilizar en su beneficio.

3.3.2. Endoso a la Orden del Comitente.

Estos endosos se conocen en el comercio con el nombre de “ENDOSO SIN MI RESPONSABILIDAD”; y, esta misma es la fórmula que se emplea para estos endosos. (Francisco López de G., ob. cit. pág. 118)

3.3.3. Endoso de Retorno.

Es aquél en virtud del que se transfiere la letra a personas que figuran en la misma como signatarios (librador, endosantes, librado). Por ejemplo, si se deja sin efecto el endoso en procuración o en caución, el endosatario puede devolver a su endosante la letra.

“...esta modalidad de endoso no está prevista expresamente en nuestra legislación, pero es válida e implica que el endosante en devolución o en retorno no se obliga cambiariamente, porque no garantiza ni la aceptación ni el pago” Santiago Andrade U., ob cit pág. 60

Si el endosatario es el librador, éste no adquiere derechos más que contra el aceptante, y no puede reclamar a los anteriores endosantes, puesto que, como responde frente a todos ellos, en cuanto a la misma letra de cambio, sería un contrasentido que exigiese como tenedor de la cambial, una cantidad que tendría que reembolsar como librador del endosante demandado.

Si la letra fuese endosada a una persona que ya figuraba anteriormente en calidad de endosante, por la misma razón que en el caso anterior, los endosos intermedios no producirán efecto, ni serán eficaces, en favor del tenedor, y por lo tanto no podrá reclamar contra los firmantes intermedios.

Si la letra se endosa en favor del librado, es preciso hacer una distinción. Cuando dicho librado no hubiere prestado su aceptación, no ha adquirido el carácter de deudor cambiario y por tanto los endosos producen los efectos ordinarios; el librador podrá volver a endosar el título, protestarlo incluso, frente a sí mismo, y proceder en vía de regreso contra los endosantes y librador, a reserva, por parte de éste, al derecho a oponerle la excepción de la existencia de la provisión de fondos, en su caso, que equivaldría a una verdadera compensación. Pero si el librado hubiese aceptado la letra y quedara convertido en deudor principal de la cambial,

deberá quedar extinguido el crédito por confusión y por tanto la letra no podría ser endosada de nuevo, aunque no hubiere llegado el día de su vencimiento. A tal solución se llega por aplicación del Código Civil, que declara extinguidas las obligaciones desde que se reunen en una misma persona las calidades d e acreedor y deudor. Así opina Vicente Gella, pero, sin embargo, por el contrario, el Profesor Garrigues, cree que si la letra es endosada al aceptante, éste puede endosarla de nuevo, ya que la adquisición de la letra por el aceptante, a virtud del endoso, no permite suponer, según el citado Profesor, que el aceptante quiera pagar, ya que tiene derecho a seguir siendo deudor hasta el día del vencimiento y no tiene obligación de pagar anticipadamente. Citados por Francisco López de G., ob. cit., pág. 118.

3.3.4. Endoso de la letra en juicio

Cuando se demanda en juicio el pago de la letra de cambio, ésta sale de la circulación y por lo tanto no es procedente el endoso, mientras se encuentre en trámite el juicio.

Si paga un garante demandado, el acreedor puede pedir el desglose del título y endosarlo a quien pagó.

3.4. Reglas sobre el endoso.

El endoso debe cumplir los siguientes requisitos y reglas en general:

- a) Debe ser incondicional. *Toda condición a la cual esté subordinado se reputará como no escrita.* Art.125 C. de Com.
- b) El endoso deberá ir escrito en la letra de cambio o en una hoja adherida a la misma. Art.126 C. de Com.

- c) El endoso deberá ser “firmado” por el endosante. Art.126 C. de Com.. No se requiere la designación de la persona a cuyo favor se hace el endoso.
- d) El endoso debe realizarse antes del protesto de la letra.
- e) Debe ser a la orden .
- f) **Endoso parcial.**- El endoso parcial será nulo.
- g) **Endoso al portador.**-Será igualmente nulo el endoso “al portador”. Art.125 C. Com.
- h) El endosante podrá prohibir un nuevo endoso. En tal caso, no estará obligado a la garantía para con las personas a quienes se endosare ulteriormente la letra. Art. 128 C de Com.
- i) Los endosos testados se considerarán nulos. Art.129, inc. 2º C. de Com
- j) **Endoso posterior al vencimiento.**- El endoso puede tener lugar posteriormente al vencimiento y éste produce los mismos efectos que un endoso anterior. Art.133 C de Com.
- k) **Endoso posterior al protesto.**-El endoso posterior al protesto por falta de pago o hecho después de la expiración del plazo fijado para levantarla, sólo producirá los efectos de una cesión ordinaria. Art.133 C de Com.

“De lo anterior se concluye: a) que el endoso posterior al protesto o al vencimiento del término para levantarla no priva a la cambiaria de su carácter de tal; b) que el título se transmite mediante la forma inherente al endoso, no siendo necesaria la notificación a los obligados; c) que el demandado tiene derecho a oponer al último portador todas las excepciones que pueda tener contra el girador o contra los portadores anteriores, aunque se funden en sus relaciones con los mismos y sin que esté obligado a probar que la transmisión de la letra haya sido el resultado de un acuerdo fraudulento” Santiago Andrade U., ob cit pág. 61

- l) El endoso podrá hacerse aún en provecho del girado aceptante o no, del girador o de cualquiera otra persona obligada por la misma letra. Esas personas podrán, a su vez, endosar la letra. Art.124 inc 3º C de Com.

3.5. Efectos del endoso

El endoso de la letra de cambio trae los siguientes efectos generales:

3.5.1. Efecto traslativo.- Transmite todos los derechos que resultan de la letra de cambio. Art.127, inciso 1o. C. de Com.. El endoso transfiere el dominio de la letra y los derechos que contiene y resultan de este título; y, de esta manera adquiere el endosatario el derecho de poder demandar al aceptante, al girador, a su garante y a cualquiera endosante anterior, ya sea en forma individual o colectiva por la totalidad de la obligación, en virtud de que se consideran garantes solidarios para con el portador. Art. 165 C. de Com.

3.5.2. Efecto de garantía.- El endosante, tal como el librador, será garante de la aceptación y del pago de la letra. Pero, al contrario del librador, el endosante puede insertar o establecer una cláusula de exoneración de esta garantía, porque el endosante es un sujeto cambiario accidental o que adviene en la circulación del título. El girador en cambio es el creador de la letra y debe asumir la obligación de pagarla en forma inexcusable. En todo caso, la cláusula de exoneración de la garantía de aceptación y pago sólo aprovecha al endosante que la estableció; no afecta ni aprovecha a los endosantes anteriores ni posteriores, quienes conservan esa responsabilidad íntegramente. Art. 128 C. de Com.

3.5.3. Efecto legitimador.- El endosatario adquiere un derecho nuevo, originario, no derivado; y, puede por lo tanto ejercitarse un derecho independiente del derecho de los anteriores poseedores,

sin que se le pueda oponer excepciones fundadas en las relaciones de los demandados con el girador o con los portadores anteriores, en razón de que la letra de cambio contiene un derecho autónomo.

Cualquier poseedor de una letra de cambio se considerará como portador legítimo de la misma si justifica su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último de ellos sea en blanco.
Art.129 C de Com.

Solamente cuando la transmisión de la letra hubiere sido el resultado de un ACUERDO FRAUDULENTO las personas demandadas pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el girador o con los portadores anteriores. Art.130 C.de Com.

*Los obligados no podrán invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, a no ser que el endoso fuere el resultado de un acuerdo fraudulento.*Art. 132 C de Com.

3.6. El endoso y la cesión de créditos.

La cesión de créditos está regulada por el título XXIV, parágrafo lo., del Código Civil; y, por disposición del Art. 1849, las disposiciones de este Título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por Leyes Especiales. Es decir que lo que regula el Título XXIV, parágrafo lo., del Código Civil es la cesión de créditos nominativos, pues la cesión de los créditos a la orden y los créditos al portador está expresamente excluida de estas disposiciones del Código Civil; pues esta última cesión se rige por el Código de Comercio y por Leyes Especiales.

La Ley exige los siguientes requisitos para la validez de una cesión de créditos:

- a) Entrega del título de crédito objeto de la cesión, al cesionario (Art. 1841 C. Civil), para que tenga efecto entre cedente y cesionario;
- b) Para que la cesión surta efecto contra el deudor y contra terceros, debe ser notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste (Art. 1842 C. Civil);
- c) La notificación debe hacerse con EXHIBICION DEL TITULO, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Art.1843 C. Civil. En la notificación de traspaso de crédito, que practique una o un notario, se entregará al deudor la nota de traspaso con la determinación del origen, la cantidad y la fecha del crédito. Art. 1844 C.C.;
- d) Si el título que se cede fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que este sea válido. Art.1844 C. C.;
- e) La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno , si no se tomare razón de ella, en la oficina de registro e inscripciones, al margen de la inscripción de la hipoteca.

Se cumplirá la exhibición dejando por veinticuatro horas el documento cedido en la notaría que hiciere la notificación, para que pueda examinar el deudor, si lo quisiere; lo cual será certificado por el notario.

La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc. Art. 1845 C.C. Al no haber la notificación o la

aceptación, el deudor puede pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y, en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente, respecto del deudor y terceros. Art. 1846 C.C.

En toda cesión de créditos intervienen tres personas: 1) el cedente, que es el acreedor, titular del derecho personal que lo transfiere a otro; 2) el cesionario, que es quien adquiere el derecho cedido y por ello ocupa el lugar del acreedor; y, 3) el deudor, sujeto pasivo del derecho cedido, que queda obligado en favor del cesionario. Por ello en la cesión de créditos hay dos etapas que tienden a perfeccionar la cesión, la primera, entre el cedente y cesionario; y, la segunda, para hacer conocer al deudor que el acreedor ha cambiado.

Para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio; por ello entre cedente y cesionario es menester que exista un contrato translativo de dominio, que puede ser venta, permuto, donación, etc.; este contrato se perfecciona de conformidad con las reglas generales y NO NECESITA EL CONSENTIMIENTO DEL DEUDOR.

Celebrado el contrato que a de servir de título translativo de dominio, será menester realizar la tradición (cesión) del derecho personal; y será el derecho de dominio sobre el crédito que tiene el cedente el que transfiere al cesionario. Esta tradición se efectúa por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario.

Respecto del deudor y de terceros.-

Realizada la entrega del título por el cedente al cesionario queda perfeccionada la transferencia del dominio del crédito. Pero es necesario hacerle conocer de este acto al deudor, porque es él quien va a efectuar el pago. *La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste.* Art. 1842 C.C.E. Ni la notificación al deudor ni la aceptación de la cesión por el deudor son formalidades de la cesión,

la que queda perfeccionada con la entrega del título; la notificación no tiene otro objeto que poner la cesión en conocimiento del deudor y de terceros; por ello la omisión de la notificación al deudor o la aceptación por éste no produce EFECTOS EN CUANTO A LA VALIDEZ DE LA CESIÓN. Alessandri Rodríguez Arturo., ob. cit. pág. 150.

Respecto de terceros, la transferencia no está perfecta mientras el deudor no ha aceptado la cesión, o ésta no le ha sido notificada. Una u otra. Con la notificación al deudor, la cesión queda perfecta aún cuando el deudor proteste, porque basta la simple notificación para que la cesión se entienda perfeccionada respecto del deudor y de terceros.

“Es un error creer, como ordinariamente sucede en la práctica, que el deudor puede oponerse a la cesión; prueba de ello es que el Código al hablar de la novación, nos ha dicho en el Art. 1652 que si el delegado es sustituido contra su voluntad al delegante, no hay novación, sino solamente cesión de acciones del delegante a su acreedor. Aun cuando el deudor no consienta o se oponga a la cesión, queda obligado para con el cessionario. Hay aquí lo que llamamos delegación imperfecta. Lo contrario sería dejar entregado al capricho del deudor el perfeccionamiento de la cesión de créditos”.

“Para un sólo efecto tiene importancia el que la cesión haya sido o no aceptada por el deudor, y es en materia de compensación; si la cesión le ha sido notificada y la ha aceptado sin reservas, el deudor no puede oponer en compensación al cessionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente; pero si al tiempo de la aceptación formula reservas, podrá oponer todos los créditos que tenga contra el cedente, en conformidad al artículo (1675 CCE.)”. Alessandri Rodríguez, Arturo. Ob. cit., pág. 151.

3.6.1. Efectos de la cesión.

La cesión traspasa el crédito al cessionario con todos sus privilegios y acciones, prendas e hipotecas; en otras palabras, el crédito pasa al cessionario en las mismas condiciones en que lo tenía el cedente; por excepción no pasan al cessionario las excepciones personales del cedente, en lo que la cesión se diferencia de la subrogación: Art. 1847 C.C.E. La única excepción personal que pasa al cessionario es la **nulidad relativa**, que en conformidad al Art. 1700 del C.C.E. puede ser alegada por los cessionarios del que tenía el derecho de pedirla; estas excepciones personales son más bien privilegios inherentes a la persona del cedente.

La cesión tiene que efectuarse en virtud de un título (causa) que puede ser de venta o donación; si la cesión es a título gratuito el cedente no contrae responsabilidad alguna, ya que se trata de un acto de mera liberalidad; pero si el título es oneroso, queda obligado al saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios, en conformidad con las reglas generales y por eso el Art. 1848 C.C.E. establece: *El que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión.....*

La regla general es que el cedente sólo responde de la existencia del crédito, pero no de la solvencia del deudor, a menos que así lo convengan las partes, en cuyo caso el cedente responde de que el crédito sea pagado; si el cedente responde de la solvencia del deudor se entiende que es de la solvencia al tiempo del contrato, Y NO DE LA SOLVENCIA FUTURA, a menos de estipulación contraria, caso en el que el cedente se constituye en una especie de fiador del deudor. Pero, en este caso, si el deudor cae en insolvencia, el cedente no responde sino hasta concurrencia de lo que recibió por el crédito, a menos que se hubiere pactado otra cosa.

Debo destacar que cedente y cessionario deben tener capacidad jurídica para obligarse.

3.6.2. Nota de cesión.

Todo título de crédito cedido tiene que llevar la nota de cesión con la clara manifestación de voluntad del cedente de transmitir sus derechos sobre el crédito al cesionario. La nota debe ser escrita, con el lugar y fecha de su otorgamiento, y la firma del cedente. La simple entrega del título no constituye cesión.

Cabe destacar que en la cesión del crédito NO SE TRASPASA LAS EXCEPCIONES PERSONALES DEL CEDENTE.*La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente:* Art.1847 C.C.E.

Al cesionario entonces no se podrá oponer las excepciones personales, que sólo se las podrá oponer al cedente.

Debemos distinguir entre excepciones personales y excepciones reales. Al respecto, el Art. 2256 del C. Civil, referente a la fianza, establece:*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.*

Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal.

Cuando el crédito ha sido demandado, con la citación al demandado el crédito se convierte en derecho litigioso. En este caso el acreedor puede ceder los derechos litigiosos, pero no el crédito. *Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del cual no se hace responsable el cedente.*

Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se cita judicialmente la demanda. Art. 1852 C. Civil.

3.6.3. La forma de cederse los derechos en general

El Código de Comercio, en el Capítulo Primero, Título Quinto del Libro Cuarto, regula la forma de cederse los derechos en general, y establece las siguientes reglas:

1^a *La cesión de derechos consiste en la transferencia, ya sea a título gratuito u oneroso, del derecho personal que tiene un titular, y no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título o, en caso de títulos que no tengan la calidad de título valor, mediante la documentación adecuada del derecho que se cede que deja sin efecto cualquier otro instrumento que la represente. Art. 272.*

2^a La cesión surtirá efecto contra el deudor y contra terceros cuando ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste. Art. 273.

3^a. *La cesión podrá tener por objeto uno o más créditos existentes o futuros, en su totalidad o en parte, siempre que sean identificables. Art. 274.*

4^a. *Los créditos mercantiles, tanto los existentes como los futuros, se entenderán transferidos, salvo pacto en contrario, en el momento de celebrarse el acuerdo de cesión.*

5^a *El deudor podrá oponer al cesionario las excepciones que atañen a la naturaleza y validez del crédito que hubiere podido oponer al acreedor original; pero no las que nacen de la relación personal con aquel acreedor. Art. 275.*

6^a *El deudor podrá oponer la excepción de compensación con el nuevo acreedor desde el instante en que se haya notificado la cesión.*

7^a *Los efectos de la cesión de derechos se rige por las disposiciones de la cesión de derechos contemplada en el Código Civi. Art. 276.*

3.6.4. Diferencias entre la cesión de un crédito y el endoso de una letra de cambio:

- a)** El endoso está regulado por el Código de Comercio, corresponde al *Derecho Mercantil*; la cesión de créditos corresponde al Derecho Civil;
- b)** La cesión de créditos tiene que seguir un trámite solemne, un procedimiento de varios requisitos, pasos, fases; el endoso se produce en cambio con la sola firma del endosante;
- c)** El endoso transmite la propiedad de la letra y el endosante responde solidariamente con los demás obligados; el cedente responde de la existencia del crédito. Al respecto, el Código Civil en el Art. 1848 dispone: *El que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de la existencia del crédito al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso, se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino solo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta el monto del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa.*

El endosante será, salvo cláusula o especificación en contrario inserta en la misma letra o en una hoja adherida a ella, garante de la aceptación y el pago. Art.128 C. de Com.

4. Del Aval

4.1. Función económica. Concepto. Naturaleza.

Respecto a la función económica del aval, Broseta Pont y

Martínez Sanz expresan que “Para robustecer la confianza de que la letra será pagada y, en ocasiones, para acrecer la posibilidad

de ser descontada o transmitida, aparece en el tráfico cambiario el aval, como declaración escrita por la cual quien la emite garantiza la obligación de pago que soporta otro obligado cambiario como librador, endosante o, más corrientemente, como aceptante. Su función económica principal es, pues, la de reforzar el crédito cambiario” ob cit pág 480.

El aval es la garantía personal y cambiaria del pago de una letra de cambio. El avalista es la persona que se compromete a responder en los mismos términos que el obligado de quien se constituye garante. El aval no es un requisito fundamental en la existencia de la letra. Sin el aval la letra cumple sus objetivos mercantiles. El aval es una garantía autónoma que asegura el cumplimiento del pago de la obligación que contiene la letra.

El aval tiene carácter cambiario, y una vez que esta naturaleza ha desaparecido de la letra de cambio, desaparece la garantía del aval. El aval agrega un deudor más a título AJENO.

4.2. Quién puede ser avalista?.

Según el inciso segundo del Art. 143 C. de Com: *Esta garantía puede ser presentada por un tercero o por un signatario cualquiera de la letra.* Es decir que, el aval puede ser prestado por el librador, por el girado aceptante, endosante, avalistas, a favor de otro obligado cambiario.

4.3. Formalidades y Requisitos del Aval.

1.- El aval se otorgará :a) en el documento que contiene la letra de cambio; b) o en una hoja adherida a la letra, hoja en la que se identificará la letra; c) o por medio de un documento separado que identifique adecuadamente a la letra, e indique el lugar en que se otorgó.Art. 144, inciso 1º. C de Com.

2.- Esta garantía se expresará por las palabras “por aval”, o cualquiera otra fórmula equivalente que conlleve el carácter de caución, y LLEVARA LA FIRMA DE QUIEN LO OTORGA.

3.- El aval puede otorgarse con la sola firma del dador del aval puesta en la cara anterior de la letra, salvo cuando se trate de la firma del girado o del girador.

4.- *El aval deberá indicar por cuenta de quien se da. A falta de esa indicación quedarán garantizadas las obligaciones de todas las partes suscriptoras del título.* Art. 144 C de Com-

4.4. Sujetos del aval.- Por cuenta de quién se puede dar el aval.

A la persona que otorga el aval se llama **avalista**; y, **avalado** es el obligado cambiario a cuyo favor se presenta el aval.

El aval puede darse por cuenta de cualquiera de los obligados en la letra de cambio; es decir, puede avalarse la obligación del girador, del girado aceptante, de un endosante y sus avalistas.

Debe señalarse de manera expresa por cuenta de quien se da el aval. En el reverso de los formularios de letras de cambio se lee: “POR AVAL”..... constituy.... solidariamente responsable.... con.....”. En esta última parte debe llenarse o consignarse por cuenta de quien se da el aval: por ejemplo “con el aceptante”, “con el girador”, etc.

El inciso 4o. del Art.144 del C. de Com. establece una presunción de derecho cuando no se ha indicado por cuenta de quien se da el aval, señalando que:*A falta de esa indicación quedarán garantizadas las obligaciones de todas las partes suscriptoras del título.*

4.5. Responsabilidad del aval.

De conformidad con lo dispuesto en el Art.145, inciso 1º.C. de Com., *El dador del aval quedará obligado en la misma forma que la persona de quien se constituya garante.* Esto implica, por ejemplo, que el avalista del aceptante responde como obligado directo; mientras que el avalista de un obligado en vía de regreso responde cuando se

dé la situación para responder en esa vía, como cuando se dé la falta de pago y el levantamiento del protesto.

Avalista y avalado son codeudores cambiarios y responden solidariamente.

4.6. Hasta que momento se puede dar el aval.

El Código de Comercio no tiene norma al respecto. Puede ser al momento de la creación de la letra, o de la aceptación, o al momento del endoso, posteriormente a estos actos. La validez y los efectos jurídicos del aval no tienen relación con el momento en que se den.

4.7. Qué garantiza el aval.

El Código de Comercio en el Art. 143, inciso 1º., establece que: El pago de una letra de cambio puede garantizarse por un aval. Es decir que, lo que garantiza el avalista es exclusivamente el pago; no garantiza, por ejemplo, la aceptación de la letra.

4.8. Efectos del Aval. Obligaciones del avalista.

1.- *El dador del aval quedará obligado en la misma forma que la persona de QUIEN SE CONSTITUYA GARANTE,* establece el Art. 145, inciso 1º., del C. de Com.

2.- *Todos los que hubieren girado, aceptado, endosado o ASEGURADO por medio de un AVAL una letra de cambio, se considerarán como GARANTES SOLIDARIOS para con el portador.* Art. 165, inc. lo., C. de Com.

El avalista es un garante solidario de la persona por quien se obliga; y, como tal responde por la totalidad de la obligación, sin que pueda deducir las excepciones de división, ni de orden o excusión; no goza de estos beneficios. Esta solidaridad se establece respecto de **todos los signatarios de la letra.**

3.- Por lo anotado y en virtud de la autonomía pasiva de la letra, respecto al aval, el avalista demandado no puede oponer excepciones personales de la persona por quien ha dado el aval, sino solamente excepciones personales suyas.

4.- En virtud de la solidaridad, el tenedor de una letra de cambio garantizada con un aval, puede demandar o perseguir judicialmente el pago de la letra demandando al deudor principal, o al avalista únicamente, o a los dos juntos.

5.- El avalista que satisface o paga la obligación se subroga en los derechos del tenedor y puede repetir lo pagado contra el deudor principal; puede recurrir contra el garantizado y contra los garantes de éste. El avalista no puede accionar contra los obligados posteriores a su avalado: Art.145 C. de Com.

6.- El avalista será obligado directo cuando avale al aceptante; y, será obligado de regreso cuando avale al librador o a los endosantes.

7.- “el protesto contra el avalista del aceptante es innecesario para conservar la acción cambiaria, por ser innecesario el protesto contra el aceptante; en cambio la letra debe protestarse para ejercer la acción de regreso contra un avalista del librador o endosante, por ser indispensable para ejercer la acción de regreso el protesto contra el librador y los endosantes” Santiago Andrade U. ob cit pág.79.

“Como declaración tendente a garantizar el cumplimiento de una obligación cambiaria y, por tanto, el pago de la letra, el aval produce un doble juego de relaciones jurídicas: *entre el tenedor (acreedor) y el avalista*, el aval ha de permitir que el primero pueda exigir el pago del segundo; entre *el avalista y el avalado*, el aval permite que el avalista que satisfizo la letra al tenedor pueda repetir su importe contra el avalado que, debiendo pagar, no lo hizo oportunamente” Broseta Pont, ob cit págs. 482-483

4.9. Efectos que genera el aval cuando la letra es pagada por el avalista.

Si el avalista paga la letra tiene la acción de reembolso de naturaleza cambiaria. *Si (el aval) pagare la letra de cambio, tendrá derecho para recurrir contra el garantizado y contra los garantes de éste: Art.145,inc. 3º C de Com.* Así:

1.- Si dió el aval por el aceptante y pagó por él, podrá dirigir su acción contra el aceptante.

2.- Si dió el aval por el girador y pagó por él, podrá dirigirse contra éste y el aceptante.

3.- Si el pago lo hizo por un endosante, el avalista podrá dirigir su acción contra él y contra los endosantes que le preceden en la cadena de endosos y sus respectivos avalistas, contra el librador y contra el aceptante. Broseta Pont, ob cit pág.484.

4.10. Caracteres del aval

1.- Garantía autónoma.- En virtud de la autonomía pasiva, la obligación del aval será válida, aunque la obligación que haya garantizado, fuere NULA por cualquier causa que no sea vicio de forma: Art.145, inc. 2o. C. de Com. Sólo el vicio de forma de la letra invalida el aval; cualquier otra causa de nulidad de la obligación no invalida al aval.

2.- Carácter cambiario.- Otro punto importante que debemos destacar es el de que el AVAL tiene un carácter estrictamente CAMBIARIO; por ello cuando la letra pierde su valor CAMBIARIO, por ejemplo por prescripción, el aval ya no tiene efecto jurídico, desaparece su responsabilidad de garante; no puede ejercitarse contra el avalista acción ordinaria de enriquecimiento injusto por ejemplo, puesto que es un GARANTE EXCLUSIVAMENTE CAMBIARIO.

El aval es una garantía mercantil y por lo tanto cambiaria; que concluye con las acciones cambiarias. Fuera de las acciones cambiarias, no se puede demandar al avalista

3.- El aval es gratuito.

5. Del Vencimiento.

La letra de cambio debe contener en su texto (no indica lugar específico) la indicación de vencimiento.

5.1. Modos.

La obligación de pagar incondicionalmente la suma determinada de dinero que consta del título es EXIGIBLE desde el VENCIMIENTO.

Al respecto, el Art.146 del C. de Com. regula los modos bajo los que puede ser girada una letra de cambio según el vencimiento; de los que no puede apartarse el girador sin ocasionar la **nulidad** de la letra:

5.1.1. A Día Fijo.- Cuando se fija día, mes y año de vencimiento de la letra se trata de un vencimiento expreso, que se lo conoce desde el día del giro de la letra.

Cuando existen calendarios diferentes entre el lugar de emisión y el de pago de la letra, el vencimiento se rige por el calendario de este último lugar, el de pago, salvo estipulación en contrario en la letra. Art.154 C. de Com.

5.1.2. A Cierto Plazo de Fecha.-La letra puede ser girada a determinado plazo de la fecha de emisión, plazo que puede señalarse en días, meses o años. Se trata de un vencimiento expreso, determinado en la letra.

5.1.3. A la Vista.-La letra de cambio a la vista es aquélla cuyo vencimiento se produce en el momento de su presentación al girado o portador; y, por consiguiente es pagadera o exigible a su presentación. El Código de Comercio en el Art. 118 establece que:*Se entiende que una letra de cambio es pagadera a la vista, cuando se la debe cancelar al momento de ponerla a la vista del girado.*

Que sea pagadera a su presentación significa que no requiere de que se la presente a aceptación del girado, sino que únicamente se presenta al pago. El vencimiento de la letra en este caso queda a voluntad del portador o tenedor, dentro de ciertos límites.

De conformidad con lo dispuesto en el Art.147,inciso 2º., C. de Com., la letra a la vista *deberá presentarse al pago dentro del plazo de seis meses de su fecha de emisión, salvo convención o disposición legal en distinto sentido para el caso de las letras pagaderas a cierto plazo de vista.*

5.1.4. A Cierto Plazo de Vista.- Es aquélla cuyo plazo de vencimiento empieza a decirse desde la fecha de aceptación o del protesto, una vez que ha sido puesta a la vista del girado.

Se entiende que es a cierto plazo de vista, cuando el plazo para su pago se cuenta a partir de la vista. La vista se implementará como un visto bueno o razón similar debidamente firmado por el girado, y estará sujeta a las reglas del protesto: Art. 118 C. del Com.

A falta de protesto, una aceptación sin fecha se considerará, por lo que toca al aceptante, como efectuada el último día del plazo legal o convencional fijado para la presentación. Art.148, inciso 2o. C. de Com. Esta es una presunción legal, que admite por lo tanto prueba en el sentido de que la aceptación se produjo en otro día.

5.2. Vencimientos sucesivos.

Según lo dispuesto en el Art.114, d), C. de Com., para que la letra de cambio tenga validez como tal, debe contener “*La indicación del vencimiento*”. Respecto a este punto, el Art. 146 establece que las letras de cambio podrán prever vencimientos sucesivos. Por otra parte, el Art.146 del C. de Com., dispone que: *El plazo de las letras de cambio con vencimientos sucesivos, concluirá al cumplimiento del que en cada uno de ellos se señale, salvo que exista convención en contrario sobre la anticipación de los vencimientos (cláusula de aceleración de pagos). De no existir tal convención y de producirse la mora de uno o más de los vencimientos, se ejecutarán exclusivamente aquellas que estuvieren en mora.*

Los préstamos con vencimientos sucesivos, a pagarse por dividendos, también pueden establecerse a través de otro tipo de documentos, como puede ser un documento privado con reconocimiento judicial.

5.3. Falta de indicación del vencimiento.

La letra de cambio debe contener la indicación del vencimiento; el plazo de vencimiento debe ser cierto y determinado; pero, por expresa disposición del Art.115, inc. 2o., del C. de Com., si se hubiere omitido este requisito, la letra será considerada como **pagadera a la vista**; y, por lo tanto el aceptante está obligado a pagarla en el acto de su presentación. Y es que el girar a la vista también es una manera de indicar el vencimiento. Art.146 C. de Com.

La falta de presentación al cobro, así como la falta de protesto en la letra girada a la vista impiden que ésta sea exigible en vía EJECUTIVA, por cuanto la letra no contendría una obligación de plazo vencido; pues como hemos analizado antes el vencimiento en esta letra a la vista se produce en el momento de su presentación; y, únicamente con el protesto se acreditará esta presentación. Si no ha

sido pagada debe tramitarse el protesto para que sea letra vencida; es decir que la letra a la vista que no ha sido pagada necesariamente debe ser protestada para poder ejercer la acción en vía ejecutiva para su cobro; pues de lo contrario no se puede acreditar que contiene una obligación vencida o de plazo vencido.

Por otra parte, por lo dicho, en la letra girada a la vista es incompatible la cláusula “sin protesto”; porque el protesto es el medio auténtico para establecer la presentación al pago y en consecuencia el vencimiento.

Cabe destacar que por expresa disposición del Art.146 del C. de Com., serán nulas las letras de cambio que contengan vencimientos diferentes a los cinco modos antes señalados.

5.4. Cláusula de aceleración de pagos.

El Art. 348 del COGEP y el Art.146 del C. de Com. establecen de manera expresa la posibilidad de que las partes pacten cláusula de aceleración de pagos a fin de anticipar el vencimiento de las obligaciones. Las causales para la aceleración de pagos queda a convención de las partes. Especialmente al acreedor conviene prever la posibilidad legal de anticipar el vencimiento de la obligación y ejercer la acción de cobro, a fin de asegurar el pago de la misma.

Cuando se hubiere previsto vencimientos sucesivos y se hubiere a la vez pactado aceleración de pagos, de producirse la mora de uno o más de los vencimientos, se ejecutará la obligación total.

5.5. Modificación del vencimiento.- Renovación cambiaria.- Prórroga de vencimiento.

Nuestra legislación no contempla la posibilidad de que el día del vencimiento de una letra de cambio pueda adelantarse o retrasarse antes de que se produzca, contando siempre con el consentimiento de todos los obligados cambiarios y la aceptación del tenedor de la letra.

En doctrina también se comenta sobre la figura de la renovación cambiaria. Al respecto, M.Broseta Pont y F.Martínez Sanz expresan “Cuando una letra es impagada, es parcialmente pagada o, previéndose su impago el día de su vencimiento, el acreedor cambiario, en sustitución de la anterior, acepta recibir del librado otra letra de vencimiento posterior, se habla de *renovación cambiaria*, figura que no se encuentra regulada expresamente en la Ley. La renovación puede ser facultativa (la concede el acreedor cambiario porque voluntaria y libremente lo acepta) u obligatoria (la recibe el acreedor, porque a ello se había obligado frente al deudor cambiario). En la letra renovada pueden reproducirse todas las obligaciones cambiarias anteriores, o simplemente la de uno o varios sujetos cambiarios” ob cit pág. 490.

“La **prórroga de vencimiento** es, por el contrario, el pacto cambiario y escrito sobre la letra por los obligados cambiarios y aceptado por el tenedor para posponer el vencimiento de esa misma letra. No conlleva, pues, la emisión de una nueva letra” Ibídem pág. 490

5.6. Determinación del vencimiento.

Respecto a la determinación del vencimiento existen las siguientes reglas:

1.- De conformidad con lo dispuesto en el Art.182 C. de Com. Los plazos legales o convencionales no comprenden el día que les sirve de punto de partida.

2.- En las letras giradas a día fijo su vencimiento se producirá en el correspondiente día según el calendario.

3.- En las letras de cambio a la vista, la fecha de vencimiento es la misma de la presentación al pago.

4.- Si hay diferencia de calendarios entre el lugar de emisión y el lugar de pago, la determinación de la fecha de

vencimiento tendrá lugar con arreglo al calendario del lugar de pago. Esta regla no se aplicará si una cláusula de la letra o aun los simples términos del documento indicaren que la intención ha sido adoptar reglas diferentes. Art. 154 C. de Com.

5.- En el caso de las letras giradas a cierto plazo de fecha, el Art.153 C de Com establece las siguientes reglas para la determinación del vencimiento:

a) El vencimiento de una letra de cambio girada a uno o varios meses a contar de su fecha o de la vista, tendrá lugar en la fecha correspondiente del mes en que debe efectuarse el pago. A falta de fecha correspondiente, porque por ejemplo la fecha de su giro es 31 y el mes de vencimiento tiene 30 días, el vencimiento caerá el último día de ese mes.

b) Cuando una letra de cambio se gire a uno o varios meses y medio de fecha o de vista, se contarán primero los meses enteros.

c) Si el vencimiento se fijare para principios o a mediados (mediados de enero, mediados de febrero, etc.) o fines de mes, se entenderá por estos términos el PRIMERO, EL QUINCE O EL ULTIMO DIA DEL MES, respectivamente.

d) Las expresiones “ocho días”, “quince días” se interpretarán no como una o dos semanas, sino como plazos de ocho y quince días efectivos, respectivamente.

e) La expresión “medio mes” significará un plazo de quince días.

f) Cuando existan calendarios diferentes entre el lugar de emisión y el de pago, y la letra sea pagadera a cierto plazo a contarse de su fecha, el día de la emisión se referirá al día correspondiente del calendario del lugar de pago y el vencimiento se fijará en consecuencia, salvo estipulación en contrario. Art. 445 inc. 2º. C de Com.

6.- Conforme lo dispone el Art. 154 inc.1º.C. de Com, cuando una letra de cambio sea pagadera a día fijo en un lugar en el que el calendario es diferente del que rige en el lugar de emisión, la fecha del vencimiento se considerará fijada con arreglo al calendario del lugar de pago.

6. Del Pago

6.1. Concepto.

El pago es un modo de extinguir las obligaciones, que se aplica a las letras de cambio. El C. Civil, Art. 1584, define al pago efectivo como la “prestación de lo que se debe”. Al respecto el Art. 1585 C. Civil establece que:*El acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida*, salvo que se convenga otra cosa, como el caso de la **dación en pago**.

6.2. Cuándo debe ser presentada la letra para el pago?.

El Código de Comercio en el Art. 155 establece que: *El portador deberá PRESENTAR la letra de cambio al pago, el día de su vencimiento; si cae en día feriado o no laborable podrá presentarla al día hábil inmediato siguiente*. La letra de cambio es pagadera a su vencimiento, según las maneras que ha establecido la Ley. También la presentación a una cámara de compensación equivaldrá a una presentación al pago

La falta de presentación de la letra para pago hace caducar la acción cambiaria. Si se pudiese probar la falta de presentación, el protesto posterior de la letra no haría renacer la acción cambiaria.

6.3. Cuándo debe efectuarse el pago?.

La letra de cambio debe ser pagada a su vencimiento. Quien paga al vencimiento queda legítimamente exonerado, a menos que haya habido de su parte fraude o culpa grave. Estará obligado

a verificar la regularidad de la serie de endosos, PERO NO LA FIRMA DE LOS ENDOSANTES. Art. 157, inciso 2º. C de Com.

6.4. Quién puede hacer la presentación de la letra para el pago.

La presentación de la letra para el pago puede hacerla el tenedor. Se entiende por tenedor el propietario legítimo de la letra por haberla recibido directamente del librador o haberla obtenido por endoso. Se puede hacer la presentación mediante apoderado.

6.5. Lugar de pago.

El lugar de pago debe estar indicado en la letra, es un requisito formal. Si se ha omitido esta indicación, la Ley suple esta falta indicando que la localidad designada junto al nombre del girado se considerará como el lugar en donde debe efectuarse el pago y, al mismo tiempo, como el domicilio del girado.

6.6. Presentación para el Pago

Quién puede exigir el pago: El pago como hecho jurídico puede exigirlo y debe hacerlo el tenedor legítimo.

A quién puede exigirse el pago: El pago debe requerirse del aceptante, del girador (si no hubiere aceptado), de los endosantes y del avalista. Art.165 del C. de Com.

El portador de la letra pierde la acción cambiaria de regreso contra los endosantes, girador y contra los demás obligados (con excepción del aceptante), pasados los plazos establecidos para la presentación de una letra a la vista o a cierto plazo de vista, para el levantamiento del protesto por falta de aceptación o por falta de pago o para la **presentación al pago** en caso de cláusula de devolución sin costas, sin que haya realizado la presentación. Art. 171 C de Com.

6.7. Pago antes del vencimiento.

Por regla general, la letra no puede ser pagada antes del vencimiento, porque si el pago se efectúa, el librado queda responsable de la validez del mismo; es decir, corre el riesgo de tener que hacer un segundo pago en los casos de falsedad de los endosos, alteraciones de texto, falta de capacidad o legitimación del tenedor, pago de las letras extraviadas, etc. El tenedor no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento (Art. 157 C.Com.), ya que el plazo de vencimiento y presentación al pago esta establecido en beneficio de acreedor y deudor; el portador o tenedor puede ejercer sus acciones aún antes del vencimiento en los casos de excepción que determina la Ley. Art. 161 C. de Com.

El girado que pagare antes del vencimiento, lo hará a su cuenta y riesgo: Art.157, inciso 2º.C. de Com.

6.8. Efectos del pago de la letra de cambio.

Los efectos que produce el pago de la letra de cambio varían según quien sea el signatario que lo realiza. Al respecto, en doctrina se distinguen dos clases de pago:

1) El **pago ordinario**, que se refiere al pago que hace el librado al tenedor legítimo, en cuyo caso quedan extinguidas las obligaciones de todos los firmantes de la letra. En definitiva se extingue la letra y las obligaciones y acciones cambiarias.

2) El **pago extraordinario**, que es el que realizan los otros signatarios de la letra (con excepción del librado), como el librador, los endosantes, los avalistas, que tiene efecto distinto al pago que efectúa el girado o librado. Sobre este punto, M Broseta Pont y F Martínez Sanz enseñan: “en los casos de un pago extraordinario realizado por un endosante, se extinguen las obligaciones de todos los endosantes posteriores (y sus avalistas), pero no la de los endosantes anteriores, la del librador, ni la del aceptante (o sus avalistas), pudiendo el pagador repetir su importe, más los

gastos generados, contra cualquiera de ellos; el pago extraordinario realizado por el librador extingue todas las obligaciones menos la del aceptante (o la de su avalista), por lo que, en caso de letras no aceptadas sí se extinguén todas las obligaciones cambiarias. En fin, el pago verificado por un avalista extingue todas las obligaciones que se hubieran extinguido de haber pagado el avalado, y aquél podrá repetir el pago de éste y de sus deudores cambiarios” ob cit pág. 495.

6.9. Pago por un avalista.

Si el avalista lo es del librado, su posición será exactamente la que tendría éste si hubiere pagado. Por lo mismo, si el avalista lo fue de un endosante, podrá ejercer la acción cambiaria REGRESIVA, y si lo fuere del librador, tendrá contra éste la misma acción cambiaria.

6.10. Pago por consignación.

El deudor de la letra tiene el deber de pagar su valor al vencimiento; pero también tiene el derecho de exigir que se le reciba el pago; y, por consiguiente, debe disponer de un medio de liberación si es que el portador no presenta la letra al pago en el plazo fijado por la ley; porque de lo contrario el deudor quedaría al arbitrio del acreedor, pudiendo perjudicarlo. Por ello, el Art. 159 C. de Com. establece que: *Si no se presentare la letra de cambio al pago en el plazo fijado por esta ley, todo deudor tendrá la facultad de entregar en calidad de consignación el importe de ella al juzgado competente, de cuenta y riesgo del portador.*

En este caso, debe cumplirse los requisitos que establece el Código Civil (Art. 1614 a 1623) para el pago por consignación y seguirse el trámite del pago por consignación previsto por el Art. 338 COGEP (Procedimiento voluntario) a fin de que la consignación tenga carácter liberatorio. Si el acreedor se opone, se sustanciará la solicitud de pago por consignación en procedimiento sumario.

6.11. Pago en Moneda Extranjera

Respecto a la estipulación de pago en moneda extranjera en una letra de cambio, el Art.158 C de Com dispone: *Cuando en una letra de cambio se hubiere estipulado su pago en moneda extranjera, su importe debe satisfacerse en la moneda pactada. Sin embargo, por acuerdo entre las partes la obligación podrá ser pagada en moneda de curso legal. A falta de estipulación, el valor a pagar se calculará de acuerdo con la primera cotización vigente al momento de efectuarse el pago.*

6.12. Pagos parciales. Facilidades para el pago.

En las obligaciones mercantiles no se admiten días de gracia, legal ni judicialmente, ni ampliaciones de plazo, salvo cuando el día del vencimiento recae en un día feriado. Arts.181,182, 220 C. de Com.

Es facultad del portador aceptar un pago parcial. El pago parcial no extingue la obligación cambiaria y tampoco implica caducidad de las acciones cambiarias por el saldo. El pago parcial no puede ser obligatorio para el acreedor por cuanto atenta contra la regularidad de las obligaciones mercantiles. Art.156 C. de Com.

El pago parcial y el pago anticipado procede únicamente si hay acuerdo entre las partes y el expreso consentimiento del acreedor.

6.13. Legitimación activa y pasiva para el pago de la letra de cambio.

La legitimación activa para exigir el pago de la letra la tiene el portador legítimo de la letra. Al respecto, esa legitimación puede provenir por dos vías:

1.- **Por procedimiento cambiario**, cuando se trata del tomador o beneficiario a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago que ordena el girador o cuando el poseedor de la letra se encuentra legitimado por una serie no interrumpida de endosos. Arts.114,f) y 129 C de Com.

2.- **Por procedimiento extracambiario**, cuando el poseedor legítimo recibe la letra por otros medios distintos al endoso, como por sucesión por causa de muerte.

En cuanto a legitimación pasiva, el pago debe solicitarse del librado o girado; que es la persona que debe pagar la letra. Si la letra no es voluntariamente pagada por el girado, su tenedor podrá solicitar el pago en vía de regreso de cualquiera de los obligados solidarios. Art.165 C de Com.

7. El Pago Forzoso de la Letra.- De las acciones cambiarias y de las acciones extracambiarias.- Otras Acciones.

Cuando no se ha producido el pago voluntario de la obligación que contiene la letra, el tenedor legítimo puede exigir el pago en vía judicial; y, para ello dispone de acciones cambiarias y extracambiarias.

7.1. Acción cambiaria.

La falta de aceptación y la falta de pago de la letra genera obligaciones de los signatarios de la misma para con el portador, quien ejercerá su derecho a través de la acción cambiaria correspondiente. **Acción cambiaria** es entonces la que ejerce el tenedor de la letra para obtener su pago o cumplimiento de la obligación, en contra de los signatarios de la misma obligados al pago, en función de los derechos que el título confiere.

La acción cambiaria puede hacerse efectiva a través de distintos procedimientos: ejecutivo, sumario, ordinario.

Formas de la acción cambiaria.-La acción cambiaria puede ser: 1)directa; 2) de regreso.

7.1.1. Acción cambiaria directa.

Es aquella que se dirige contra los obligados directos, es decir contra el aceptante y contra el avalista, quienes por su propia voluntad asumen en forma expresa el compromiso de pagar el valor de la letra al portador legítimo de la misma.

Para ejercitar la acción cambiaria directa en contra del aceptante y sus avalistas, ante la falta de pago voluntario, no es necesario el protesto de la cambial por falta de pago, sino que el portador del título, vencido el plazo previsto en la letra de cambio, puede exigir por la vía ejecutiva el pago de la obligación cambiaria la misma que en el caso específico del aceptante y del avalista NO SE EXTINGUE O PRESCRIBE en su carácter de cambiaria, cuando los signatarios nombrados han recibido la provisión de fondos o se enriquezcan INJUSTAMENTE con el importe de la cambial (Art. 171, penúltimo inciso, del C. de Com.)

Quiénes pueden ejercitar la acción cambiaria directa.

- 1.- El portador legitimado de la letra no pagada;
- 2.- Los obligados de regreso: el endosante, el avalista, el librador que haya sido obligado por el portador de la letra a reembolsarla;
- 3.- El avalista del aceptante que paga la letra vencida.

“Debe anotarse que la acción directa y la de regreso no se excluyen recíprocamente; puede intentarse una antes que otra, siempre que se respeten los plazos fijados por la ley para cada una de ellas; y pueden ejercitarse ambas simultáneamente; por cierto que, si con una de ellas el portador obtiene el pago de la letra de cambio, cesa su derecho a proseguir la otra acción” Santiago Andrade U. ob cit pág. 98.

7.1.2. Acción cambiaria de regreso.

La acción cambiaria de regreso es la que ejerce el tenedor del título en contra de los ENDOSANTES, GIRADOR Y SUS RESPECTIVOS AVALISTAS de la letra, con excepción del aceptante y el avalista del aceptante.

Para el ejercicio de la acción cambiaria de regreso, a diferencia de la acción directa, se requiere:

a) La presentación del título para su aceptación o pago en el caso.

b) El protesto por falta de aceptación o de pago.(salvo los casos en los que haya cláusula “retorno sin gastos”, “sin protesto”)

c) Tratándose de los endosantes es necesario que tengan conocimiento oportuno del protesto de la cambial. Arts.163, 164 C. de Com.

La inobservancia de estos requisitos ocasiona la CADUCIDAD de la acción cambiaria o la obligación de cambiar (pagar) los perjuicios de los endosantes que no tienen conocimiento oportuno del protesto de la cambial, perjuicios que no pueden exceder del importe total de la letra Arts. 165 y 171 C de Com

Las acciones de regreso se resuelven, sin excepción, con el pago de dinero.

Tanto la acción cambiaria directa como la de regreso tienen como objeto obtener la satisfacción o pago del importe de la letra de cambio a la fecha de su vencimiento.

7.1.3. Diferencias entre la acción cambiaria directa y la de regreso.

a) El tenedor para ejercer la acción (directa) contra el aceptante no requiere protestar la letra; y, en consecuencia la acción cambiaria contra el aceptante **no caduca**, en caso de que el portador

de la letra no levante el protesto por falta de pago. De admitirse la caducidad contra el aceptante se propiciaría el enriquecimiento ilícito del aceptante. En cambio el ejercicio de la acción cambiaria de regreso requiere que se haya protestado la letra en tiempo oportuno, de lo contrario los obligados de regreso quedan liberados de la obligación. El portador pierde sus derechos (caducan) contra los endosantes, contra el girador y contra los demás obligados de regreso, si no realiza el protesto por falta de aceptación o pago en tiempo oportuno.

b) La acción contra el aceptante prescribe en cinco años contados desde la fecha de vencimiento.

Las acciones del portador contra los endosantes y contra el girador, prescriben en cinco años, a partir de la fecha del protesto levantado en tiempo útil o de la fecha de vencimiento en caso de la cláusula de devolución sin gastos.

Las acciones de los endosantes unos contra otros y contra el girador prescriben en cinco años contados del día en que el endosante ha reembolsado la letra o del día en que el mismo ha sido demandado, lo que ocurra primero. Art. 179 C de Com.

c) La acción directa no caduca; la acción indirecta caduca. Los derechos del portador contra los obligados de regreso caducan.

7.1.4. Cuándo se puede ejercer las acciones cambiarias.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 161 del C. de Com. el PORTADOR podrá ejercer sus acciones contra los ENDOSANTES, EL GIRADOR Y DEMAS OBLIGADOS: 1) En la fecha del vencimiento si el pago no se hubiere efectuado; 2) Aún antes del vencimiento.

Las acciones cambiarias antes del vencimiento caben en los siguientes casos:

a) Si se hubiere rehusado la aceptación;

b) En los casos de quiebra o insolvencia del girado, haya aceptado o no; de suspensión de pagos del mismo, aun cuando no hubiere sido establecida por una sentencia; o de EMBARGO INFROUCTUOSO DE SUS BIENES; en caso de concurso preventivo; en el evento de encontrarse el deudor en estado de notoria insolvencia; y,

c) En los casos de quiebra del girador de una letra no sujeta al requisito de aceptación.

7.1.5. Acción cambiaria de enriquecimiento injusto

Cabe destacar que, de acuerdo al contenido del Art.171 del C. de Com., la acción de enriquecimiento injusto puede ser cambiaria y no cambiaria.

Procede la acción cambiaria de enriquecimiento injusto en los siguientes casos:

a) Contra el girador, en caso de caducidad o prescripción, cuando este no haya hecho provisión para la letra. Es equitativo el que se conserve una acción contra el obligado que a pretexto de la caducidad o prescripción se enriquezca injustamente, con perjuicio de otros.

b) Contra el girador o un endosante, en caso de caducidad o prescripción, que se haya enriquecido injustamente.

c) Contra el aceptante, en caso de prescripción, que hubiere recibido provisión o se hubiere enriquecido injustamente. Si el comprador (de un vehículo, de una casa), por parte del precio, acepta una letra de cambio girada por el vendedor a su propia orden; y, esta letra prescribe en poder del vendedor, en este caso se está enriqueciendo injustamente el aceptante (comprador).

d) Esta acción cambiaria de enriquecimiento injusto, en los casos antes señalados, *se resolverá en el mismo proceso iniciado para el pago de la letra de cambio*. Es decir, que si se inició un juicio ejecutivo

contra el aceptante, si la acción de acuerdo a la normatividad común estuviese prescrita (Art.179 C.de Com.) subsiste sin embargo si el aceptante hubiere recibido provisión o se hubiere enriquecido injustamente.

7.2. Acciones extracambiarías.

Son aquellas que se ejercen para reclamar derechos que no son inherentes al título. Es decir que las acciones no cambiarias o extracambiarías no necesariamente se ejercen para obtener el pago de la letra.

Son acciones no cambiarias: la causal, la de enriquecimiento ilícito o injusto, la entrega o restitución del título valor pagado, la reivindicatoria del título, las penales que nacen por delitos cometidos con estos títulos.

7.2.1. Acción causal

M Broseta Pont y F Martínez Sanz enseñan que “cuando una letra es impagada el día de su vencimiento el acreedor insatisfecho puede elegir, para obtener su importe, entre ejercitarse contra cualquier firmante de la letra una de las acciones cambiarias (ejecutiva u ordinaria, con sus respectivas ventajas procesales) en base a la letra misma, o ejercitarse la acción causal, pero única y exclusivamente contra aquél de quien recibió la letra y con el que se encontraba vinculado por la concreta relación causal de que se trate. La acción causal es, pues, un recurso procesal que tutela el derecho del portador de la letra a recibir su importe, pero cuyo fundamento y origen no radica en la letra misma, sino en las relaciones o negocios jurídicos subyacentes, y es ejercitable exclusivamente contra el sujeto que en ellos haya sido parte con el tenedor” ob cit pág. 507. Citan el caso de una compraventa de maquinaria entre dos comerciantes cuyo pago se ha instrumentado en letras de cambio; en cuyo caso el librador (vendedor) podrá dirigirse contra el girado (comprador) tanto sobre

la base de las acciones cambiarias como sobre la base de la acción causal derivada del contrato de compraventa.

7.2.2. Acción no cambiaria de enriquecimiento injusto

No procede la acción cambiaria de enriquecimiento injusto contra los demás signatarios de la letra, como el avalista porque el no recibe provisión de fondos. El aval generalmente es gratuito; no recibe ninguna contraprestación. Como tampoco procede una acción ordinaria en contra del avalista por el carácter mercantil de éste.

En todos los demás casos de enriquecimiento injusto, no contemplados en el Art.171 del C. de Com., se ejercerá acción no cambiaria a través de un juicio ordinario; acción que prescribe en diez años conforme lo determina el Art. 2415 del Código Civil.

La existencia de enriquecimiento injusto hay que probarla. No se ha previsto la posibilidad de que se presuma el enriquecimiento injusto.

Si en la acción cambiaria el acreedor sufre sentencia desfavorable, conserva su derecho de ejercer la acción no cambiaria a través del juicio ordinario, dentro del plazo de prescripción de esta acción al tenor de lo dispuesto en el Art. 2415 del C. Civil.

La acción de enriquecimiento injusto corresponde al tenedor que ha sido perjudicado con la caducidad o prescripción del título.

“el *petitum* de la acción de enriquecimiento es una suma de dinero, pero no necesariamente el importe de la letra, sino el importe del enriquecimiento injusto que el perjuicio de la letra haya causado al sujeto pasivo de la acción” M Broseta Pont y F Martínez Sanz, ob cit pág.509.

7.2.3. Acción de devolución o entrega del título.

Cuando se paga totalmente una letra de cambio es necesario que el acreedor pagado entregue la letra cancelada al deudor a fin de evitar que siga circulando sin que este pago sea oponible a terceros de buena fe, a menos que el pago conste de la misma letra. Art.156, inciso 1o, C. de Com. Si el acreedor se niega a entregar el título pagado, procede la acción judicial en vía ordinaria para obligarlo a ello. Esta acción es personal, pues se dirige exclusivamente contra el acreedor pagado mientras el título esté en su poder. Esta acción no procede si el título circula y se encuentra en poder de un tercero de buena fe.

7.2.4. Acción de reivindicación.

De conformidad con lo previsto en el Art. 934 del Código Civil “Pueden reivindicarse las cosas corporales raíces y muebles”, y entre los muebles se encuentran los títulos valores.

El Código de Comercio en el Art. 90 establece que: *La reivindicación, el secuestro, o cualquier otra afectación o gravamen sobre los derechos consignados en un título valor o sobre las mercaderías por él representadas, no surtirán efectos si no comprenden el título mismo materialmente.*

Es importante señalar que las obligaciones al portador no son reivindicables. En este caso la posesión “vale como título”.

7.3. Prórroga del plazo por fuerza mayor.

Los plazos para la presentación de la letra o el levantamiento del protesto se prorrogarán si un caso de fuerza mayor impidiere estos actos en los plazos señalados por la ley.

El portador de la letra, sin tardanza, deberá dar aviso del caso de fuerza mayor a su endosante y anotar este aviso, fechado y firmado por él, en la letra de cambio o en una hoja adherida a la misma.

Al cesar la fuerza mayor el portador deberá, sin tardanza, presentar la letra a la aceptación o al pago y, si hubiere lugar, mandará levantar el protesto.

Si la fuerza mayor persistiere por más de treinta días a partir del vencimiento, los recursos podrán ejercerse, sin necesidad de presentación ni de levantar el protesto: Art. 172, inc 4º C de Com. Es decir que, si la fuerza mayor persiste por más de treinta días la propia ley establece el cese de la prórroga, en cuyo caso pueden ejercitarse las acciones sin necesidad de presentación ni de levantar el protesto.

En las letras de cambio a la vista y a cierto plazo de vista el vencimiento se determina por la fecha de aceptación o por la del protesto. Por ello, en el caso de estas letras, si la fuerza mayor persistiere por más de treinta días, éste plazo correrá desde la fecha en que el portador hubiere dado aviso de la fuerza mayor a su endosante, aun cuando esa fecha fuere anterior al vencimiento de los plazos de presentación.

Es importante destacar que: No se considerarán como constituyentes de fuerza mayor los hechos puramente personales que atañen al portador o al que éste hubiere encargado de la presentación de la letra o del levantamiento del protesto. Art. 172, inciso 6º, C de Com.

7.4. Pérdida o destrucción de la letra.

En el caso de pérdida o destrucción de una letra de cambio, ocurrida antes o después de la aceptación, y que contenga uno o más endosos, el “dueño” puede exigir el pago del importe como si hubiere presentado la letra al obligado, siempre que llene los siguientes requisitos:

1. El pago puede darse de manera voluntaria por el obligado, quien, como condición para el pago, tiene derecho a exigir al que reclama el pago, *una garantía satisfactoria en la forma, en el monto y en la calidad, la cual aprovechará a todas las personas que voluntariamente*

paguen el importe total o parcial de la letra contra toda reclamación ulterior o responsabilidad derivada de la letra.

2. Si el “dueño” de una letra de cambio perdida o destruida no pudiere por cualquier causa obtener el pago voluntario en la forma indicada, tendrá derecho a entablar acción para exigir el pago a los obligados por la letra de cambio, siempre que ofrezca la misma garantía y con los mismos fines que en el caso de pago voluntario. El juez decidirá en este caso de la suficiencia de dicha garantía. Art. 172, incisos 7º, 8º y 9º.C. de Com.

8. Del Protesto

8.1. Concepto.

Protesto es el acto auténtico por el que se deja constancia expresa y escrita de la negativa de aceptación o de pago por parte del girado de la letra de cambio. En este caso, que el acto es auténtico significa que debe hacerse observando las exigencias que la Ley establece para él .

8.2. Quién debe efectuarlo y cuáles son sus efectos.

El protesto debe efectuarlo el portador de la letra con la finalidad de que conserve la acción cambiaria contra todos los responsables de la letra, especialmente en la acción de regreso.

La letra de cambio que no es aceptada o pagada debe ser protestada para que conserve su naturaleza cambiaria; de lo contrario, deja de ser letra de cambio.

8.3. Clases de Protesto.

8.3.1. Protesto por falta de pago.

El protesto por falta de pago deberá hacerse el día del vencimiento de la letra de cambio, y si éste recae en un día feriado o no laborable, se prorrogará el plazo hasta el primer día hábil siguiente:Art.162, inc. 2o.,C. de Com.; pues de conformidad con lo dispuesto en el Art.155 C de Com el portador debe presentar la letra de cambio al pago, el día de su vencimiento; si cae en día feriado o no laborable podrá presentarla al día hábil inmediato siguiente. Es decir que la presentación para el pago o el protesto deben hacerse dentro del mismo término.

8.3.2. Protesto por falta de aceptación.

El protesto por falta de aceptación deberá efectuarse en los plazos fijados para presentar la letra a la aceptación.

El protesto por falta de aceptación dispensa de la presentación al pago y del protesto por falta de pago.Art.162, inc. 3o. y 5o., C. de Com.

8.3.3. Protestos necesarios.

Son los que deben realizarse en forma indispensable. Son necesarios: el protesto por falta de aceptación y el protesto por falta de pago.Art. 162 C. de Com.

8.3.4. Protestos Voluntarios.

Son aquellos que realiza el tenedor de la letra en forma facultativa para dotar de mayor seguridad a su derecho en relación al título, como el protesto por causa de quiebra del girador, protesto en las letras que tienen cláusula “sin protesto”.

8.3.5. Quiebra del girado y quiebra del girador.

En los casos de quiebra o insolvencia del girado, haya aceptado o no ; de suspensión de pagos del mismo, aun cuando no hubiere sido

establecida por una sentencia, o de embargo infructuoso de sus bienes; en caso de concurso preventivo; en el evento de encontrarse el deudor en estado de notoria insolvencia, el portador no podrá ejercer sus recursos sino después de haber presentado la letra al girado para su pago y después de hecho el protesto. En caso de que el aceptante estuviere sometido a concurso preventivo, se estaría a lo prescrito en la ley de la materia. (Art.162, inc. 6o.; 161, b) C. de Com.)

En los casos de quiebra del girador de una letra no sujeta al requisito de aceptación, la presentación de la sentencia en que se declare la quiebra del girador, bastará para permitir al portador el ejercicio de sus recursos. Art.162, inc. 8o.; 161, c). C. de Com.

8.4. Funciones del Protesto.

El protesto cumple las siguientes funciones:

8.4.1. Es prueba de los siguientes hechos:

- a)* de la presentación por el tenedor de la letra para su aceptación o pago en los plazos legales;
- b)* de la negativa del girado de aceptar la orden del girador; y, de la negativa del aceptante de pagar la letra al vencimiento;
- c)* del cumplimiento de la obligación legal del portador de realizar el protesto.

8.4.2. Requisito indispensable para la conservación íntegra de las acciones cambiarias del tenedor.

8.5. Efectos del protesto.

El efecto fundamental que produce el protesto es que el portador de la letra conserva la acción cambiaria contra todos los signatarios del título, especialmente de los obligados indirectos.

El protesto por falta de aceptación da derecho al tenedor para exigir al girador o a los endosantes el afianzamiento o pago de la cambiial de acuerdo a sus intereses.

El protesto por falta de pago da derecho al tenedor a iniciar las acciones cambiarias pertinentes en contra de los signatarios de la letra y a exigir el pago del capital, los gastos de protesto y demás gastos.

La falta de levantamiento del protesto por falta de aceptación o falta de pago ocasiona la caducidad del derecho del portador para iniciar las acciones cambiarias contra los signatarios de la letra, (endosantes, girador, otros obligados) CON EXCEPCION DEL ACEPTANTE .Art.171 C. de Com. Es decir, el protesto es necesario para ejercitarse las acciones de regreso, no la acción directa.

La falta de protesto en las LETRAS A LA VISTA les priva de ejecutividad. Pues si no aparece el vencimiento de la letra a la vista a través del protesto, no son exigibles en vía ejecutiva, porque no contienen obligaciones de PLAZO VENCIDO.

8.6. Cláusula “sin protesto”.

A fin de facilitar la circulación de la letra y el uso de los derechos que contiene, el legislador ha previsto la posibilidad de que el girador o un endosante dispense al portador de la formulación del protesto para establecer la falta de aceptación o de pago. Esto puede hacerlo por medio de la cláusula “retorno sin gastos”, “devolución sin gastos”, “Sin protesto” o cualquier otra equivalente. La cláusula que emana del girador surte sus efectos para todos los firmantes. Art.164 C.Com.

El Código de Comercio en el Art. 149 dispone que: *El protesto se efectuará cuando el acreedor de la letra o algún tenedor inserte la cláusula “con protesto”, en el anverso y con caracteres visibles.*

Si el emisor resuelve insertar la leyenda o cláusula “sin protesto”, queda ratificada la voluntad de que no se practique este.

En las letras de cambio **a la vista**, por la naturaleza de esta que no requiere aceptación del girado, **el acto de protesto es imprescindible**. Por ello es incompatible con la letra a la vista la cláusula “sin protesto”; puesto que si no hay protesto no puede establecerse por acto auténtico la presentación al pago y por consiguiente su vencimiento y no se puede presumir esta fecha. La falta de protesto priva de ejecutividad a la letra A LA VISTA, puesto que no tiene una de las calidades que exige el Art. 348 del COGEPE, el vencimiento, para que las obligaciones sean exigidas en juicio ejecutivo.

8.7. Forma de realizar el protesto.

De conformidad con el Art.18 de la Ley Notarial, son atribuciones exclusivas de los notarios:..... 6)*Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno.*

Por disposición del Art. 151 del C. de Comerio: *Si la persona contra quien se haga el protesto no se encuentra presente, así lo asentará el notario que lo practique y la diligencia no será suspendida.*

Forma de reemplazar el protesto.-*Con el consentimiento del portador el protesto podrá ser reemplazado por una declaración fechada y escrita sobre la misma letra de cambio, firmada por el librado y transcrita en un registro público o protocolizada en una notaría dentro del término fijado para los protestos. Art.162, último inciso, del C. de Com.*

8.8. Aviso de la falta de aceptación o de pago (del protesto).

Una vez realizado el protesto por falta de aceptación o de pago, el portador deberá dar aviso de este acto a su endosante y,

en su caso, al girador, dentro de los cuatro días hábiles que siguen al del protesto o al de la presentación en el caso de la cláusula de devolución sin gastos. Este aviso podrá ser dado por el notario que levantó el protesto.

Cada uno de los endosantes deberá, en el término de dos días, notificar a su endosante el aviso que haya recibido, indicando el nombre y dirección de los que han dado los avisos precedentes, y así sucesivamente, hasta llegar AL GIRADOR. El plazo arriba mencionado correrá desde el recibo del aviso precedente.

Si algún endosante no hubiere indicado su dirección o lo hubiere hecho de modo ilegible, bastará que el aviso sea dado al endosante que le precede.-Art.163,Inc. 2º y 3º, C. de Com.

8.8.1. Forma del Aviso.- El Art.163, inc. 4º. y 5º., del C. de Com. establece que este aviso puede darse en cualquier forma, aún por medio de la simple devolución de la letra de cambio. Sin embargo, deberá probar que lo ha hecho en el plazo señalado. Este plazo se considerará observado si se hubiere depositado en el correo en el término dicho una carta portadora del aviso.

8.8.2. Efectos de la falta de aviso.- El que no diere aviso de la falta de aceptación o de pago de la letra, en el plazo señalado en la Ley, no incurre en la prescripción de sus derechos; pero será responsable, si ha lugar, de los daños y perjuicios causados por su negligencia, sin que la responsabilidad pueda superar el importe de la letra de cambio.-Art. 163,inciso 6º., C. de Com.

9. De la Solidaridad Cambiaria.

9.1. Concepto.- Naturaleza.

El girador, el aceptante, los endosantes y el aval, se considerarán como GARANTES SOLIDARIOS para con el portador. Que

son garantes solidarios significa que todos, en forma individual o colectiva, pueden ser demandados por la TOTALIDAD de la obligación, sin que puedan alegar la excepción de orden o excusión ni la de división.

La solidaridad cambiaria comprende el ius electionis y el ius variandi. Por el ius electionis el portador tiene derecho a dirigir su acción contra todos los obligados, individual o colectivamente sin que deba observar el orden en que se obligaron. Por el ius variandi, una vez intentada la acción contra uno de los coobligados que no pudo o no pagó o no pudo prosperar la acción, es posible dirigir nueva demanda contra los demás, aunque fuesen posteriores a aquél contra el que se ha procedido primero.

Derechos del portador al ejercer los recursos.-

El portador podrá reclamar de aquél contra quien ejerce sus recursos lo siguiente:

- a) *El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, más los intereses si se hubieren estipulado o en los casos en los que procedan, de conformidad con el Código de Comercio. Sin embargo, cabe recordar que interés desde la emisión solamente se puede estipular en las letras de cambio a la vista o a cierto plazo de vista; y, si se lo fijare en otras, tal estipulación se la tendrá como no escrita. Art. 119 C. de Com.*
- b) *En caso de haberse estipulado intereses o no, una vez constituido el deudor en mora, la letra empezará a devengar el recargo de mora hasta la total extinción de la obligación.*
- c) *Los gastos del protesto, los de los avisos dados por el portador al endosante precedente y al girador, así como los demás gastos, incluyendo los honorarios profesionales que se hubieran generado por la gestión de cobro; y,*

- d) Una comisión, la cual, a falta de convenio, será un sexto por cierto del principal de la letra de cambio y no podrá en ningún caso pasar de esa cuota.*

Si el recurso se ejerciere antes del vencimiento, se deducirá un descuento sobre el importe de la letra. Ese descuento se calculará a elección del portador, conforme a la tasa del descuento oficial, tasa de la banca, o conforme a la tasa de la plaza, tal como exista en la fecha del recurso en el lugar de domicilio del portador. Art. 166 C. de Com.

Es importante destacar que, de conformidad con lo previsto en el ART. 627, inc. 1o., del C. de Com., si la prenda fuere letra de cambio, pagará u otro efecto de comercio, el **acreedor** tendrá los deberes y derechos del portador.

9.2. Repetición contra garantes y demás obligados.

Quien hubiere reembolsado una letra de cambio podrá reclamar a sus garantes, endosantes previos o al girador, salvo el caso de excepción de cláusula sin responsabilidad, lo siguiente: 1) la suma íntegra pagada por él y que comprende todos los rubros indicados en el Art. 166; 2) los intereses de esta suma, calculados de conformidad con lo previsto para los títulos valores en general, desde el día siguiente a su desembolso; 3)los gastos que hubiese hecho siguiendo para ello la pauta de la letra c) del Art. 166. Art. 167.

9.3. Derechos de quien paga al portador.

Todo obligado contra quien se ejerza una acción o que esté expuesto a una acción, podrá exigir, mediante reembolso o pago total de la letra de cambio, que ésta le sea entregada con el protesto y una cuenta cancelada.

Todo endosante que hubiere reembolsado o pagado una letra de cambio, podrá testar su endoso y los subsiguientes. Art.168 C. de Com.

La letra de cambio deberá ser devuelta con una declaración de haberse efectuado el pago.-.

De conformidad con lo dispuesto en el Art.169 C. de Com. en caso de ejercicio de un recurso después de una aceptación *parcial*, *el que reembolsare la suma por la cual la letra no hubiere sido aceptada, podrá exigir que se anote ese reembolso en la letra y que se le dé recibo del mismo.* El portador deberá, además, entregarle copia certificada conforme de la letra y el protesto para permitir el ejercicio de los recursos ulteriores.

10. La resaca

Es una nueva letra, no domiciliada y a la vista, que puede girar el portador y toda persona que tuviere derecho a ejercer un recurso contra **uno** de sus garantes, para reembolsarse de los valores correspondientes.

Puede existir estipulación contraria a esta facultad de poder librar una resaca; es decir, el girador, los endosantes pueden prohibir la resaca.

El vencimiento de la resaca debe ser a la vista para dar agilidad al crédito cambiario. En la forma, la resaca está sometida a las exigencias de toda letra de cambio. Art.170 C. de Com.

En la resaca el girado no tiene que aceptar nuevamente la letra porque su obligación se deriva de la primitiva letra que ya tiene su aceptación.

11. Caducidad de los derechos contra endosantes, girador y demás obligados.

11.1. Caducidad y prescripción.

Es necesario distinguir entre caducidad y prescripción:

a) La prescripción es siempre legal y la caducidad es o puede ser legal y convencional;

b) La prescripción sólo afecta a derechos ya nacidos y la caducidad suprime también derechos en gestación;

c) La prescripción se puede interrumpir y suspender. Se interrumpe civil o naturalmente. Art. 2418 del C. Civil. La caducidad en cambio no se suspende ni interrumpe, es siempre fatal.

La prescripción tiene lugar por la inactividad del acreedor que ha descuidado ejercitar sus derechos, lo que hace suponer que los ha abandonado. Por eso puede interrumpirse y suspenderse. En cambio, la caducidad está inspirada en el propósito de asegurar la realización de cierta conducta dentro de un lapso determinado, ya sea porque el hecho en sí sea deseable, o bien porque quiera limitarse su verificación a dicho período temporal.

d) Para impedir que ocurra la prescripción, el titular debe ejercer el derecho mismo. En cambio, para evitar que sobrevenga la caducidad, debe realizar una conducta que puede no consistir en la ejecución del mismo derecho. Puede ser incluso una conducta abstentiva o negativa (Art. 2415 y 791 del C. Civil).

e) La caducidad puede ser declarada por el juez de oficio; mientras que la prescripción, para que opere o surta efecto, debe ser alegada (pudiendo también formularse como acción). La caducidad produce efecto de modo directo y automático; la prescripción opera a través de la excepción. Por consiguiente, el plazo de caducidad debe ser observado por el juez aunque no se alegue, mientras que la prescripción debe invocarse para que se tome en cuenta.

f) En la prescripción, el derecho nace con una duración indefinida, perdiéndose por negligencia en usarla; en tanto que en la caducidad el derecho nace sometido a un término fijo de duración sin que importe la negligencia del titular del derecho, o sea del beneficiario.

g) Todos los plazos que extinguen el derecho, cualquiera sea su duración, son plazos de prescripción; lo que se pierde es el derecho y no la acción. La acción, en cambio, caduca sin afectar el derecho y así el plazo fijado para cumplir un acto o deducir una acción, es condición de validez del acto o de la admisibilidad de la demanda.

La caducidad consiste en no haber realizado un acto dentro de un plazo perentorio para su ejecución. La caducidad equivale a la ineffectuación del derecho, por no haber sido ejercitado éste en su debido tiempo.

El Art.171 del C. de Com. establece la caducidad de los derechos del portador de la letra de cambio, en los siguientes términos:*Pasados los plazos establecidos para la presentación de una letra a la vista o a cierto plazo de vista, para el levantamiento del protesto por falta de aceptación o por falta de pago o para la presentación al pago en caso de cláusula de devolución sin costas, el portador perderá sus derechos contra los endosantes, contra el girador y contra los demás obligados, con excepción del aceptante.*

Si no se presentare la letra a la aceptación en el plazo estipulado por el girador, el portador perderá su acción cambiaria, tanto por la falta de pago como por la falta de aceptación, a menos que de los términos de la estipulación se desprenda que el girador no ha pretendido exonerarse sino de la garantía de la aceptación.

Sin embargo, en caso de caducidad o prescripción subsistirá la acción cambiaria contra el girador que no haya hecho provisión o contra un girador o un endosante que se haya Enriquecido injustamente.

Debemos destacar que la caducidad de la acción cambiaria no afecta a la acción por enriquecimiento sin causa; ésta subsiste y su plazo de prescripción se rige por las disposiciones sobre la prescripción en general de que trata el Código de Comercio.Art. 173.

11.2. Casos de fuerza mayor.

El Código Civil en el Art. 30 establece que: *Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc..*

En el Derecho Comercial la fuerza mayor está considerada como un obstáculo insuperable que impidiere la presentación de la letra de cambio o el levantamiento del protesto en los plazos señalados; y, en estos casos, los plazos se prorrogarán. Para este efecto, el portador deberá cumplir las siguientes formalidades:

a) El portador deberá dar, sin tardanza, aviso del caso de fuerza mayor a su endosante y anotar este aviso, fechado y firmado por él, en la letra de cambio o en una hoja adherida a la misma;

b) Al cesar la fuerza mayor el portador deberá, sin tardanza, presentar la letra a la aceptación o al pago y, si hubiere lugar, mandará levantar el protesto;

c) Si la fuerza mayor persistiere por más de treinta días a partir del vencimiento, los recursos podrán ejercerse, sin necesidad de presentación ni de levantar el protesto. Para las letras de cambio a la vista o a cierto plazo de vista, el plazo de treinta días correrá desde la fecha en que el portador hubiere dado aviso de la fuerza mayor a su endosante, aun cuando esa fecha fuere anterior al vencimiento de los plazos de presentación.

Cabe destacar que, según lo dispuesto en el Art.172, inc. 6o, del C. de Com: *No se considerarán como constituyentes de fuerza mayor los hechos puramente personales que atañen al portador o al que éste hubiere encargado de la presentación de la letra o del levantamiento del protesto.*

12. Perdida o destrucción de la letra de cambio.

Una letra de cambio puede perderse o destruirse. Y estos hechos pueden ocurrir antes o después de la aceptación. Según lo dispuesto en el Art.172, inc. 7o., del C. de Com., el dueño de una letra de cambio perdida o destruida, antes o después de la aceptación, y que contenga uno o más endosos, puede exigir el pago del importe como si la hubiere presentado al obligado, siempre que llene los siguientes requisitos:

a) El beneficiario de la letra puede pedir al obligado el pago voluntario de su valor. El obligado en este caso tiene derecho a exigir al que reclama el pago una garantía satisfactoria en la forma, en el monto y en la calidad. Esta garantía aprovechará a todas las personas que voluntariamente paguen el importe total o parcial de la letra contra toda reclamación ulterior o responsabilidad derivada de la letra. El que va a pagar fija el monto de la garantía.

b) Si el dueño de la letra de cambio perdida o destruida no pudiere, por cualquier causa, obtener el pago voluntario tendrá derecho a entablar acción para exigir el pago a los obligados por la letra de cambio, **siempre que ofrezca la misma garantía** y con los mismos fines que en el caso del pago voluntario. El Juez fija la garantía; y, el juez decidirá en este caso de la suficiencia de dicha garantía.

Cabe destacar que si se pierde o destruye una letra que sólo tiene girador, girado y beneficiario, no habría como comprobar la verdadera existencia del título; pero si hay dos o más endosantes la situación cambia porque cada endosante es garante a su vez de todos los que están detrás de él, por lo que no le interesa a un endosante negar la existencia del título, puesto que él está garantizado por el girador y por el beneficiario que se la endosó.

Hasta cuándo dura las garantías a que se refieren los numerales 1 y 2?. Se estima que duran cinco años, que es el lapso en que prescriben las acciones derivadas de una letra de cambio.

Si el documento no llena los requisitos para ser considerado letra de cambio, no cabe el ejercicio de los derechos puntuados en el Art.172 del C. de Com.

El sistema establecido por el Art. 172 del C. de Com se encuentra ratificado por el Art. 7 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio y Pagarés a la Orden publicado en Registro Oficial No. 863 de 8 de agosto de 1975 y que dispone:

“La Ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción material del documento”.

Cabe destacar que, de acuerdo a lo previsto por el Art.172 del C. de Com., es improcedente la acción de nulidad por pérdida o destrucción de una letra de cambio (o pagaré).

Tampoco cabe acción de nulidad de un instrumento que no cumple los requisitos para ser considerado letra de cambio y que se ha destruido o se ha perdido.

13. De la Intervencion

13.1. Concepto.

La intervención en el derecho cambiario significa que una persona ajena a la letra de cambio interviene en la aceptación o en el pago de la misma, ya sea en forma espontánea o ya por designación del librador. Es decir que, sobre el tema, existen dos figuras: 1) la intervención; 2) la indicación.

Por lo dicho, la intervención puede ser: 1) Espontánea, o **intervención** propiamente dicha, la que se realiza a ún sin autorización; es decir que, ante la falta de aceptación o el pago por parte del girado, una persona de “motu proprio” ofrece aceptar o pagar la letra; 2) el **indicado** para el caso necesario, designado por el librador, que es un girado subsidiario, a quien el portador de la letra puede requerirle la aceptación o pago cuando no lo haga el obligado principal.

La finalidad primordial de la intervención es asegurar el cumplimiento de las obligaciones cambiarias.

En el Ecuador, el Código de Comercio vigente no contempla la institución de la aceptación y pago por intervención.

14. De la pluralidad de ejemplares

En la actualidad no existe la práctica de girar letras de cambio en varios ejemplares. La pluralidad de ejemplares de la letra de cambio pretende prevenir el inconveniente que presentaría la pérdida del ejemplar único de la letra; y, en todo caso facilitar la negociación del título.

En el Ecuador, el Código de Comercio vigente no contempla la posibilidad de girar la letra de cambio en varios ejemplares idénticos.

15. De las copias

El Código de Comercio ha previsto la posibilidad de que el portador de una letra de cambio pueda hacer copias de la misma, a fin de facilitar su negociabilidad. En resumen, podemos anotar al respecto las siguientes reglas:

1.- Todo portador y girado de una letra de cambio tendrá derecho a hacer copias certificadas de la misma.

2.- La copia del original será completa, deberá reproducir exactamente el original con los endosos y todas las demás anotaciones y pormenores y sus hojas adheridas.

3.- La copia podrá ser endosada y garantizada por medio de un aval del mismo modo y con los mismos efectos que el original. Deberá señalarse claramente la fecha de dichos actos.

4.- En la copia se deberá indicar quien tiene el documento original.

5.- En caso de endoso, quien tuviese el original está obligado a entregarlo al portador legítimo de la copia.

6.- Si quien tiene el original se niega a entregarlo, el portador de la copia no podrá ejercer sus acciones contra las personas que hubieren endosado la copia sino después de haber hecho constar, por medio de un protesto, que ha pedido el original y no le ha sido entregado.

7.- La copia que contenga aval por cuenta de alguno de los endosantes anteriores o del aceptante, deberá cederse, mediante cesión anotada en ella. Arts. 174, 175 y 176 C de Com.

16. De la falsificación y de las alteraciones de la letra de cambio.

En la letra de cambio puede darse la falsificación de firmas y la alteración de su texto. Sobre este tema el Código de Comercio contempla las siguientes reglas:

1^a. En virtud de que la letra de cambio es un título valor que representa el derecho literal y autónomo que en él se incorpora, la falsificación de una firma, aun cuando sea la del girador o del aceptante, **no afecta en nada la validez de las demás firmas**; pues la firma o firmas válidas son suficientes para crear una obligación cambiaria autónoma. Art.177 C de Com-

2^a. Como título valor que es, el derecho que incorpora la letra de cambio es literal; y, por ello, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 178 del C. de Com: *En caso de alteración del texto de una letra de cambio, los signatarios posteriores a dicha alteración se obligan según los términos del texto alterado, y los firmantes anteriores, según los términos del texto original, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que se desprendan de dichas alteraciones.*

3^a. *La certeza de la fecha de los contratos mercantiles puede establecerse por cualquier medio probatorio; pero la fecha de las letras de cambio, de los pagarés y otros títulos valores o efectos de comercio, así como las de sus endosos, avales o cesiones, se tiene por cierta si no se prueba lo contrario. Art. 271 C. de Com.*

Se presume la veracidad de la fecha del giro de la letra, aceptación, endoso y aval. Esta presunción admite prueba en contrario.

La alteración puede consistir en un raspado, enmienda o fabricación de un escrito, o ya por sustitución , supresión o adición.

La falsificación de firmas o alteración del texto de una letra de cambio no la **anula**; pero es importante determinar si la alteración es anterior o posterior a la firma de la letra; pues los efectos son, según lo dispuesto en el Art.178 C. de Com., que los signatarios **posteriores** a dicha alteración se obligan según los términos del texto alterado; y, los firmantes anteriores, según los términos del texto original.

El Código de Comercio Colombiano contiene la misma norma del Art. 178 del C. de Com. del Ecuador, pero agrega :"Se presume, salvo prueba en contrario, que la suscripción ocurrió antes de la alteración".

La letra de cambio no se invalida porque ha sido llenada con diferentes tipos de letra en diversas fechas o momentos.

17. De la prescripción

17.1. Concepto.

El Art. 2392 del Código Civil dispone: *Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenaas, o de extinguir las acciones y derechos ajenoas, por haberse poseido las cosaas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.-Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción.*

El Art. 179 del C. de Com. se refiere a la prescripción de las acciones que resultan de la letra de cambio; y, en este sentido la prescripción es el modo de extinguir el derecho del signatario de la letra para ejercer la acción de cobro del valor del título por haber transcurrido el tiempo que determina la Ley. Por parte del deudor, esta prescripción es liberatoria de la obligación, por cuanto al haber transcurrido el tiempo que determina la Ley sin que se haya ejercido la acción de cobro correspondiente, la obligación se extinguió, deja de ser deudor; y, si se lo demanda, puede oponer la excepción de prescripción.

17.2. Plazos de Prescripción.

El Art. 179 C. de Com. establece el plazo de prescripción de las acciones de cobro de la letra de cambio, diferenciando la fecha a partir de la que se cuenta el plazo de prescripción de acuerdo al signatario contra quien se dirija la acción:

17.2.1. Contra el aceptante.-Todas las acciones que de la letra de cambio resultan contra el **aceptante** prescriben en cinco años contados desde la fecha del vencimiento. Se entiende que este mismo tiempo es aplicable al avalista del aceptante, por cuanto el avalista queda obligado en los mismos términos que el aceptante.

17.2.2. Acciones contra los endosantes y contra el girador.-Las acciones del portador contra los endosantes y contra el girador prescriben en cinco años, a partir de la fecha del protesto levantado en tiempo útil o de la fecha del vencimiento en caso de cláusula de devolución sin gastos.

17.2.3. Acciones de los endosantes unos contra otros y contra el girador.

Las acciones de los endosantes unos contra otros y contra el girador prescriben en cinco años contados del día en que el endosante ha reembolsado la letra o del día en que el mismo ha sido demandado, lo que ocurra primero.

17.3. Excepciones.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 171, inciso tercero, en caso de caducidad o prescripción subsiste la acción cambiaria en los siguientes casos:

1.- La acción cambiaria subsiste contra el **girador** que no haya hecho provisión de fondos;

2.- Subsiste contra un girador o un endosante que se haya enriquecido injustamente;

3.- Subsiste la acción cambiaria contra el aceptante que ha recibido provisión de fondos o se ha enriquecido injustamente.

Al respecto, debemos destacar que, el Código Civil en el Art. 2415 dispone que el tiempo para la prescripción extintiva es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias; y, que la acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.

Asimismo, es importante destacar que el Código de Comercio en el Art. 179, inciso 4º., dispone que *la acción de enriquecimiento sin*

causa prescribe a los cinco años, contados desde el día en que se perdió la acción cambiaria.

Cabe destacar también que la acción cambiaria en contra del avalista del aceptante prescribe en cinco años de la fecha de vencimiento de la letra. Hay criterios de la Corte Suprema de Justicia que extiende la acción de enriquecimiento injusto al avalista, pero también hay criterios contrarios porque el avalista generalmente no recibe ninguna contraprestación, aún si el aval no fuese gratuito y se hubiere estipulado una remuneración. Art. 2244 C. Civil.

En todo caso el enriquecimiento injusto del avalista no se perseguirá en acción cambiaria.

Cabe recalcar que los comentaristas de esta materia coinciden en que perdida por el tenedor de la letra la acción cambiaria, no puede ejercitarse contra el avalista la acción ordinaria, puesto que el avalista es un garante exclusivamente cambiario.

No subsiste contra el avalista la acción cambiaria u ordinaria de enriquecimiento injusto, sino en el caso de que se hubiere probado que efectivamente el avalista se benefició en alguna forma con la emisión de la letra de cambio o alguna circunstancia relativa a su transmisión.

17.4. Interrupción de la prescripción.

De conformidad con lo prescrito por el Art. 2418 del C. Civil, la prescripción que extingue las acciones ajena puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la citación de la demanda judicial, salvo en los siguientes casos:

1.- Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2.- Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años; y,

3.- Si el demandado obtuvo sentencia de absolución. En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda. Art. 2403 C. Civil.

Por consiguiente, el reconocimiento expreso o tácito del crédito por parte del deudor, y la citación con la demanda, son actos interruptivos de la prescripción de un crédito cambiario.

Cabe señalar que el Art.180 del C. de Com. dispone que la interrupción de la prescripción sólo tiene efecto contra la persona con respecto a quien se ha efectuado la interrupción; esto en razón de la solidaridad cambiaria.

18. Disposiciones generales sobre la letra de cambio.

El Código de Comercio en los Arts.181 y 182 establece reglas sobre plazos, términos y días hábiles para determinados actos relacionados con el pago de la letra de cambio:

1.- El pago de una letra de cambio cuyo vencimiento cayera en día feriado o no laborable, no podrá exigirse sino el primer día hábil siguiente.

2.- Todos los actos relacionados con la letra de cambio, principalmente la **presentación** a la aceptación y al protesto, sólo podrá efectuarse en días hábiles. Pero si el girado aceptante acepta la letra en día inhábil, por su propia voluntad, debemos entender que no se invalida este acto.

3.- Cuando uno de los actos a que se refiere el numeral anterior deba efectuarse dentro de cierto término cuyo último día sea feriado o no laborable, se prorrogará el plazo hasta el primer día hábil siguiente a la expiración del término. Los días feriados intermedios quedarán comprendidos en el cómputo del término;

es decir se trata de un plazo. El Art. 181 del C. de Com. utiliza las palabras “término” o “plazo” indistintamente, con el mismo significado, no hace diferencia.

4.- Los plazos legales o convencionales no comprenden el día que les sirve de punto de partida.

5.- No se admite ningún día de gracia, legal ni judicial.

19. De los conflictos de leyes.

La letra de cambio puede tener circulación internacional; y, por ello pueden surgir conflictos entre las diversas legislaciones.

Al respecto, el Código de Comercio establece algunas reglas:

1.- *Sobre la capacidad.-La capacidad de una persona para obligarse por medio de una letra de cambio se determinará por su ley nacional. Si esta Ley declarare competente la Ley de otro Estado, se aplicará esta última.*

2.- *Toda persona incapaz, de acuerdo con la nacional, quedará, sin embargo, válidamente obligada si se hubiere comprometido en el territorio de un Estado conforme a cuya legislación sería capaz.*

3.- *Forma.- La forma de una obligación contraída en materia de letra de cambio se determinará por las leyes del Estado en cuyo territorio se suscribiere esa obligación.*

4.- *La forma y los plazos del protesto, así como la forma de los demás actos necesarios para el ejercicio o la conservación de los derechos en materia de letra de cambio, se determinarán por las leyes del Estado en cuyo territorio deba ser levantado el protesto o realizado el acto. Arts. 183, 184 y 185 C. de Com.*

5.- **Competencia del Juez cuando la letra de cambio debe pagarse en el exterior.** La letra de cambio puede tener circulación internacional; puede girarse en un País y demandarse el pago en

otro. Más aún, con la integración andina las relaciones comerciales entre los ciudadanos de los diversos países se intensificarán y puede utilizarse la letra de cambio, como título de crédito que es, entre comerciantes y no comerciantes de diversa nacionalidad y residentes en diversos países; y, puede girarse y aceptarse la letra en un País y cobrarse judicialmente en otro; puede señalarse como lugar de pago un País y pretender demandar judicialmente en otro el pago; qué solución se da en la legislación?.

6.- La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés a la Orden y Facturas, de la cual el Ecuador es suscriptor (publicada en Registro Oficial No. 863 del 8 de agosto de 1975) establece las siguientes reglas:

- a) Art. 1.- La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída. Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación.
- b) Art.2.-La forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.
- c) Art. 3.- Todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídas.
- d) Art. 4.- Si una o más obligaciones contraídas en una letra de cambio fueren inválidas según la ley aplicable conforme a los Arts. anteriores, dicha invalidez no afectará aquellas otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar donde hayan sido suscritas.

- e) Art. 5.- Para los efectos de esta Convención, cuando una letra de cambio no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la del lugar de su emisión.
- f) Art. 6.- Los procedimientos y plazos para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley del lugar en que dichos actos se realicen o deban realizarse.
- g) Art. 7.- La Ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.
- h) Artt. 8.- Los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio.

7.- El Código de derecho internacional privado Sánchez de Bustamante en el capítulo VI: Del Contrato y Letra de Cambio y de los Efectos Mercantiles Análogos; del Título Segundo: De los Contratos Especiales de Comercio; Libro Segundo: Derecho Mercantil Internacional, establece las siguientes normas sobre la letra de cambio:

Art. 263.- La forma del giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

Art. 264.- A falta de convenio expreso o tácito, las relaciones jurídicas entre el librador y el tomador se rigen por la ley del lugar en que la letra se gira.

Art. 265.- En igual caso, las obligaciones y derechos entre el aceptante y el portador se regulan por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación.

Art. 266.- En la misma hipótesis, los efectos jurídicos que el endoso produce entre endosante y endosatario, dependen de la ley en que la letra ha sido endosada.

Art. 267.- La mayor o menor extensión de las obligaciones de cada endosante, no altera los derechos y deberes originarios del librador y el tomador.

Art. 268.- El aval, en las propias condiciones, se rige por la ley del lugar en que se presta.

Art. 269.- Los efectos jurídicos de la aceptación por intervención se regulan, a falta de pacto, por la ley del lugar en que el tercero interviene.

Art. 270.- Los plazos y formalidades para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley local.

20. De la letra de cambio en blanco.

En la realidad puede ocurrir y ocurre con frecuencia que la letra de cambio es aceptada antes de haberse llenado o completado todos los requisitos de validez del título; y, así permanece hasta que se presenta la necesidad de que circule o la de demandar. Entonces se completan los requisitos, intereses, firma del girador, fecha de aceptación, etc. quizá con otro tipo de letra, con otra tinta, etc., lo que demuestra que esos requisitos fueron escritos en momento o fecha distintas. Esta es una letra de cambio llamada en **blanco**; es decir es aquélla que ha sido aceptada sin que se hayan llenado todos los requisitos de validez de la letra.

La doctrina y la jurisprudencia aceptan esa forma de emisión de la letra “**en blanco**”, porque en este caso se presume que existe

una tácita autorización del aceptante para que el tenedor llene los requisitos que al momento de aceptarla faltan. Pero, cabe aclarar que para que una letra de cambio en blanco circule o para ejercer una acción judicial tiene que completarse los requisitos legales o que la Ley exige para que sea considerada letra de cambio.

En qué plazo o término debe llenarse la letra en blanco?

Como queda dicho antes, la letra en blanco tiene que ser completada en sus requisitos legales al momento en que va a circular o cuando se va a ejercer una acción judicial. La Ley no ha señalado plazo para llenar esos requisitos que le faltan a la llamada letra en blanco.

Tampoco la Ley prohíbe el aceptar letras en blanco o incompletas. La aceptación en blanco, entonces, no anula ni afecta la validez de la letra.

Si al llenar la letra de cambio en blanco se falsea la verdad del acto que la motivó o de lo convenido, y se logra probar esta alteración, los efectos son los de una letra alterada. Pero si no se prueba que se alteró la verdad de los hechos, la letra surte plena validez, aunque los requisitos hubiesen sido llenados posteriormente a la aceptación.

El Código de Comercio no exige que el acto de girar la letra, el de aceptar y los demás actos se realicen en unidad de acto; y por ello pueden hacerse en etapas sucesivas o indistintamente en cualquier momento; por todo esto cabe la letra de cambio llamada “en blanco”. Sin embargo, debemos señalar que esta letra en blanco será considerada letra de cambio cuando se complete los espacios vacíos o en blanco.

Si se prueba que la letra se ha llenado contraviniendo instrucciones o convenios, habrá una falsedad.

La doctrina distingue entre letra en blanco y letra incompleta. Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz expresan que la

letra en blanco “puede definirse diciendo que <es un efecto privado en el momento de su emisión de uno o varios requisitos formales, pero al menos con la firma de un obligado cambiario, y susceptible de ser completada en la forma convenida, por el tomador o por otro poseedor antes de su presentación al cobro>. Pero parece que, en todo caso, inicialmente ha de existir, como mínimo, la indicación de encontrarnos ante una letra de cambio, y una firma (del librador o del librado-aceptante). Por el contrario, la denominada letra incompleta surge cuando, antes de estar completa la letra, se pone en circulación intempestivamente, es decir, sin o en contra de la voluntad del suscriptor. Mientras que la letra en blanco está llamada a ser completada en virtud de un pacto expreso entre el suscriptor y el tomador, en la letra incompleta –a la que también le falta uno o varios requisitos– no se ha pactado expresamente su complementación ni su circulación en forma incompleta. Lo que las distingue es la existencia o la ausencia del pacto expreso para su puesta en circulación y para ser posteriormente completada” ob cit vol II, pág. 462

21. De la letra de cambio en garantía

Las llamadas “letras en garantía” son instrumentos que se endosan para asegurar los resultados de una administración, o para asegurar el cumplimiento de una obligación distinta a la que contiene el título. Pero, debemos tomar en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el Art.114, b) del C. de Com., la letra de cambio contendrá “La orden incondicional de pagar una cantidad determinada”. La existencia de la letra no puede estar sujeta a condición alguna. La letra de cambio debe surgir además de una causa. Ahora, si la letra ha circulado se ha convertido en un efecto de comercio y no cabe que se oponga excepciones sobre relación personal del aceptante con el girador. Si la letra lleva la palabra en garantía no surte efecto como letra de cambio, aunque

hubiese circulado, porque contraviene la disposición que la letra debe contener la orden incondicional de pagar una cantidad de dinero.

Hay fallos de la Corte Suprema de Justicia (Diccionario de Jurisprudencia del Dr. Galo Espinosa, Tomo II, pág. 164; juicio: Sara Vásquez-Enrique y Carlos Arias) que señalan que “el hecho de que (la letra) haya sido dada en garantía no altera ni transforma su naturaleza de título ejecutivo ya que los que la aceptan o avalizan se comprometen, sin restricción, a cumplir lo que en ella reza como pactado, al vencimiento del plazo, más aún si se considera que entregada una letra en garantía o en blanco se **presume allanamiento de los aceptantes con las condiciones y forma en que se pretende el cobro**”.

22. Letra de cambio girada o aceptada por un mandatario o representante legal

El Código de Comercio en el Art. 122 dispone que: *Todo aquel que ponga su firma en una letra de cambio, en representación de una persona de quien no tenga poder, quedará obligado personalmente según los términos de la letra. Este artículo es aplicable al representante legal o voluntario que se haya extralimitado en el uso de sus poderes.*

En lo que respecta al caso de compañías debemos tener presente lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley de Compañías, que establece: *Será ineficaz contra terceros cualquiera limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipule en el contrato social o en sus reformas.*

Por principio general del Derecho Cambiario, quien obra o se obliga en nombre o representación de un tercero (persona natural o jurídica) debe sujetarse a los términos del mandato o representación. De ahí que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 122 y 189 del Código de Comercio, quien emite una letra de cambio o pagará

a la orden en representación de una persona de quien no tenga poder o que teniéndolo se exceda en las facultades concedidas, se **obliga personalmente**; y, en consecuencia, el tercero por quien se pretende obligar queda liberado de cualquier compromiso comercial.

Estimo que la situación es distinta en tratándose de los representantes legales de las compañías en virtud de lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley de Compañías antes transcrito.

Las limitaciones que se establezcan en el Estatuto de las compañías para los administradores no surten efecto en lo que respecta a terceros; tiene efectos internos, como para sanción del administrador. Y esto es lógico y conveniente para protección de los terceros que negocian con las compañías, porque no es fácil a los terceros que para todo negocio tengan que primero averiguar hasta donde llegan las facultades del administrador representante legal. Si por ejemplo, en el Estatuto de la Compañía anónima "X" se establece que el Gerente, representante legal, puede aceptar obligaciones hasta por diez mil dólares de los Estados Unidos de América, pero el Gerente extralimitándose en sus facultades acepta una letra de cambio o suscribe un pagaré a la orden por veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, no se invalida el título ni se libera la compañía de la obligación.

Debemos reforzar el criterio antes expuesto respecto a las compañías indicando que las facultades representativas de los administradores pueden ser fijadas o limitadas no solamente en los Estatutos, sino también por la Junta o por el Directorio si el Estatuto así lo preve.

Distinto sería el caso de que un administrador de una compañía acepta una letra de manera personal y no como administrador; entonces no obliga a la compañía; o cuando una persona gira o acepta una letra de cambio como administrador o como representante legal de una compañía, sin serlo; se obliga personalmente pero no puede obligar a la compañía.

Para que la letra se entienda girada o aceptada por el representante se requiere que conste que la suscribe como representante legal de la entidad, o conste un sello de la entidad, etc. Normalmente debe señalarse que firma por la entidad tal. Si según los Estatutos sólo el Presidente de la Compañía está facultado para suscribir documentos que obligan a la compañía, como letras, pagarés, etc., por ser el representante legal, pero en su lugar suscribe el Gerente por ejemplo, en realidad no ha comprometido a la compañía; la compañía no ha contraído obligación. Distinto es el caso de que el representante legal rebasa el límite de sus atribuciones, y por ejemplo, acepta una letra de cincuenta mil dólares cuando sólo está facultado para hacerlo hasta veinte mil dólares. De acuerdo al Art. 12 de la Ley de Compañías, esta limitación no afecta a terceros, es ineficaz contra terceros.

El Código de Comercio establece las siguientes reglas para el caso de suscripción de títulos valores por representantes legales o voluntarios:

1. *Cuando el suscriptor de un título obre como representante legal, mandatario u otra calidad similar, deberá aludirla, por lo menos al pie de su firma.*
2. *La representación voluntaria para suscribir por otro un título valor podrá conferirse mediante poder general o especial, que conste por escrito. No obstante, quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos en su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor.*
3. *Los representantes legales de sociedades y los apoderados de los comerciantes designados de conformidad con este Código, se reputarán autorizados por el solo hecho de su nombramiento o mandato debidamente inscrito, para suscribir títulos valores a nombre de las entidades que administren.*

4. *Quien suscribe un título valor a nombre de otro sin poder para hacerlo, se obligará personalmente como si hubiera obrado en nombre propio. La ratificación expresa o tácita de la suscripción transferirá a quien la hace las obligaciones del suscriptor, a partir de la fecha de la suscripción. Será tácita la ratificación que resulte de actos de cumplimiento o encaminados a dicho cumplimiento. La ratificación expresa podrá hacerse en el título o separadamente.*

23. Intereses.

23.1. Aspectos generales.

De conformidad con lo dispuesto en el Art.119 del C. de Comercio, sólo en las letras de cambio pagaderas **a la vista o a cierto plazo de vista**, se puede estipular intereses. *En cualquier otra letra de cambio, esa estipulación será considerada como no escrita.* Es decir, que en las letras de cambio a día fijo y a cierto plazo de fecha la estipulación de intereses se considera como no escrita.

Pero, es importante aclarar que en las letras de cambio **a día fijo y a cierto plazo de fecha** no se puede estipular que la suma devengará intereses desde la fecha de emisión de la letra; pero sí se puede estipular en estas letras intereses a partir del **vencimiento**. En cambio, en las letras pagaderas a la vista y a cierto plazo de vista se puede estipular intereses desde la fecha de emisión o desde una fecha posterior a la emisión.

Qué razón existe para que, de acuerdo al tipo de vencimiento de la letra, se pueda o no estipular intereses desde la fecha de emisión?

Las razones que se exponen por algunos tratadistas en la actualidad no son convincentes. Se dice por ejemplo que la razón que existe para que el legislador limite sólo a este tipo de letras el cobro de intereses está en el deseo de apresurar el pago del título, pues genera intereses desde la emisión y el plazo de vencimiento

siempre será corto; además porque si se desconoce la fecha cierta de pago el aceptante no puede acumular los intereses al monto total de la deuda; que la estipulación de intereses en las letras a día fijo y a cierto plazo de fecha haría difícil la circulación de estas letras por el cálculo enredoso de intereses que tendría que hacerse conforme vaya circulando. Estimo que en la letra a día fijo y a cierto plazo de fecha es factible el cálculo de intereses desde la emisión por existir un plazo determinado; y, por ello se puede cobrar los intereses en forma anticipada y a la misma fecha de emisión de la letra; por lo que, no cabría que se estipule intereses desde la emisión por cuanto, si se cobraran anticipadamente, se podría cobrar dos veces.

La tasa de interés debe estar indicada en la letra (Art.119, inc. 2o.). Y qué tasa de interés será la que debe indicarse en la letra?. Será la tasa de interés legal o convencional vigente a la fecha de emisión.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 2110 del C. Civil *Si se estipula en general intereses, sin determinar la cuota, se entenderán los intereses legales.*

Los intereses de mora, adicionalmente al interés legal o convencional, deben estipularse de manera expresa, pues la Ley no los reconoce “ipso jure”, no está supuesta como interés legal, sino como una tasa adicional al interés de la obligación por vencer.

Cabe destacar que la estipulación de intereses, que la existencia de una cláusula sobre interés en la letra no es requisito esencial de la letra. El Art.114 del C. de Com. no la menciona como contenido de la letra.

Actualmente corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera establecer tasas de interés aplicables a las operaciones crediticias, financieras, mercantiles y otras; y, el Banco Central del Ecuador tiene la función de monitorear el cumplimiento de las tasas de interés aprobadas por la Junta. Art. 14, no.23 y Art. 36 no. 25 del COMYFIN.

La estipulación y cobro de un interés mayor que el permitido por la ley (usura) es sancionado por el COIP con la pena privativa de libertad de cinco a siete años. *Cuando el perjuicio se extienda a más de cinco personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.* Art. 309 COIP

Cabe tener presente también la disposición del Art. 1575 del Código Civil que establece : *Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*

- 4^a.- *Se sigue debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro en los intereses corrientes, en ciertos casos;*
- 5^a.- *El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;*
- 6^a.- *Los intereses atrasados no producen interés; y,*
- 7^a.- *La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.*

23.2. Intereses de Intereses.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 308, inc. 2º., prohíbe las prácticas del anatocismo y la usura.

Al respecto, el Art. 2113 del C. Civil dispone: *Se prohíbe estipular intereses de intereses.* Esta disposición prohíbe que se estipule que los intereses de la obligación contenida en la letra por el mero hecho de la mora y sin capitalización produzcan intereses. Pero esta prohibición no es aplicable cuando los intereses devengados son liquidados y capitalizados; en cuyo caso estos intereses capitalizados lógicamente producen intereses; y, es que al ser capitalizados los

intereses no puede decirse con propiedad que los nuevos intereses provengan de intereses, sino de la nueva obligación; por ello en este caso no procede la prohibición del Art. 2113 del C. Civil, no le es aplicable.

23.3. Intereses Reajustables.-

El inciso 3o. del Art. 2109 del Código Civil dispone:
Interés reajustable es el que varía periódicamente para adaptarse a las tasas determinadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, (actualmente por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera) que igualmente determinará la tasa de interés de mora que se aplica a partir del vencimiento de la obligación. (Fuente: Art. 37 de la Ley 006 Ley de Control Tributario y Financiero, publicada en R.O. No. 97 del 29 de diciembre de 1988)

Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora se resuelve en la de pagar los intereses pactados, y si no se ha pactado, se deben los intereses legales. Art. 1575 C. Civil.

De acuerdo al Art. 1567 del C. Civil el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la Ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora.

PRACTICA

Según el vencimiento existen los siguientes modos de girar una letra de cambio:

- a)* A día fijo. Ej.: “Al 30 de junio del año 2003, páguese a la orden de...”
- b)* A cierto plazo de fecha. Ej.: “A seis meses plazo de esta fecha, 30 de julio del 2002, se servirá Ud. pagar a la orden de...”
- c)* A la vista. Ej.: A la vista se servirá Ud. pagar....”

d) A cierto plazo de vista. Ej.: “A sesenta días vista se servirá Ud. pagar....”

Caso práctico.- El 20 de diciembre del 2002 Juan adquiere mercadería a crédito en el almacén de propiedad de Pedro, por la suma de \$ 20.000,oo a seis meses plazo, por lo que se gira una letra de cambio a seis meses vista. Juan tiene su domicilio en Sucre 06-16 y Colón, en la ciudad de Loja. El propietario del almacén exige que Pablo suscriba como aval. Luego el beneficiario, que es el mismo propietario del Almacén, endosa la letra a Diego.

Para elaborar la letra de cambio debemos destacar los siguientes datos, en el caso propuesto:

1. Quién es girador?. Pedro, el propietario del almacén.
2. Quién es girado-aceptante?. Juan, que al aceptar la letra se constituye en el deudor principal.
3. Quién es beneficiario?. El mismo girador, Pedro; y, por lo tanto Pedro es el acreedor.
4. Cantidad de dinero que debe pagarse: \$ 20.000,oo
5. Quién es el aval?. Pablo.
6. Bajo qué modo se gira la letra de cambio?. A cierto plazo de vista.
7. Cuál es la fecha de emisión de la letra: veinte de diciembre del año 2002.
8. Cuál es la fecha de aceptación?: 20 de diciembre del 2002.
9. Cuál es la fecha de vencimiento?: 20 de junio del 2003, por cuanto los seis meses plazo se cuentan desde la fecha de aceptación, que es el 20 de diciembre del 2002.

10. Quién es el endosante?: Pedro, el beneficiario y actual portador de la letra.
11. Quién es el endosatario?: Diego.

Cómo redactar esta letra de cambio?

(1) LETRA DE CAMBIO Vence: (4) el veinte de junio del 2003

Por: \$ 20.000,oo

No.....

(7) Loja, a 20 de diciembre del 2002

A **Seis meses** vista **(2)** se servirá Ud. pagar por esta LETRA DE CAMBIO a la orden de **(6) Pedro** la cantidad de veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

Con el interés del **12%** por ciento anual desde su vencimiento. Sin protesto. Exímese de presentación para aceptación y pago, así como de avisos por falta de estos hechos.

A (3) Juan

Dirección domiciliaria: **(5) Sucre 06 y Colón**

Loja.

Atentamente,

(8) f) Pedro

ACEPTADA.- Valor recibido. El pago no podrá hacerse por partes ni aún por **mis** herederos.- **Me** sujeto a los jueces de esta ciudad, y al juicio ejecutivo o verbal sumario, a elección del demandante.

Loja, a 20 de diciembre del 2002

f) Juan

Cédula No. 1134568724

Comprobación del cumplimiento de requisitos.

De conformidad con lo dispuesto en el Art.114 del Código de Comercio, la letra de cambio contendrá:

1. La denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para la redacción del mismo. Las letras de cambio que no lleven la referida denominación, serán sin embargo válidas si contuvieren la indicación expresa de ser **a la orden. No. 1 de la letra precedente**
2. La orden incondicional de pagar una cantidad determinada. **No. 2 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América)**
3. El nombre de la persona que debe pagar (librado o girado). **No. 3 Juan**
4. La indicación del vencimiento. **No. 4: 20 de junio del 2.003**
5. La del lugar en donde debe efectuarse el pago. **No. 5: Loja**
6. El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago. **No. 6: Pedro.**
7. La indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra; y, **No. 7: Loja, a 20 de diciembre del 2002**
8. La firma de la persona que la emite (librador o girador). **No. 8: Pedro.**

AVAL

“Por Aval” **me** constituyo solidariamente responsable con **el aceptante**.- Sin protesto. El pago no podrá hacerse por partes, ni aún por **mis** herederos. Estipulo las demás condiciones constantes de la letra y de su aceptación.

Loja, a 20 de diciembre del 2002

f) **Pablo**

ENDOSO: Recuerde que el endosante es Pedro, portador de la letra de cambio y actual beneficiario; y, que el endosatario es Diego.

PAGUESE a la orden de **Diego**.- **Valor recibido.** Sin protesto. El pago no podrá hacerse por partes, ni aún por **mis** herederos. Estipulo las demás condiciones constantes de la letra y de su aceptación.

Loja, a 5 de enero del 2003.

f) Pedro

Capítulo 3. DEL PAGARE A LA ORDEN

1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.

1.1. Concepto.- Función económica.

El pagaré a la orden es un título de crédito, creado y reglado por la Ley, que contiene una promesa incondicional del suscriptor de pagar una suma determinada a otra persona, a su orden.

M Broseta Pont dice que puede definirse al pagaré “diciendo que es un título-valor formal que contiene la promesa pura y simple de su firmante de pagar a su tenedor (o a su orden) una cantidad de dinero determinada a su vencimiento” ob cit pág. 525

El Código de Comercio en el Art. 186 establece que: *El pagaré es un título de contenido crediticio, por el cual una persona, llamada otorgante, promete incondicionalmente pagar una suma determinada de dinero a otra denominada tomador o beneficiario, a su orden o al portador.*

El pagaré a la orden es un título muy utilizado de manera especial por las instituciones financieras para instrumentar las operaciones de crédito.

1.2. Requisitos.

1.2.1. Requisitos formales.

El pagaré es un título rigurosamente formal. El Art.187 del C. de Com. dispone que el pagaré contendrá:

- a) La denominación del documento (Pagaré) inserta en el texto mismo y expresada en el idioma empleado en la redacción del documento.
- b) Los pagarés que no llevaren la referida denominación, serán, sin embargo, válidos, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden.

En el texto del documento debe insertarse la denominación “PAGARE A LA ORDEN”. Ello ayuda a identificar al título y a diferenciarlo de otros títulos valores.

Es importante destacar que, según esta disposición, son válidos los pagarés que no contienen la denominación “Pagaré a la orden”, pero que sí contienen la indicación expresa de ser “a la orden”. En la práctica, los documentos impresos contienen generalmente la siguiente redacción “Debo y pagaré a la orden de”, sin que el documento contenga necesariamente la denominación de “Pagaré a la orden”. Aunque el documento no contiene la denominación “Pagaré a la orden”, sí contiene la indicación de “ser a la orden”; y, por consiguiente, tenemos un pagaré legalmente constituido. En cambio, si sólo se dice “Debo y pagaré al señor NN”, este documento no es un pagaré. La cláusula a la orden otorga a los instrumentos su negociabilidad y su ejecutabilidad.

- c) La promesa incondicional de pagar una suma determinada.

Este es uno de los requisitos que diferencia sustancialmente a la letra de cambio del pagaré a la orden; pues mientras la letra contiene una orden de pago, el pagaré contiene una promesa, y esta es la esencia del pagaré. En segundo lugar, esta promesa debe ser incondicional; es decir, pura, simple, sin reservas, sin que dependa de un acontecimiento futuro que pueda suceder o no.

Y en tercer lugar, la promesa incondicional es de “**pagar una suma determinada**”. Aunque la Ley no dice suma de qué, por el contexto de la legislación se entiende que es de dinero; pues el Art.119 C. de Com. regula el pago de intereses que sólo devenga el dinero; el Art.158 C. de Com. que regula la moneda que debe regir el pago de una letra de cambio; y, ambos artículos se aplican al Pagaré a la orden. Además la doctrina y la jurisprudencia así lo han confirmado. En la práctica no sólo que debe determinarse la suma que se promete pagar sino también la especie de moneda, porque sin ésta la obligación no se podría determinar.

- d) La indicación del vencimiento.- Se puede emitir pagarés a la orden con vencimientos sucesivos. *El pagaré cuyo vencimiento no estuviere indicado, se considerará como pagadero a la vista.* Art. 188, inciso 2o. C. de Com.
- e) El lugar en donde debe efectuarse el pago. *A falta de indicación especial, el lugar de emisión del documento se considerará como lugar del pago y, al propio tiempo, como lugar del domicilio del suscriptor.* Art.188, inciso tercero, C de Com.
- f) El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago (beneficiario).No puede existir un pagaré al portador.
- g) La indicación de la fecha y el lugar donde se suscribe el pagaré. *El pagaré en el cual no se indique el lugar de su emisión, se considerará suscrito en el lugar designado al lado del nombre del suscriptor.* Art.188, inciso 4º.C. de Com.; y,h)La firma del que emite el documento (suscriptor).

1.2.2. Elementos personales o subjetivos.

En el pagaré intervienen dos elementos personales: suscriptor y beneficiario.

a. **Del suscriptor.-** Es el emisor del título bajo la responsabilidad de su firma. Sólo se requiere la firma del suscriptor para constituir la obligación.

La firma del suscriptor es un acto jurídico mediante el que el suscriptor hace suyo el contenido del pagaré; y, por tanto, esa firma es un requisito de validez del título y que vincula al suscriptor con el contenido del mismo.

El analfabeto, quien no sabe escribir ni firmar, no puede o no está capacitado legalmente para otorgar un pagaré a la orden.

El suscriptor puede ser múltiple.

El suscriptor puede actuar a través de su representante legal o apoderado. Si el que emite el pagaré (suscriptor) es una persona jurídica, la firma del pagaré tendrá que hacerla su representante legal.

Como se anotó antes, puede suscribir un pagaré un mandatario. *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. Art. 2020 del C. Civil.*

Si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llamará ESPECIAL; si se da para todos los negocios del mandante, es GENERAL; y lo será igualmente si se da para todos, con una o más excepciones determinadas. Art. 2034 C. Civil.

De acuerdo a lo previsto en el Art. 2036, inc. 2o., del C. Civil, para suscribir un pagaré como mandatario se requiere poder

especial, ya que la suscripción de un pagaré es un acto que sale de los límites señalados en el inciso primero de esta disposición. Para que el mandatario pueda suscribir un pagaré a nombre del mandante es necesario entonces que en el poder especial se lo autorice y faculte para ello.

Asimismo el representante legal debe hacer constar en su firma la calidad en que suscribe el pagaré, a nombre de quien actúa; en caso contrario, es decir si falta esta indicación, se obliga personalmente. De la misma manera, el mandatario que se extralimita en el uso de sus poderes queda obligado personalmente según los términos del pagaré. Art.122 del C. de Com. Distinto tratamiento existe para los actos del representante legal de las compañías, como se analizó al tratar sobre la letra de cambio.

1. Suscriptor=beneficiario.-

El girador de una letra de cambio puede girarla a su propia orden; es decir que el girador puede a la vez ser beneficiario. Pero en cambio, como el pagaré contiene una promesa, el suscriptor de un pagaré no puede emitirlo a su orden; es decir el suscriptor no puede a la vez ser beneficiario, porque no es legalmente procedente que se haga una promesa así mismo.

2. Condiciones en que se obliga el suscriptor de un pagaré.-

De conformidad con lo dispuesto en el Art.190, inciso 1º. del C. de Com., *El suscriptor de un pagaré se obliga del mismo modo que el aceptante de una letra de cambio;* en consecuencia, lo que el C. de Comercio y la Ley en general dispone para el aceptante se aplica al suscriptor del pagaré. Por lo tanto, así como en la letra de cambio el aceptante es el obligado directo, en el pagaré lo es el suscriptor, y por consiguiente el suscriptor no es obligado de regreso. Contra el suscriptor y el avalista se ejerce acción directa. En todo caso, es importante recalcar que en el pagaré a la orden no existe la aceptación. La suscripción es un acto distinto a la aceptación.

b. Del beneficiario.- Es la persona (natural o jurídica) a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago.

1.3. Naturaleza.

En las siguientes características se concreta la naturaleza del Pagaré a la orden. Estas características ya fueron analizadas al tratar sobre la letra de cambio.

- a)* Es un título valor;
- b)* Es un título de crédito;
- c)* Es un instrumento privado;
- d)* Es un instrumento formal, reglado por la Ley en su contenido;
- e)* Es un título a la orden;
- f)* Es un título ejecutivo;
- g)* El pagaré contiene una promesa. Esta es su característica esencial y la que revela su naturaleza.

2. Diferencias sustanciales entre la letra de cambio y el pagaré a la orden.

El pagaré a la orden y la letra de cambio son instrumentos o títulos de crédito muy similares en sus características y en su uso; hasta tal punto que, de conformidad con lo previsto en el Art. 189 del C. de Com., una gran mayoría de disposiciones relativas a la letra de cambio son aplicables al pagaré *en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este documento*. Sin embargo, también hay diferencias importantes o determinantes de la existencia independiente de estos dos títulos valores.-Así:

1.- Mientras la letra de cambio contiene una orden de pago, el pagaré a la orden contiene una **promesa de pago**; y, esta es la esencia del pagaré.

El girador de la letra de cambio da la orden para que otra persona, el girado, (puede reunirse en una misma persona las calidades de girador y girado)la cumpla; y, sólo en defecto de ello adquiere una obligación propia; en cambio, en el pagaré a la orden el suscriptor promete un hecho propio desde su creación.

2.- En la creación de la letra de cambio intervienen necesariamente tres elementos personales: el girador o creador de la letra; el girado, o persona a quien se da la orden de pago; y, el beneficiario, a favor de quien se da la orden de pago.- En el pagaré, en cambio, se contraponen siempre dos personas: el suscriptor (deudor) y el beneficiario (acreedor). Suscriptor es quien promete pagar; beneficiario, la persona a quien o a cuya orden debe pagarse.

3.- En la letra de cambio, el girador puede a su vez ser beneficiario; en cambio en el pagaré el suscriptor no puede a la vez ser beneficiario, porque es inaceptable jurídicamente que prometa pagarse a sí mismo y porque además recaería en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, produciéndose así confusión; y, por lo tanto la obligación se extinguiría al mismo momento de nacer.

4.- En el pagaré no existe la figura del girado porque no hay una orden de pago como en la letra.

5.- En el pagaré no existe la aceptación como en la letra de cambio, que constituye al girado en obligado principal y directo. En el pagaré el suscriptor es el obligado principal y directo.

6.- **Pagaré pagadero a cierto plazo de vista.- Figura del visto bueno.**- En el pagaré pagadero a cierto plazo de la vista existe la figura del Visto Bueno, que no se aplica en la letra de cambio. El pagaré pagadero a cierto plazo de vista debe ser presentado al suscriptor dentro de seis meses de su fecha para que ponga en él su Visto Bueno (si no se ha ampliado o abreviado este plazo). El plazo de vista correrá desde la fecha de Visto Bueno firmado por

el suscriptor en el pagaré. El Visto Bueno debe ser fechado, porque desde esa fecha corre el plazo de vista; y, por ello la negativa del suscriptor a dar su Visto Bueno fechado se hará constar por medio de protesto. Debemos tener presente que este protesto no es por falta de aceptación, porque el suscriptor al emitir el pagaré a la orden ya adquirió esa obligación.

La presentación del pagaré a cierto plazo de vista al suscriptor “no tiene por finalidad que acepte la obligación, toda vez que al emitirlo ya adquirió irrevocablemente este deber jurídico, sino que, simplemente busca que ponga su visto para que comience a computarse el plazo, por lo que, protestado el pagaré y transcurrido el plazo de vista, el suscriptor (quien es el obligado directo y principal), será pasible de la acción cambiaria directa” Santiago Andrade U. ob cit pág. 147.

3. Disposiciones relativas a la letra de cambio aplicables al pagaré.

Según lo dispuesto en el Art. 189 del C. de Comercio, son aplicables al pagaré, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este documento, las disposiciones relativas a la letra de cambio que se refieren a los siguientes aspectos:

- 1.- Al endoso. Arts. 124-133;
- 2.- Al aval. Arts. 143-145;
- 3.- Al vencimiento. Arts. 146-1545;
- 4.- Al pago. Arts. 155-159;
- 5.- A los recursos por falta de pago. Arts. 160-173;
- 6.- A las copias. Arts. 174-176;
- 7.- A las falsificaciones y alteraciones. Arts. 177 y 178;
- 8.- A la prescripción. Arts. 179 y 180;

- 9.- A los días feriados, cómputo de los plazos Arts.181 y 182;
- 10.- A Los conflictos de leyes. Arts. 183-185;
- 11.- Al domicilio. Arts.117 y 140;
- 12.- A la estipulación de intereses. Art. 119;
- 13.- A las diferencias de enunciación respecto a la suma que debe pagarse. Art. 120;
- 14.- A las consecuencias de la firma de una persona incapaz. Art.121, o de una persona que obra sin poderes o se extralimita de ellos. Art. 122.

4. Disposiciones de la letra de cambio no aplicables al pagaré a la orden.

Con anterioridad se analizó las diferencias entre la letra de cambio y el pagaré, e implícitamente se hizo referencia a las disposiciones sobre la letra de cambio que no son aplicables al pagaré. Sin embargo, creo necesario hacer constar de manera expresa tales disposiciones. Así, no son aplicables al pagaré a la orden las siguientes disposiciones del Código de Comercio sobre la letra de cambio:

- 1.- Los Arts. 113, 114 y 115 sobre la creación y forma de la letra de cambio; pues, como hemos analizado antes, son títulos que en este aspecto tienen diferencias sustanciales.
- 2.- El Art. 116, sobre la forma de girar una letra de cambio, que por la naturaleza del pagaré no le es aplicable.
- 3.- Art. 123 referente a la garantía que da el girador a la aceptación y el pago de la letra.
- 4.- Arts. 134 al 147 sobre la aceptación de la letra de cambio, que no existe en el pagaré a la orden.

5.- El Art.169, referente al ejercicio de un recurso después de una aceptación parcial.

PAGARE A LA ORDEN

No. 9819 \$ 3,500

Debo y pagaré incondicionalmente a la orden de Juan Pérez, en la ciudad de Loja o en el lugar en que fuere reconvenido, la suma de TRES MIL QUINIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA 00/100, que he recibido a mi entera satisfacción.

El pago aquí prometido se hará dentro del plazo improrrogable de ciento veinte días vista.

Pagaré también el interés del 16 % anual, desde la emisión de este documento hasta la fecha de su vencimiento, y en caso de mora se liquidará a la máxima tasa de interés moratorio fijada por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, así como todos los gastos judiciales y extrajudiciales a que diere lugar el cobro del mismo.

En caso de pagos anticipados a esta obligación, me compromete a reconocer el 4% del capital prepagado.

El pago de este pagaré no podrá hacerse por partes ni aún por mis herederos. Exímese al acreedor de las obligaciones del protesto de pago y de aviso por falta de pago. Renuncio domicilio y quedo sometido a los jueces competentes de la ciudad de Loja y al trámite del procedimiento ejecutivo.

Loja, 22 de junio de 1999

f) Pedro Pinto

Céd.

No.

VISTO BUENO

f) Pedro Pinto

Loja, a 22 de junio de 1999

Por aval me constituyo solidariamente responsable con el deudor principal Pedro Pinto. Sin protesto. El pago no podrá hacerse por partes, ni aún por mis herederos. Estipulo las demás condiciones constantes del pagaré.

Fecha Ut Supra

f) Diego Jara

Céd. No.

Hipoteca de casa en Loja.- Valor \$ 6.000

Vence: 1999/10/20

PAGARE A LA ORDEN (PAGARE CON VENCIMIENTOS SUCESIVOS)

No. 94-40

Por \$ 1,800

Debo y pagaré incondicionalmente a la orden de Juan Pérez en Loja o en el lugar donde fuere demandado o solicitado, la suma de MIL OCHOCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, reconociendo la tasa de interés inicial del 16%.

A la tasa de interés expresamente la reconozco como reajustable.

A la cantidad antes indicada me obligo a pagarla de acuerdo a los siguientes vencimientos sucesivos:

PLAZO VISTA VALOR EN NUMEROS Y LETRAS

30 meses \$ 112.5 CIENTO DOCE 50/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.- Vcto. 01-11-96

36 meses \$ 112.5 CIENTO DOCE 50/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.- Vcto. 01-15-97

.....
120 meses \$ 112.5 CIENTO DOCE 50/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.- Vcto. 01-05-2004

PAGARE A LA ORDEN

Nº _____

\$_____

Vence el _____

Debo(emos) y pagaré (mos) incondicionalmente a _____ días vista, en la ciudad de Loja o en el lugar en el que fuéremos reconvenidos, a la orden del Banco..... la suma de - dólares. (\$), que hemos recibido a nuestra entera satisfacción.

Reconocemos el.... de tasa de interés anual inicial desde esta fecha, interés que expresamente lo reconocemos como reajustable por períodos iguales y sucesivos. El cobro de intereses, el Banco lo hará cada _____ días.

El interés convenido estará sujeto a reajuste en los términos establecidos por la Ley y la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, para lo cual acepto(amos) de manera expresa que la tasa de interés aquí pactada, equivalente a la tasa pasiva referencial vigente al inicio del período y publicada por más....., se reajustará por encima o por debajo de esta tasa convenida de acuerdo con la variación que registre la tasa pasiva referencial cada noventa días.

El (los) deudor (es) deja (n) expresa constancia de que acepta (n) que el Banco modifique las tablas de amortización y las incorpore al contrato, de producirse el reajuste.

En caso de mora, pagaré(mos) desde la fecha de vencimiento los intereses a la máxima tasa que para el efecto permita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, así como todos los gastos judiciales y extrajudiciales a que diera lugar el cobro del mismo.

Autorizo (amos) al acreedor para que al vencimiento de esta obligación aplique los fondos o bienes que el tuviere a mi(nuestro) favor, al pago total o parcial de ella. El pago de este pagaré no podrá

hacerse por partes ni aún por mi(nuestros) herederos. Exímese al acreedor de las obligaciones del protesto de pago y de aviso por falta de pago. Renuncio(amos) domicilio y quedo (amos) sometido(s) a los jueces competentes de este cantón y al trámite del juicio ejecutivo.

Loja a, _____

FECHA

Céd.

Céd.

VISTO BUENO:

Loja a, _____

FECHA

Por aval me(nos) constituyo(imos) solidariamente responsable(s) con el(los)

deudor(es), sin protesto. El pago no podrá hacerse por partes ni aún por

mis (nuestros) herederos. Estipulo(amos) las demás condiciones constantes del pagare

Por aval me(nos) constituyo(imos) solidariamente responsable(s) con el(los)

deudor(es), sin protesto. El pago no podrá hacerse por partes ni aún por

mis (nuestros)
herederos. Estipulo(amos) las demás condiciones constantes del
pagaré

Loja

a, _____

FECHA UT SUPRA

LUGAR Y FECHA

Capítulo 4. DEL CHEQUE

1. Definicion.- Funcion economica.- Requisitos.- Naturaleza.

1.1. Definiciones.

El cheque es un título mediante el que un cuentacorrentista expide una orden incondicional de pago de una suma determinada de dinero, a la vista, al Banco en que ha hecho el depósito monetario en la cuenta, a favor de otra persona llamada beneficiario.

El cheque es un medio incondicional de pago escrito, mediante el cual el girador, con cargo a los depósitos que mantenga en la cuenta corriente en una entidad financiera, ordena a ésta, que pague una determinada cantidad de dinero a otra persona llamada beneficiario, Resolución No. 092-2015-F Normas Generales del Cheque de la JPRMF

La función económica fundamental del cheque es constituir un medio de pago.

José Alvear Icaza (ob cit pág 25) expresa que “Su capacidad cambiaria (del cheque) siempre es dinero y su efecto jurídico tiende a extinguir la obligación cuando se efectiviza, esto significa que el cheque jurídica y económico tiene un efecto de **presolvendo y jamás de prosoluto**; pues no se asimila al papel moneda, extingue la obligación al instante que el girado cumple la orden del girador”.

1.2. Requisitos.

1.2.1. Requisitos formales.

El cheque es un título valor de naturaleza formal; por lo que, según lo dispuesto en el Art. 479 del COMYF, el cheque para ser tal **deberá** contener los siguientes requisitos:

1.- *La denominación de cheque, inserta en el texto del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción.* La ley no permite otra expresión que sustituya a la denominación de cheque, como sí ocurre en el caso de la letra de cambio y del pagaré a la orden.

Es evidente que esta exigencia ayuda a identificar al título y a dar seguridad en el portador de qué título se trata. Sin embargo, la sola denominación de cheque no basta para ser tal si no contiene los demás requisitos.

2.- *El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero.*

El cheque por su propia naturaleza de ser un medio de pago contiene una orden incondicional de pago. Además el cheque es pagadero a la vista. Es decir, el pago del cheque no puede estar sujeto ni a un plazo ni a condición alguna.

Debemos destacar que el mandato es de pagar una suma determinada de **dinero**, por lo que no puede ser de otra especie.

La cantidad escrita en números, cuando tenga decimales, debe escribirse con dos decimales.

Cuando la cantidad se exprese en letras, podrá presentarse la parte decimal con la utilización de fracciones o con la escritura completa en letras. Art. 17 Normas Generales del Cheque.

3.- *El nombre de quien debe pagar o girado.*

El girado siempre será un banco o una institución financiera, con la que el girador ha celebrado un Contrato de Cuenta Corriente.

El girado está obligado a cumplir las órdenes de pago que da el girador, siempre que éste haya hecho los depósitos en la cuenta corriente. El formulario del cheque debe llevar el nombre del Banco girado. El Art. 4 de las Normas Generales del Cheque establece que “La apertura de una cuenta de depósitos monetarios, o cuenta

corriente, requiere de un contrato escrito que se celebrará entre el titular de ella y la institución financiera girada que lo reconozca como tal, previa presentación de una solicitud aprobada por éste, bajo su responsabilidad”.

4.- *La indicación de la fecha de pago.*

Lo correcto sería que se indique la fecha de emisión para efecto de los plazos de presentación del cheque al pago; pues el cheque es pagadero a la vista.

Al respecto, el Art. 17 NGCh exige que “Al girar un cheque se debe indicar con claridad el lugar y la fecha de emisión” Cabe destacar al respecto que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 de las Normas Generales del Cheque: El cheque es pagadero siempre a la vista, aunque fuere antedatado o posdatado. Es decir, que el hecho de que el cheque haya sido antedatado o posdatado no le priva de su validez como cheque.

5.- *La indicación del lugar de la emisión del cheque.*

El Art. 493 del COMYF establece plazos para la presentación y pago de cheques de acuerdo al lugar de emisión; por ello tiene trascendencia jurídica la indicación del lugar de emisión del cheque.

El Art. 17 de las Normas Generales del Cheque establece que: *Al girar un cheque se debe indicar con claridad el lugar y la fecha de emisión.*

Para el lugar de emisión, se podrá utilizar abreviaturas de uso corriente en el espacio o casillero correspondiente.

La fecha podrá ser escrita en números y letras o solamente en números o solamente en letras, conforme consta en el formulario, siempre que se consigne día, mes y año. Si se escribe solamente en números, necesariamente deberá constar el siguiente orden: año, mes y día. Cuando se trate de mes podrá utilizarse abreviaturas y números arábigos o romanos.

Debemos destacar también la importancia de la fecha de emisión del cheque, para efectos de establecer la capacidad del girador; así como por cuanto los plazos para la presentación del cheque para el pago se cuentan desde la fecha de su emisión. Art. 493 COMFin.

6.- *La firma de quien expide el cheque o girador.*

El cheque en el que falte alguno de los requisitos indicados **no tendrá validez como cheque.**

1.2.2. Elementos personales del cheque.

En la emisión del cheque intervienen tres elementos personales: a. Girador; b. Girado; c. El tenedor o beneficiario.

1.2.2.1. Girador.

El girador es quien crea o emite el cheque, en base al contrato de cuenta corriente con un banco o institución financiera en el que ha hecho el depósito monetario correspondiente. Puede firmar como girador más de una persona.

El Art. 2 de las Normas Generales del Cheque contiene la siguiente definición de girador:
2.26 Girador.-*Es la persona natural que emite el cheque, pudiendo tener la calidad, ya sea de titular, firma autorizada o firma conjunta.*

El girador responde por el pago. Toda cláusula por la cual el girador se exima de esta responsabilidad no tiene valor. Art. 483 COMFin. Quien responde por el pago ante el portador legitimado del cheque es el girador, no es el girado.

1.2.2.1.1. Emisión de un cheque por un mandatario o representante legal.

El Art. 482 del COMFin, igual que para la letra de cambio dispone el Art.122 del C. de Com., establece que quien firme un

cheque como representante de una persona de la que no tenga poder para actuar, así como el representante que se ha excedido en sus poderes, se obliga por sí mismo en virtud del cheque; es decir queda personalmente obligado en los términos del cheque; y, si ha pagado, tiene los mismos derechos que tendría el supuesto representado.

Distinto es el caso de los representantes legales de las compañías que se extralimiten en sus facultades, según lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley de Compañías, conforme fue comentado al tratar sobre la letra de cambio.

1.2.2.1.2. Firmas de personas incapaces y firmas falsas.

Puede participar en la emisión de un cheque, como girador, más de una persona; y, en este caso puede ocurrir que unas firmas sean válidas y que otras no tengan validez. Según lo dispuesto en el Art. 481 del COMFin: *Cuando un cheque lleve firmas de personas incapaces, firmas falsas, de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no pueden obligar a las personas por quienes se haya firmado el cheque, o con cuyo nombre aparezca firmado, las obligaciones de cualesquiera otros firmantes no dejarán, por eso, de ser válidas.* Es decir el cheque no se anula por el hecho de que contenga firmas de personas incapaces o firmas falsas, cuando hay otros firmantes legalmente obligados.

La pérdida causada por pago de cheque falsificado está regulada por el Art. 518 COMFin, que será comentado más adelante.

1.2.2.1.3. Formas en que se puede girar un cheque.

Según lo dispone el Art. 19 de las Normas Generales del Cheque, el cheque debe girarse “a la orden de persona determinada” o “no a la orden”, con los efectos legales del caso. No se puede girar cheque al portador.

1.2.2.2. Girado.

Girado es quien debe pagar el cheque. El girado debe ser un banco o institución financiera autorizada para recibir depósitos monetarios, que tiene fondos a disposición del girador, quien tiene derecho a disponer por cheque de estos fondos.

El Art. 2 de las Normas Generales del Cheque define al girado así: 2.29 *Institución financiera girada.-Es la institución que está autorizada legalmente para recibir depósitos monetarios, obligada a pagar, protestar o rechazar según el caso, el importe de un cheque girado.*

1.2.2.2.1. Principales obligaciones del girado (Banco):

- 1.** A la presentación del cheque el girado tiene dos alternativas: está obligado a pagarlo o negar su pago.

En caso contrario, responderá por los daños y perjuicios que ocasione al portador o tenedor, independientemente de las demás sanciones a que hubiere lugar. Art. 492 COMFin.

La institución financiera girada sólo podrá negar el pago de un cheque: protestándolo o rechazándolo, según corresponda, en los términos del artículo 492 del Código Orgánico Monetario y Financiero, con la consecuente devolución del cheque, en los siguientes casos:

32.1 Protestándolo por insuficiencia de fondos; cuenta corriente cerrada o por cuenta corriente cancelada;

32.2 Rechazándolo por suspensión de pago, por revocatoria, por anulación, por declararse sin efecto, por caducidad y por cuenta bloqueada;

32.3 Rechazándolo por haber sido girado sin el nombre y apellido de un beneficiario o por constar “al portador”, o por contener más de un endoso en transmisión, o cuando dicho endoso no contenga el nombre y apellido del endosatario; y,

32.4 Rechazándolo por defecto de fondo o defecto de forma de acuerdo con las disposiciones contenidas en la presente Norma.

De concurrir simultáneamente una o más causales de protesto o de rechazo, la institución financiera debe consignar en el reverso del cheque que devuelve, la razón de cada una de dichas causales.

En estos casos la institución financiera deberá proporcionar al tenedor del cheque, el nombre, número de teléfono y la dirección del titular de la cuenta corriente contra la que se giró el cheque que resultó protestado o rechazado y devuelto.

El rechazo de un cheque al que hace referencia este artículo surtirá efecto siempre que se cuente con la suficiente provisión de fondos, caso contrario se protestará el cheque en los términos previstos en esta Norma” Art. 32 Normas Generales del Cheque.

2. En caso de revocatoria de un cheque, el girado debe retener el importe del cheque hasta que un juez resuelva lo conveniente, o hasta que el girador deje sin efecto la revocatoria, o hasta el vencimiento del plazo de prescripción de seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación, o hasta cuando se declare sin efecto el cheque por sustracción, deterioro, pérdida o destrucción, de conformidad con las normas de carácter general dictadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Art. 495 COMFin.
3. El girado que paga un cheque está obligado a comprobar la regularidad del endoso y la identidad de la persona a quien lo paga, pero no la firma del endosante . Art. 498 COMFin.

1.2.2.2.2. Pago parcial.

El portador o tenedor del cheque puede admitir o rehusar, a voluntad, un pago parcial, pero el girado está obligado a pagar el importe del cheque hasta el total de los fondos que tenga a disposición del girador.

En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se mencione dicho pago en el cheque y se le confiera recibo por parte del que cobra. En cambio, el girado está obligado a otorgar al portador o tenedor un comprobante en el que consten todas las especificaciones del cheque y el saldo no pagado. Este comprobante surtirá los mismos efectos que el cheque protestado en cuanto al saldo no cubierto. Art. 497 COMFin.

4. El girado que tuviere conocimiento de la quiebra del girador, debe negar el pago del cheque. Art. 496 COMFin.
5. El girado está obligado a pagar el importe del cheque hasta el total de los fondos que tenga a disposición del girador. Art. 497 COMFin.

1.2.2.2.3. Del Beneficiario.

Es la persona natural o jurídica a nombre de quien se gira un cheque. Normas Generales del Cheque.

El beneficiario de un cheque, endosable o no de acuerdo a lo indicado en el artículo 485, es considerado como **tenedor legítimo**. Art. 489 COMFin.

La institución financiera girada, a la presentación del cheque para el pago, debe examinar que contenga el nombre del beneficiario y endosatario, de ser el caso (Art. 27.6 NGCh), pues, de conformidad con lo que establece el Art. 478 COMFin, el cheque es un medio de pago mediante el cual el girador ordena al girado que pague una determinada cantidad de dinero a otra persona llamada beneficiario.

El cheque puede extenderse a la orden del mismo girador. Es decir que puede confundirse en una misma persona las calidades de **girador y tenedor**. El tenedor del cheque adquiere un derecho autónomo respecto a la obligación que contiene el documento; así lo consagra el Art. 490 COMFin cuando dispone: *Las personas demandadas en virtud del cheque no pueden oponer al portador o tenedor*

las excepciones fundadas en sus relaciones con el girador o con los tenedores anteriores, a menos que el portador o tenedor, al adquirir el cheque, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. Sólo en caso de dolo del tenedor del cheque pierde ese derecho autónomo y entonces los demandados le pueden oponer las excepciones fundadas en relaciones personales con el girador o con los tenedores anteriores.

1.3. Naturaleza.

El cheque es un medio de pago a la vista; mientras que la letra de cambio y el pagaré a la orden son instrumentos de crédito. Al respecto, el Art. 99 del COMFin establece que los cheques son medios de pago.

El cheque facilita la circulación del dinero y los pagos; pues, evita el tener que portar el dinero y, a la vez, a su presentación en la institución financiera se convierte en moneda de curso legal.

El cheque es un título valor completo, cuya forma está regulada por la Ley; y, tiene por tanto las características de estos títulos ya analizados con anterioridad.

1.4. Intereses

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 480 COMFin: *El importe del cheque no genera intereses, por tanto toda estipulación sobre intereses se reputa inexistente.* Si bien el importe del cheque no genera intereses, sí debemos tener presente que el portador o tenedor del cheque que ejercita su acción por falta de pago, puede reclamar de aquel contra quien la ejercita, a más del importe del cheque no pagado, sus intereses, a la tasa máxima, a partir de la fecha del protesto.

Asimismo, quien ha pagado el cheque puede reclamar de los solidariamente obligados, la suma íntegra pagada por él, más los intereses de dicha suma, calculados a la tasa máxima, a partir del día de pago, así como las costas procesales. Arts. 507 y 508 COMFin.

2. Del Endoso

El cheque es transmisible por medio de endoso.

Endoso es la transmisión de un cheque a la orden mediante una fórmula escrita en el reverso del documento. Art. 485 COMFin.

2.1. Naturaleza y condiciones del endoso:

- 1.- El endoso del cheque debe ser puro y simple; es decir, no sujeto a condición alguna. *Se considerará no escrita toda condición a la que se subordine la transmisión del cheque.* Art.485 COMFin.
- 2.- El endoso debe ser por el valor total del cheque. El endoso parcial es nulo.
- 3.- El endoso debe escribirse en el cheque y debe estar firmado por el endosante.
- 4.- Están prohibidos los endosos en blanco o al portador; debe designarse la persona del endosatario;
- 5.- Se podrán endosar cheques hasta por tres ocasiones y por los montos establecidos por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Esta Junta ha establecido que se podrán endosar cheques cuyo monto sea de hasta dos mil dólares de los Estados Unidos de América.
- 6.- El endosante, salvo cláusulas en contrario, garantiza el pago.
- 7.- El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque.
- 8.- El endoso, para su validez como tal, debe realizarse dentro del lapso comprendido entre su emisión y el vencimiento del plazo para su presentación al cobro, que es de veinte días para cheques girados y pagaderos en el Ecuador y de noventa días para los que han sido girados en el exterior y deben pagarse en el Ecuador.

El endoso posterior al protesto o efectuado después de la terminación del plazo de presentación, **no produce otros efectos que los de una cesión ordinaria.** Art. 491 COMFin.

9.- El endoso sin fecha se presume hecho, salvo prueba en contrario, antes del protesto o antes de la terminación del plazo de presentación.

2.2. Quién puede endosar un cheque?.

Podrán endosar cheques los primeros beneficiarios personas naturales y los portadores legítimos.

2.3. Limitaciones a la circulación de cheques.

Únicamente los cheques girados a favor de personas naturales y cuyo monto sea de hasta dos mil dólares de los Estados Unidos de América podrán ser susceptibles de endoso. Se podrán endosar cheques hasta por tres ocasiones.

2.4. Qué no se considera endoso?.

Para efectos de aplicar la limitación a la circulación de los cheques impuesta por la Ley, no se considera endoso la firma que estampe el beneficiario en el cheque para la presentación y cobro al girado.

2.5. Endoso con posterioridad al protesto.

El endoso posterior al protesto o efectuado después de la terminación del plazo de presentación, no produce otros efectos que los de una cesión ordinaria (Art. 491 COMFin). Es decir que, la transmisión (o transferencia) de un cheque posterior al protesto o después de la terminación del plazo de presentación, se la efectúa en la forma del endoso; pero los efectos son los de una cesión ordinaria. Al respecto, el Art. 1847 del C. Civil establece que:*La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente.* (Ver Segunda Parte, Título II, capítulo 2, 3.6 El endoso y la cesión de créditos, de este libro)

El endoso sin fecha se presume hecho antes del protesto o antes de la terminación del plazo de presentación, salvo prueba en contrario. Se trata de una presunción que admite prueba en contrario.

2.6. En favor de quien puede hacerse el endoso.

El endoso puede hacerse en favor de determinadas personas no obligadas en el cheque (terceros).

El endoso puede hacerse a favor del girador.

2.7. Formalidades del endoso.

- 1.- El endoso debe escribirse en el cheque.
- 2.- El endoso debe estar firmado por el endosante.

2.8. Efectos del endoso.

1.- *El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque. Art.487 COMFin.* En consecuencia, el endosatario adquiere el derecho de poder demandar a todas las personas obligadas en virtud del cheque, en razón de que están solidariamente obligadas respecto al portador o tenedor. Art. 506 COMFin.

2.- *El endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza el pago. Art. 488 COMFin.*

El endosante es garante del pago del cheque; pero al contrario del girador, el endosante puede insertar una cláusula de exoneración de esta garantía, porque el endosante es un obligado accidental. *El girador responde por el pago. Toda cláusula por la cual el girador se exima de esta responsabilidad no tiene valor. Art. 483 COMFin.*

3.- **Excepciones oponibles al portador.**- El endosatario adquiere un derecho nuevo, originario, no derivado; y, por ello, conforme lo dispone el Art. 490 COMFin: *Las personas demandadas en virtud del cheque no pueden oponer al portador o tenedor las excepciones fundadas en sus relaciones con el girador o con los tenedores anteriores,*

a menos que el portador o tenedor, al adquirir el cheque, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor.

Cuando la transferencia del cheque es fraudulenta las personas demandadas pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el girador o con los tenedores anteriores.

Cabe destacar que el demandado puede oponer en su defensa excepciones de dos clases: 1) las excepciones personales, que son las que tienen relación con el derecho incorporado al título o al negocio que dió lugar al endoso; es decir son excepciones referentes al negocio causal o a la circulación del cheque. Estas excepciones llamadas personales sólo pueden ser planteadas por el girador en contra del primer beneficiario, así como por el endosante en contra de su endosatario. 2) La otra clase de excepciones se refiere a aspectos formales del título.

4.- El beneficiario de un cheque, endosable o no de acuerdo a lo establecido en el Art.485, es considerado como tenedor legítimo. Art. 489 COMFin.

2.9. Prohibiciones sobre giro, endoso y pago de cheques.

1.- El girador no puede eximirse de la responsabilidad del pago de la letra

2.- Prohíbese emitir cheques por duplicado.

3.- No procede el endoso parcial

4.- Están prohibidos los endosos en blanco o al portador.

5.- Se prohíbe a las entidades financieras poner en lugar del protesto cualquier leyenda, con o sin fecha, que establezca que el cheque fue presentado para el pago y no pagado, salvo el caso de los cheques rechazados por defectos de forma y los presentados

después del plazo máximo para el pago , así como las imágenes digitalizadas de los cheques ingresados a cámara de compensación.

6.- Se prohíbe poner en el cheque sellos o leyendas que condicione su pago, en cuyo caso se considerarán como no existentes. Art. 18 Normas Generales del Cheque.

7.- El girado que tuviere conocimiento de la quiebra del girador, debe negar el pago. Art. 496, inc 2º. COMFin.

2.10. Cheques no transferibles por endoso.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 501 del COMFin no son transferibles por endoso, sino **en la forma y con los efectos** de una cesión ordinaria, los cheques que contengan expresiones como: “no a la orden”, “no endosable”, “no negociable”, “no transferible”. Nótese que el cheque que contenga éstas expresiones sólo es transferible tanto **en la forma como en los efectos** de una cesión ordinaria. Por lo tanto, en estos dos aspectos (forma y efectos) son aplicables las reglas de la cesión de créditos personales del Parágrafo 1º., Título XXIV Libro IV, del C. Civil; y, el Art. 18.28 de la Ley Notarial.

El banco girado que reciba un cheque con cualquiera de las expresiones antes indicadas, únicamente podrá acreditar su valor en una cuenta perteneciente al beneficiario, o pagarlo en numerario al propio beneficiario o al cesionario.

Igualmente, el cheque que contenga en el anverso la frase “para pagar al beneficiario”, “sólo para pagar al primer beneficiario”, u otra similar, **no es transferible por endoso** y, por lo tanto, sólo podrá ser depositado en cualquiera cuenta perteneciente al beneficiario o pagado a éste en numerario. Puede también transferirse en la forma y con los efectos de la cesión ordinaria. Art. 37 Normas Generales del Cheque.

3. De la presentación y del pago.

3.1. De la presentación del cheque para el pago

El cheque es un medio de pago y como tal es pagadero a la vista. Art. 492 COMFin.

El cheque, para su pago, debe ser presentado al girado dentro de los plazos del Art. 493 COMFin, y éste tiene tres alternativas: **1. pagarla, 2. protestarlo, o 3. devolverlo**, según sea el caso.

A la presentación del cheque, el girado está obligado a pagarla o protestarla. En caso contrario, si no lo paga o no lo protesta según fuere lo pertinente, responderá por los daños y perjuicios que ocasione al portador o tenedor, independientemente de las demás sanciones a que hubiere lugar.

El cheque presentado para el pago antes del día indicado como fecha de emisión, debe ser pagado o protestado. El cheque es pagadero siempre a la vista, aunque fuere antedatado o posdatado. Art. 15 Normas Generales del Cheque.

La presentación del cheque a una cámara de compensación por parte de la entidad financiera, equivale a la presentación para el pago. Art. 494 COMFin.

Las entidades financieras están prohibidas de poner en lugar el protesto cualquier leyenda, con o sin fecha, que establezca que el cheque fue presentado para el pago y no pagado. Si infringiere esta prohibición la entidad será sancionada por los organismos de control con una multa por el valor del correspondiente cheque.

Se exceptúan de esta disposición los cheques rechazados por defectos de forma y los presentados después del plazo máximo para el pago del cheque señalado en el Art. 517, así como las imágenes digitalizadas de los cheques ingresados a cámara de compensación. Art. 492 COMFin.

3.1.1. Plazos de presentación.

Según el lugar de giro y de pago del cheque se ha fijado el plazo de presentación y reglas para ello. Así:

3.1.1 Si el cheque es girado en el Ecuador y pagadero en este mismo país, deberá presentarse para el pago dentro del **plazo de veinte días**, contados desde la fecha de su emisión.

3.1.2 “Los cheques girados en el exterior y pagaderos en el Ecuador deberán presentarse para el pago dentro del plazo de noventa días, contados desde la fecha de su emisión”.

3.1.3 *Los cheques girados en el Ecuador y pagaderos en el exterior se sujetarán, para la presentación al pago, a los términos o plazos que determine la Ley del Estado donde tenga su domicilio el banco girado.-Art. 493 COMFin.*

3.2. Pago de un cheque girado a favor de una institución pública

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 21 de las NGCh, se prohíbe el pago en numerario de los cheques girados a favor de una institución pública.

En este caso, el cheque únicamente podrá recibirse mediante depósito en una cuenta de esa institución. La institución financiera que recibiere en depósito un cheque de esta naturaleza, al acreditarlo en una cuenta que no pertenezca a esa institución pública, será responsable del pago.

3.3. De las acciones por falta de pago.- Del Protesto.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 504 COMFin:*El portador o tenedor podrá ejercitar sus acciones contra el girador, el endosante y los demás obligados, cuando, presentado el cheque en tiempo hábil, no fuere pagado, siempre que la falta de pago se acrecrite por protesto...*

Protesto es el acto cambiario mediante el que se deja constancia escrita de la falta de pago del cheque, y que luego permite ejercer las acciones judiciales para obtener el pago del cheque.

3.3.1. Formas de realizar el protesto.- El protesto puede hacerse en cualesquiera de las formas siguientes:

- 1.- *Por declaración del girado, fechada y escrita en el cheque.*
- 2.- *Cuando el girado se negare a extender la declaración mencionada en el numeral anterior, un notario público del domicilio de la entidad financiera, a petición verbal o escrita del portador o tenedor, requerirá a la entidad el pago del cheque, y, en caso de negativa, extenderá el protesto haciendo constar el requerimiento, la negativa al pago y la razón de esta.*
- 3.- *Por declaración fechada de una cámara de compensación, en que conste que el cheque ha sido enviado en tiempo hábil y no ha sido pagado.*
Art. 504 COMFin.

Las entidades financieras están prohibidas de poner en lugar del protesto cualquier leyenda, con o sin fecha, que establezca que el cheque fue presentado para el pago y no pagado. La entidad que infringiere esta prohibición será sancionado por los organismos de control con una multa por el valor del correspondiente cheque. Art. 492, inc 2º. COMFin.

3.3.2. En qué casos la institución financiera debe protestar los cheques.-

La institución financiera girada podrá negar el pago del cheque protestándolo en los siguientes casos:

- a) Por insuficiencia de fondos;
- b) por cuenta corriente cerrada;
- c) por cuenta corriente cancelada.

3.3.3. Pérdida de la acción

El Art. 505 COMFin establece casos de pérdida de las acciones por falta de pago en que puede suceder el tenedor o portador del cheque. Al respecto dispone que: *El portador o tenedor que no presentare el cheque para el pago dentro del plazo legal, perderá su acción contra el endosante, y contra el girador, cuando, habiendo tenido fondos, se llegaren a perder, después de expirado el plazo, por haberse declarado en liquidación a la entidad financiera.*

3.3.4. Responsabilidad solidaria de los obligados en virtud del cheque

El portador o tenedor de un cheque tiene derecho a proceder contra todas las personas obligadas en virtud del cheque, individual o colectivamente, sin que pueda ser compelido a observar el orden en que aquellas se hubieren obligado, puesto que todas ellas lo están solidariamente respecto al portador o tenedor.

Igual derecho corresponde a todo firmante de un cheque que haya pagado.

La acción intentada contra uno de los obligados, no impide que se proceda contra los demás, incluso los posteriores a aquel contra el cual se procedió en principio. Art. 506 COMFin.

3.3.5. Qué valores puede reclamar el portador o tenedor del cheque y qué valores puede reclamar quien ha pagado el cheque.

Al ejercitar su acción contra los obligados en virtud del cheque, el portador o tenedor puede reclamar los siguientes valores:

- 1.- El importe del cheque no pagado;
- 2.- Sus intereses, a la tasa máxima, a partir de la fecha del protesto; y,

3.- Los gasos del protesto, los de las notificaciones y las costas procesales. Art. 507 COMFin.

Quien haya pagado el cheque puede reclamar de los solidariamente obligados:

- 1.- La suma íntegra pagada por él;
- 2.- Los intereses de dicha suma, calculados a la tasa máxima, a partir del día del pago; y,
- 3.- Las costas procesales. Art. 508 COMFin.

3.3.6. Entrega del cheque protestado

El obligado contra el que se ejercite una acción o que esté expuesto a ella, puede exigir contra el pago la entrega del cheque protestado y un recibo. Art.509 COMFin.

3.3.7. Prórroga del plazo de presentación del cheque o para el levantamiento del protesto.

Si por fuerza mayor o caso fortuito, la presentación del cheque para el pago o el levantamiento del protesto no puedan efectuarse en los plazos prescritos, éstos plazos se prorrogarán hasta cuando hayan cesado dichos acontecimientos.

No se considerarán como casos de fuerza mayor los hechos puramente personales del portador o tenedor o de aquél a quien se haya encargado la presentación del cheque o del levantamiento del protesto.
Art. 510 COMFin.

3.3.8. Alteración del cheque

Para determinar los efectos de la alteración de un cheque, el Art.511 COMFin contempla la situación de los firmantes anteriores a la alteración y la de los firmantes posteriores; y, así establece que los firmantes posteriores a la alteración quedarán obligados con

arreglo a los términos del texto (alterado), y los firmantes anteriores lo estarán solamente con arreglo al texto original.

Esta solución se enmarca en la característica de la literalidad del derecho que contiene el título valor. Es decir la literalidad del cheque tiene lugar aún en el caso de alteración de su texto.

3.4. Ordenes de no pago de cheques.

Según lo previsto en el COMFin y las Normas Generales del Cheque, existen cuatro clases de órdenes de no pago de cheques: 1.- Revocatoria; 2.- Suspensión transitoria de pago; 3.- Declaratoria sin efecto del cheque; y, 4.- Anulación de los formularios de cheques.

3.4.1. De la revocatoria.

3.4.1.1. Aspectos generales.

El girador puede revocar un cheque no certificado, firmado por él, cuya finalidad es dejar sin efecto el pago del cheque. Para ello debe comunicar por escrito al girado que se abstenga de pagarla, con indicación del motivo de tal revocatoria, sin que por esto desaparezca la responsabilidad del girador.

El Art. 52 de las Normas Generales del Cheque regula la aplicación del Art. 495 COMFin y establece las siguientes exigencias para tal revocatoria:

Para solicitar la revocatoria de los cheques las instituciones financieras deberán suministrar al titular o a quien estuviere autorizado para girar sobre la cuenta, formularios impresos para consignar el pedido de revocatoria de cheques, los cuales contendrán como mínimo lo siguiente:

1. Nombre de la institución financiera;
2. Lugar y fecha de presentación;
3. Nombre de la oficina en la que se presenta la solicitud;

4. Número de cuenta;
5. Especificación del número de cheque (s) que se solicita la revocatoria;
6. Valor por el cual fue girado el (los) cheque (s).
7. Fecha inserta en el cheque (s);
8. Nombre (s) del beneficiario;
9. Solicitud expresa para la revocatoria de cheque (s);
10. Señalamiento del motivo por el cual pide la revocatoria;
11. Declaración expresa de que el titular/solicitante asume las responsabilidades de orden civil o penal derivadas de la revocatoria del o los cheques;
12. Firma del titular o el girador de la cuenta corriente;
13. Nombre completo del titular o el girador de la cuenta corriente; y,
14. Número de cédula de identidad o de identidad y ciudadanía, pasaporte o documento que le acrede poseer la visa de inmigrante o de no inmigrante del titular o el girador de la cuenta corriente.

El girador también podrá solicitar la revocatoria de uno o más cheques a través de medios electrónicos o telefónicos, consignando la información que se requiere para el efecto. Cuando el pedido se realice por estos medios, se deberá formalizar por escrito hasta dentro del plazo de setenta y dos horas contados desde la petición de revocatoria por estos medios, en el formato que proporcione la institución financiera.

3.4.1.2. Admisión de la revocatoria.

Para admitir la revocatoria de un cheque, el girado verificará si el cheque ha sido o no pagado. Si no ha sido pagado, tramitará

la revocatoria si existieren fondos suficientes y disponibles en la cuenta corriente. Si no existiere provisión de fondos es obligación del banco protestar el cheque. Es necesario destacar además que la revocatoria debe estar debidamente fundamentada. El banco girado debe retener el importe del cheque revocado hasta que un juez resuelva lo conveniente, o hasta que el girador deje sin efecto la revocatoria mediante solicitud escrita dirigida a la institución financiera girada, o entregue al girado el cheque revocado, o hasta el vencimiento del plazo de prescripción de seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación (doscientos días desde la fecha de emisión del cheque), o hasta cuando se declare sin efecto el cheque por sustracción, deterioro, pérdida o destrucción del o los cheques. Art. 495 COMFin.

3.4.1.3. Reglas para el caso de que se presente al cobro el cheque revocado.

Cuando el cheque revocado se presente para el pago se observarán las siguientes reglas:

1ª.- Si se trata del cheque materia de la revocatoria admitida, la institución financiera girada lo devolverá con la leyenda “DEVUELTO POR REVOCATORIA”;

2ª.- Si el cheque presentado para el pago tuviere cantidad mayor a la señalada en la revocatoria y tuviere fondos suficientes, la institución financiera, examinando debidamente que no haya alteración o adulteración apreciable a simple vista, retendrá la diferencia;

3ª.- Si el cheque presentado para el pago tuviere cantidad mayor a la señalada en la revocatoria y no tuviere fondos suficientes la cuenta corriente, la institución financiera girada protestará el cheque, pero mantendrá la retención. Art. 54 Normas Generales del Cheque

4ª.- Cuando el girador deje sin efecto la revocatoria de un cheque, el girado acreditará inmediatamente los fondos que hubiere retenido en su cuenta corriente. Si se presentare al cobro el cheque cuya revocatoria se hubiere dejado sin efecto por el girador, la institución financiera girada procederá a pagarla o a protestarlo, según el caso. Art. 55 Normas Generales del Cheque.

3.4.1.4. Prohibición de admisión de revocatoria de un cheque.

La institución financiera girada está prohibida de admitir la revocatoria de un cheque cuando éste ha sido girado sobre cuenta corriente **cerrada o cancelada**, por cheque girado por persona inhabilitada o no autorizada a la fecha de giro cuyo cierre o cancelación o inhabilidad se hubiere notificado al titular. En este caso, si se presenta el cheque al cobro, la institución financiera lo protestará con la leyenda “PROTESTADO POR INSUFICIENCIA DE FONDOS”, “PROTESTADO POR CUENTA CERRADA” o “PROTESTADO POR CUENTA CANCELADA”, según fuere el caso. Art. 56 NGCH.

3.4.2. De la Oposición al Pago por pérdida, deterioro, destrucción o sustracción de cheques.-

En el caso de pérdida, sustracción, deterioro o destrucción de cheques o de formularios de cheques, el titular de la cuenta o el beneficiario, según corresponda, podrán solicitar al girado la adopción de una de las siguientes acciones:

- 1.- Suspensión transitoria del pago del cheque;
- 2.- Declarar sin efecto el cheque; o,
- 3.- La anulación del formulario de cheque.

3.4.2.1. Suspensión transitoria del pago del cheque

En el caso de pérdida del cheque girado procede solicitar la suspensión de pago de ese cheque. Al respecto existen las siguientes reglas:

1ª.- A petición del portador o tenedor que hubiere perdido el cheque, el girador está obligado, como medida de protección, a solicitar por escrito a la institución financiera girada la suspensión transitoria de pago por hasta setenta y dos horas, por una sola vez, transcurridas las cuales si el girador no solicitare dejar sin efecto el o los cheques que se presentaren al cobro, deberán ser pagados o protestados, según corresponda. Art. 39 NGCH

2ª.- Para solicitar la suspensión transitoria de pago, la institución financiera girada deberá suministrar el correspondiente formulario impreso.

3ª.- El girador también podrá solicitar la suspensión transitoria de pago a través de medios electrónicos, electromecánicos o telefónicos.

4ª.- Para admitir la suspensión transitoria de pago de un cheque, el girado verificará si el cheque ha sido o no pagado. Si se ha pagado no procede la suspensión; en caso contrario, esto es si no se ha pagado, procede la suspensión.

5ª.- Para admitir la suspensión transitoria del pago de un cheque, la institución financiera girada verificará que existan fondos suficientes y disponibles en la cuenta corriente y procederá a retener el importe del cheque suspendido hasta que el girador deje sin efecto la suspensión mediante solicitud escrita dirigida al girado o hasta el vencimiento de las setenta y dos horas que rigen para la vigencia de la suspensión transitoria de pago.

6^a.- Admitida la suspensión transitoria de pago del cheque, si éste se presentara al cobro, la institución financiera girada lo devolverá con la leyenda: “DEVUELTO POR SUSPENSION TRANSITORIA”.

7^a.- Si el cheque tuviere cantidad mayor a la señalada en la solicitud de suspensión transitoria de pago del cheque la institución financiera girada, examinando debidamente que no tenga alteración o adulteración apreciable a simple vista, retendrá la diferencia. Si no hay fondos suficientes, protestará el cheque, pero mantendrá la retención.

8^a.- Cuando el girador deje sin efecto la suspensión transitoria de pago de un cheque, o presenta a la institución financiera el original del cheque, el girado acreditará inmediatamente los fondos que hubiere retenido en su cuenta corriente.

9^a.- Si se presente al cobro el cheque cuya suspensión transitoria de pago se hubiere dejado sin efecto por el girador, la institución financiera girada procederá a pagarla o protestarlo según sea el caso.

10^a.- La institución financiera girada está prohibida de admitir la suspensión transitoria del pago de un cheque girado sobre cuenta corriente cerrada o cancelada, cuyo cierre o cancelación se hubiere notificado al titular.

11^a.- En el caso anterior, si se presente al cobro el cheque girado en cuenta corriente cerrada o cancelada, el girado lo protestará con la leyenda “PROTESTADO POR CUENTA CERRADA” o “PROTESTADO POR CUENTA CANCELADA”, según corresponda. NGCH.

3.4.2.2. De la declaración sin efecto del cheque

En el caso de pérdida, deterioro, destrucción o sustracción de cheques procede la declaratoria sin efecto y el no pago del cheque.

Las Normas Generales del Cheque contien las siguientes reglas sobre la declaración sin efecto del cheque en los casos antes señalados:

1ª.- El girador por sí, o a pedido del tenedor, deberá comunicar por escrito al girado el hecho ocurrido, indicando el derecho que le asiste para declarar sin efecto el o los cheques y la institución financiera girada, se **abstendrá de pagarlos.**

2ª.- En el caso de pérdida o sustracción, la institución financiera girada exigirá copia de la respectiva denuncia presentada ante la autoridad competente.

3ª.- En todos los casos de pérdida, deterioro, destrucción o sustracción de cheques, la institución financiera verificará la existencia de fondos y retendrá el valor del o los cheques. De no existir fondos protestará el o los cheques.

4ª.- La institución financiera girada publicará por cuenta del reclamante un aviso en uno de los diarios de mayor circulación en la localidad, editado en esa plaza o en otra distinta si no existiera en aquélla, previniendo a quien pudiere tener derecho que presente por escrito su correspondiente oposición a la declaratoria sin efecto de un cheque, a la institución financiera, dentro del plazo de sesenta días contados desde la petición. El aviso contendrá los datos que exige el Art. 44, inc 5º. De las NGCH.

5ª.- Dentro del plazo de sesenta días a que se refiere la regla anterior, podrá presentarse a la institución financiera girada la correspondiente oposición a la solicitud.

6ª.- Si hubiere oposición del tenedor o si se presentare el cheque al cobro dentro del plazo de sesenta días contados desde la solicitud de que se declare sin efecto el cheque, la institución financiera lo devolverá con el sello “DEVUELTO POR SOLICITUD DE QUE SE DECLARE SIN EFECTO EL CHEQUE”.

7^a.- Transcurrido el plazo de sesenta días, sin que el cheque se haya presentado al cobro o sin que hubiere habido oposición del tenedor, la institución financiera girada, liberada de responsabilidad, levantará la retención y devolverá el importe al girador.

8^a.- Si el cheque se presenta posteriormente a los sesenta días, la institución financiera girada lo devolverá con el sello “DEVUELTO POR HABER SIDO DECLARADO SIN EFECTO”.

9^a.- Si hubiere oposición del tenedor la retención se mantendrá hasta que el juez resuelva lo conveniente o hasta que hubiere transcurrido el plazo de seis meses contados desde la expidración del plazo de presentación, señalado en el Código Orgánico Monetario y Financiero, **lo que ocurra primero**.

10^a.- El girador también podrá solicitar se declare sin efecto uno o más cheques a través de medios electrónicos o telefónicos, consignando la información requerida. La solicitud efectuada por estos medios constituye una declaración de voluntad vinculante para el titular de la cuenta, quien será responsable tanto civil como penalmente de las consecuencias derivadas de las órdenes impartidas a la institución financiera. Este pedido debe formalizarlo por escrito dentro del plazo de setenta y dos horas, contadas desde la petición de que se declare sin efecto por estos medios. De no haberse formalizado por escrito en el plazo establecido, se tendrá por no presentada la solicitud de que se declare sin efecto el o los cheques.

11^a.- Para solicitar la declaratoria sin efecto del o los cheques la institución financiera proporcionará el formulario respectivo.

12^a.- Para dejar sin efecto la solicitud de declaratoria sin efecto de cheques, el titular o quien estuviere autorizado para girar sobre la cuenta, deberá presentar una solicitud escrita al girado.

3.4.2.3. De la anulación de los formularios de cheques

La anulación es el acto por medio del cual el titular, solicita por escrito al girado se declaren sin efecto uno o varios formularios de cheques y si éstos se presentan al cobro, el girado se abstenga de pagarlos o protestarlos porque se presumen falsificados. Art. 47 NGCH.

Para la anulación de los formularios de cheques se observarán las siguientes reglas previstas en las Normas Generales del Cheque:

1ª.- Para que surta efecto la anulación de formularios de cheques no se requerirá que existan fondos suficientes y disponibles en la cuenta corriente.

2ª.- Cuando la institución financiera girada comprobare que el cheque ha sido emitido por el titular o por cualquier persona autorizada para el efecto, y por tanto la solicitud de anulación se fundamentó en hechos falsos o dolosos, declarados judicialmente, procederá a la cancelación de la cuenta corriente y su titular quedará inhabilitado para aperturar una nueva cuenta en dicha institución por el plazo de tres años y el girado comunicará lo sucedido a la Superintendencia.

3ª.- Para solicitar la anulación del formulario del cheque o cheques, el titular también podrá comunicar a través de medios electrónicos, electromecánicos o telefónicos. Esta solicitud es vinculante para el titular de la cuenta, quien será responsable tanto civil como penalmente de las consecuencias derivadas de las órdenes impartidas al girado. La solicitud por estos medios debe ser formalizada por escrito dentro del plazo de setenta y dos horas, caso contrario se tendrá por no presentada.

4ª.- Las instituciones financieras suministrarán al titular o a quien estuviere autorizado para girar sobre la cuenta, formularios impresos para consignar el pedido de anulación.

5ª.- El pedido de anulación de formularios de cheques que se hagan a la institución financiera deberán ser reconocidos ante un juez de lo civil o ante un notario.

6ª.- Para admitir la comunicación de anulación el girado verificará si el los formularios de cheques han sido pagados. Si no han sido pagados se tramitará la anulación.

7ª.- Admitida la anulación del o los formularios de cheques, si éstos se presentaren al cobro, la institución financiera girada se abstendrá de pagarlos o protestarlos y se los devolverá con la leyenda: “DEVUELTO POR ANULACION DE FORMULARIO DE CHEQUE”. En este caso la institución financiera girada no retendrá cantidad alguna en la cuenta corriente.

8ª.- La institución financiera girada, a solicitud del tenedor del cheque devuelto conforme a este artículo, conferirá copia certificada del pedido y declaración formulada.

9ª.- Se prohíbe al girado admitir la anulación de un formulario de cheque cuando éste corresponda a una cuenta corriente cerrada o cancelada.

3.4.3. Pérdida de cheques enviados por valija o remesas.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 58 de las Normas Generales del Cheque “Todos los cheques recibidos por una institución financiera girada, antes de ser enviados por valija o remesa, deberán ser microfilmados o reproducidos por otro medio autorizado por la Superintendencia”.

En caso de pérdida de cheques de valija o remesa, se observarán las siguientes reglas:

1. La institución bancaria que recibió los cheques en depósito, deberá notificar inmediatamente a los girados, para que suspendan el pago de los cheques perdidos o sustraídos;

2. Si la pérdida ocurre luego de que el girado haya protestado o devuelto los cheques, éste deberá remitir al depositario copias microfilmadas o reproducidas, debidamente certificadas, con señalamiento expreso de la causal del protesto o devolución;
3. La copia microfilmada o reproducida de los cheques, certificada por la institución **depositaria, TENDRA EL MISMO VALOR PROBATORIO QUE EL CHEQUE ORIGINAL;**
4. Las instituciones giradas pagarán, devolverán o protestarán las **copias certificadas**, microfilmadas o reproducidas, según sea el caso, inmediatamente.

3.5. Causales para la falta de pago.

En resumen, son causales para la falta de pago del cheque: 1) las del protesto por insuficiencia de fondos, por cuenta cerrada y por cuenta cancelada; 2) las de la devolución por: suspensión transitoria, porque se declara sin efecto el cheque, por anulación de formulario de cheque, por revocatoria, por defecto de fondo, por defecto de forma, por caducidad.

3.6. Validez del cheque

Respecto a la validez del cheque, el Art. 496 COMFin dispone que: *Ni la muerte ni la incapacidad superviniente del girador afectan la validez del cheque.*

4. Clases de cheques

Los cheques pueden clasificarse en: 1. regulares; 2. irregulares.

4.1. De los cheques regulares.

El cheque puede ser girado en las siguientes modalidades:

4.1.1. Del cheque cruzado

Cheque cruzado es aquel que sólo puede ser cobrado a través de depósito, lo que permite identificar quién ha cobrado el importe del cheque. El cruzamiento puede hacerlo el girador, el portador o tenedor del cheque.

El cruzamiento puede ser de manera general o especial. El cruzamiento general se efectúa por medio de dos líneas paralelas en la parte superior izquierda del cheque o también con la frase “cheque cruzado”, sin designación de la institución financiera. Es especial cuando entre las líneas se designa a la institución financiera para el cobro de ese cheque o se lo hace con la frase “cheque cruzado” y el nombre de la institución financiera designada para el cobro, insertada en su anverso.

El cruzamiento del cheque tiene como propósito el dar una mayor garantía al título, evitando el cobro por tenedores ilegítimos.

El Dr. Santiago Andrade U (ob cit pág 222) expresa que el cruzamiento del cheque no obsta para que pueda transmitirse con toda libertad.

Según tratadistas de la materia, el cheque cruzado es de origen inglés. (Gómez Leo, Oswaldo)

4.1.2. Del cheque para acreditar en cuenta.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 37 de las Normas Generales del Cheque, el girador, el portador o el tenedor del cheque pueden hacer uso de la cláusula “sólo para acreditar en cuenta” u otra equivalente, siempre que la inserte en el anverso del cheque, debiendo únicamente ser depositado en la cuenta designada. Es decir, de esta manera se prohíbe el pago en efectivo del cheque; pues el pago se realiza mediante un asiento contable y con ello se evita el momento de dinero en efectivo.

Según enseña Gómez Leo, Oswaldo, citado por Santiago Andrade U. (ob cit pág223), esta variedad de cheque nació en Alemania.

4.1.3. Del cheque sólo para pagar al primer beneficiario.

El cheque que contenga en el anverso la frase “para pagar al beneficiario”, “sólo para pagar al primer beneficiario” u otra similar, no es transferible por endoso y, por lo tanto, sólo podrá ser depositado en cualquier cuenta perteneciente al beneficiario o pagado a éste en numerario. Sin embargo, puede transferirse en la forma y con los efectos de la cesión ordinaria. Art. 37 NGCH.

Este cheque con la cláusula sólo para pagar al primer beneficiario tiene las siguientes características:

- 1.- No es transferible por endoso: Puede transferirse mediante cesión ordinaria.
- 2.- Sólo puede ser depositado en cuenta perteneciente al beneficiario.
- 3.- Puede pagarse al primer beneficiario en numerario.

El girado que no observe estas disposiciones responderá de los perjuicios hasta por una suma igual al importe del cheque. Art. 37 inc 3º. NGCh.

4.1.4. Del cheque certificado.

4.1.4.1. Concepto.-

Cheque certificado es el cheque cuyo girado asegura el pago del importe al beneficiario consignando la palabra “certificado” de forma escrita por la entidad bancaria emisora del cheque, la fecha y firma de la persona autorizada por el girado, liberando al girador de la responsabilidad del pago del mismo. Art. 2.12 NGCH.

4.1.4.2. Efectos jurídicos.

1. El efecto fundamental de la certificación del cheque es que asegura el pago. La certificación obliga a la institución financiera a pagarla a su presentación. El banco dispondrá las medidas pertinentes para impedir que el girador retire los fondos.
2. La certificación del cheque por el banco girado libera al girador de la responsabilidad del pago, puesto que lo asume el banco. El cheque certificado es un medio de pago con poder liberatorio para el girador.
3. Los cheques certificados no pueden ser revocados. El girador, sin embargo, puede dejarlos sin efecto devolviéndolos a la institución financiera girada, en cuyo caso ésta acreditará los fondos a la cuenta del girador
4. El cheque certificado puede ser declarado sin efecto por pérdida, deterioro, destrucción o sustracción, a petición del girador o beneficiario. Una vez declarado sin efecto o habiendo transcurrido más de doscientos días desde su fecha de giro, sin que hayan sido cobrados, el girado entregará los fondos al girador o al beneficiario, según quien los haya requerido. La institución financiera puede solicitar la conformidad de las partes o las pruebas que estime procedentes. Art. 34 NGCH.

4.1.5. Cheque no negociable

De conformidad con lo previsto en el Art. 501 del COMFin, cheque no negociable es aquél que contiene la expresión “no a la orden” u otra equivalente como “no endosable”, “no negociable”, “no transferible”. En consecuencia, este cheque no es transferible por endoso; puede ser transferido en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

Además, el banco girado que reciba un cheque con las expresiones antes indicadas únicamente podrá acreditar su valor en una cuenta perteneciente al beneficiario, o pagarla en moneda al propio beneficiario o al cesionario.

4.1.6. Cheques de gerencia

El Art. 35 de las Normas Generales del Cheque establece que: *Los cheques de gerencia son las órdenes internas de caja u otros giros contra la propia institución, extendidos por el gerente o funcionario autorizado por servicios, compras y otros conceptos similares, es decir, que tengan relación con el funcionamiento administrativo de la institución. Este tipo de cheques no se utilizará para operaciones financieras propias de la entidad. En esta modalidad de cheque, la institución financiera emite una orden de pago en su contra; es decir, girador y girado son la misma persona.*

Asimismo, esta norma regula el **cheque de emergencia** y establece que: *El cheque de emergencia, es el girado por el gerente o funcionario autorizado de la institución financiera girada a petición del cuentahabiente, que registre cuenta corriente o de ahorros o de inversión, usuario financiero que debe concurrir a la institución financiera para que le gire un cheque por la cantidad que requiera. Este cheque debe estar girado a nombre del beneficiario que señale el cuentahabiente o el usuario financiero o el proveedor.*

4.1.7. Del cheque de viaje (o traveller's check)

No está regulado por la ley. Sin embargo, debemos anotar que el Art. 194 del COMFin, que regula las operaciones que pueden realizar las entidades financieras, establece que éstas pueden emitir o negociar cheques de viajero. (Art. 194, d) 5)

Según lo expone Broseta Pont (ob cit, pág. 524) “El cheque de viaje (o traveller's check) es un cheque emitido por un Banco a favor de una persona (quien normalmente entrega su importe

en el momento de su recepción) en forma nominativa, con la singularidad de que puede ser cobrado por su titular en cualquier agencia o sucursal, nacional o extranjera, del Banco emisor o en las oficinas de sus corresponsales. Se identifica al legítimo poseedor no sólo por su nombre y apellidos, sino, además, por dos firmas de éste, una estampada ante el emisor y otra que debe ponerse ante el librado-pagador en el cheque mismo y en el momento de solicitar su importe. Suelen utilizarse para sustituir, con ocasión de un viaje, el dinero que, de otra forma, debería llevar consigo, por cheques cobrables con facilidad en cualquier lugar del trayecto. Son de cuantía exacta y determinada desde su libramiento”.

4.2. De los cheques irregulares.

4.2.1. Del cheque antedatado o postdatado.

El Art. 15 de las Normas Generales del cheque establece que:
El cheque es pagadero siempre a la vista, aunque fuere antedatado o posdatado.

El cheque es pagadero a la vista; pues es un medio de pago que no admite condiciones. Por consiguiente, el cheque no puede ser utilizado como instrumento de crédito posdatándolo; y, por ello se lo pagará a su presentación aunque fuere posdatado.

Sobre este tema, el Dr. Santiago Andrade U. (ob cit pág. 175) expone que”Ante la realidad de la amplia utilización del cheque posdatado, muchas legislaciones han incorporado a su régimen legal el llamado “cheque de pago diferido”, tales los casos de Uruguay (Ley No.14.412 de 08.08.1975), Paraguay (Ley No.805 de 16.01.1996), Argentina (Ley No. 24.452 sancionada el 08.02.1995, B.O.de 02-03.1995), Perú (capítulo noveno. Arts. 199 a 203 de la nueva Ley de Títulos Valores)”.

4.2.2. Del cheque girado sin provisión de fondos.

Regularmente el girador puede disponer por cheque de los fondos que tenga a su disposición en la cuenta corriente. Es decir que debe existir provisión de fondos al tiempo del giro del cheque, pues el cheque es un título valor y sobre todo un medio de pago. La institución financiera girada, a la presentación del cheque para el pago, debe examinar que cuente con fondos suficientes para cubrir los cheques girados. 27.1 NGCh

Por ello el giro de un cheque sin provisión de fondos puede constituir delito. En todo caso a la presentación del cheque la institución financiera girada está obligado a pagar o protestarlo.

A partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el giro de cheques sin provisión de fondos se procesa como estafa, conforme lo dispuesto en el Art. 186 COIP.

4.2.3. Del cheque en cuenta cerrada.

El giro de cheques sin provisión de fondos y los protestos correspondientes, en el número y bajo las condiciones que determinan las Normas Generales del Cheque, da lugar al cierre de la cuenta.

Si de hecho se gira cheques en cuenta cerrada y se los presenta al cobro, la institución financiera girada lo protestará con la leyenda “PROTESTADO POR CUENTA CERRADA”.

En lo que respecta a la fecha de giro del cheque y de la de cierre de la cuenta pueden presentarse dos situaciones:

1. que el cheque haya sido girado en fecha posterior a la del cierre de la cuenta;
2. que se lo haya girado antes del cierre de la cuenta.

A su vez en el primer caso pueden presentarse dos situaciones:

- a. que el girador haya entregado el cheque a sabiendas de que la cuenta estaba cerrada; es decir que en este caso existe absoluta mala fe del girador;
- b. que el girador desconozca el cierre de la cuenta. En este segundo caso puede haber una situación de buena fe; como también puede existir mala fe, si el girador conocía que estaba en condiciones de cierre de cuenta.

4.2.4. Del cheque en cuenta cancelada

La cancelación de una cuenta corriente puede generarse en la decisión del cuentacorrentista o de la entidad financiera.

El titular de la cuenta corriente puede dar por terminado el contrato de cuenta corriente, debiendo notificar por escrito a la entidad financiera. El cliente retirará los fondos de su cuenta y dejará de operar a partir de la fecha de notificación.

Por otra parte, el pedido de tres solicitudes de revocatoria de cheques en un mismo mes o seis dentro de un año, contados desde la primera petición de revocatoria, dará lugar a que la institución financiera pueda cancelar la cuenta corriente por mal manejo de la misma. Art. 57 NGCH.

Si de hecho se gira cheques en cuenta cancelada y se los presenta al cobro, la institución financiera girada lo protestará con la leyenda “PROTESTADO POR CUENTA CANCELADA”.

La institución financiera está prohibida de admitir la revocatoria de un cheque girado sobre cuenta cancelada, cuya cancelación se hubiere comunicado al titular cuando la hubiere realizado el banco. Si se presentare al cobro, la institución financiera protestará el cheque con la leyenda “PROTESTADO POR CUENTA CANCELADA”.Art. 56 NGCh.

4.2.5. Cheques falsificados.

La falsificación de un cheque puede tener lugar respecto de la firma del girador o sobre el contenido o menciones del cheque.

4.2.5.1. Firmas falsas.- Es obvio que una firma falsa en un cheque, es decir que no es auténtica, no puede obligar a la persona por quien se ha firmado el cheque; pero estas firmas falsas no afectan la validez de las obligaciones de cualesquiera otros firmantes. Al respecto, el Art. 481 COMFin dispone: “Cuando un cheque lleve firmas de personas incapaces, **firmas falsas**, de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no pueden obligar a las personas por quienes se haya firmado el cheque, o con cuyo nombre aparezca firmado, **las obligaciones de cualesquiera otros firmantes no dejarán, por eso, de ser válidas**”.

4.2.5.2. A quién corresponde la pérdida causada por el pago de un cheque falsificado?. A la institución financiera o al titular de la cuenta?

Si el cheque falsificado no está comprendido en la numeración de cheques del girador, la pérdida causada por su pago corresponde al banco girado. En cambio, si los cheques falsificados están comprendidos en la numeración de cheques del girador, la pérdida por el pago de estos cheques puede corresponder al girador o al girado, según tenga uno u otro culpa en la pérdida.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el Banco girado no es culpable cuando paga un cheque con firma falsificada, si la firma está imitada con precisión. Mas, si la falsificación es notoria, la responsabilidad será del girado. *Si ninguno de los dos (girador y el girado) tuviere culpa, la pérdida corresponderá al girado.* Art. 518 COMFin.

Si se han pagado cheques falsificados, la pérdida corresponderá al girador si este no reclama dentro de los seis meses

de presentado por el girado el estado de cuenta corriente del que conste el pago de los cheques falsificados. Es decir que la facultad del girador para reclamar por el pago de cheques falsificados caduca en seis meses contados desde la presentación por el girado del estado de cuenta corriente del que conste el pago de los cheques falsificados. Cualquiera estipulación contraria a lo previsto por el Art. 518 COMFin sobre la pérdida causada por el pago de cheques falsificados, es nula, en virtud de la prohibición en ese sentido que contiene este artículo.

En el campo penal, según lo establece el Art. 306 del COIP, la persona que comete falsedad forjando en todo o en parte cheques, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años

Según lo previsto en el Art. 29 inc 1º. De las Normas Generales del Cheque, para la declaración de responsabilidad que debe asumir en el pago de un cheque presuntamente falsificado o alterado, a que se refiere el Art. 518 del COMFin, deberán considerarse, en lo que concierne al girador, y exclusivamente respecto de los formularios de cheques entregados por la institución financiera, aspectos tales como:

1. La negligencia del titular, de sus familiares, factores o dependientes;
2. La falta de aviso inmediato de la pérdida del cheque;
3. La forma incorrecta de giro que permita alteraciones.

Por parte del **girado** deberá considerarse los siguientes aspectos:

1. La entrega de la chequera a personas no autorizadas;
2. Diferencias **notorias** entre la firma que lleva el cheque y aquella que se halla registrada en la institución financiera; o, en otros aspectos formales del cheque;
3. Falta de identificación del cobrador del cheque;

4. Falta de firma de cancelación o de endoso.

4.2.6. Cheques con defectos de fondo y defectos de forma.

El defecto de fondo consiste en la falta de alguno de los requisitos que debe contener el cheque, conforme lo establecen los artículos 478 y 479 COMFin. Por lo tanto, son defectos de fondo la falta de: La denominación de cheque, inserta en el texto del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción; el mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero; el nombre de quien debe pagar o girado; la indicación de la fecha de pago; la indicación del lugar de la emisión del cheque; la firma de quien expide el cheque o girador; o la evidente alteración o deterioro de los datos consignados en el cheque.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el Art. 32.3 NGCh, la institución financiera girada podrá negar el pago de un cheque rechazándolo por haber sido girado sin el nombre y apellido de un beneficiario o por constar “al portador” o por contener más de los endosos que permite la ley, o cuando el endoso no contenga el nombre y apellido del endosatario.

El documento en el que falte alguno de los requisitos indicados no tendrá validez como cheque.

Si se presenta al cobro un cheque con defecto de fondo, la institución financiera lo devolverá bajo la leyenda :”DEVUELTO POR DEFECTO DE FONDO CONSISTENTE EN...”Art.61 NGCH.

El defecto de forma no invalida el cheque como tal, pero ocasiona su rechazo.Según lo establece el Art. 62 de las NGCH: Se considerarán defectos de forma al cheque girado por persona inhabilitada o no autorizada a la fecha de giro, la disconformidad notoria de firma del girador o giradores con la registrada en la

institución financiera, el uso de sello de antefirma, de sello seco, el uso de cintas adhesivas o de corrugados en las cifras de la cantidad.

Si se presenta al cobro un cheque con defectos de forma, la institución financiera devolverá el cheque con la leyenda: “**DEVUELTO POR DEFECTO DE FORMA CONSISTENTE EN...**”. Sin embargo, debemos tener presente que la devolución surtirá efecto siempre que cuente con la suficiente provisión de fondos, caso contrario se **protestará**.

Cabe destacar en este punto que, el cheque cuyo importe se hubiere escrito a la vez en letras y en cifras, en caso de diferencia, tiene validez por la suma escrita en letras; y, el cheque cuyo importe se hubiere escrito varias veces, ya sea en letras, ya sea en cifras, en caso de diferencia, tiene validez por la suma menor. Art. 62, inc. 4º. NGCh.

También es importante anotar que si existe reiteración en la presentación de cheques con defectos de fondo o defectos de forma, con la intención de retardar el pago o valerse de este medio para menoscabar intereses de terceros, la institución financiera procederá con la cancelación del contrato de cuenta corriente. Art. 63, inc. 2º. NGCh.

4.2.7. Cheque girado en cuenta bloqueada.-

Las cuentas corrientes pueden ser bloqueadas o inmovilizadas por orden de juez o autoridad competente. En este caso, esas cuentas no pueden ser manejadas por el titular, ni recibir depósitos o efectuar pagos. Por consiguiente, si se presentare cheques al cobro , el banco devolverá los cheques con la leyenda “**DEVUELTO POR CUENTA BLOQUEADA**”. Art. 94 NGCh.

4.2.8. Cheque caducado.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 517 COMFin, el girado puede pagar un cheque dentro de los trece meses posteriores

a la fecha de su emisión; vencido este plazo el cheque caduca. Por consiguiente, si vencido este plazo de trece meses, se presentare un cheque para el pago, las instituciones financieras giradas devolverán los cheques insertando la leyenda “DEVUELTO POR CADUCIDAD”, con indicación del día y hora de la devolución. Art. 78 NGCh.

4.3. Modalidades de cheques no reconocidas por la legislación ecuatoriana

4.3.1. Cheque de pago diferido

Sobre esta modalidad de cheque, el Dr. Santiago Andrade U. (ob cit pág. 175) expone que “Ante la realidad de la amplia utilización del cheque posdatado, muchas legislaciones han incorporado a su régimen legal el llamado “cheque de pago diferido”, tales los casos de Uruguay (Ley No.14.412 de 08.08.1975), Paraguay (Ley No.805 de 16.01.1996, Argentina (Ley No. 24.452 sancionada el 08.02.1995, B.O.de 02-03.1995), Perú (capítulo noveno. Arts. 199 a 203 de la nueva Ley de Títulos Valores)”.

La citada ley de cheques argentina lo define así: “El cheque de pago diferido es una orden de pago, librada a fecha determinada, posterior a la de su libramiento, contra una entidad autorizada en la cual el librador a la fecha de vencimiento debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente o autorización para girar en descubierto. Los cheques de pago diferido se libraran contra las cuentas de cheques comunes...”.

Este cheque no puede ser presentado al cobro antes de la fecha que se encuentra estipulada en el mismo.

4.3.2. Cheque con provisión garantizada

Según expone M Broseta Pont (ob cit pág 525), los cheques garantizados “se caracterizan por llevar incorporada una declaración del propio Banco emisor del talonario por la que se compromete a

pagarlo a su poseedor legítimo, siempre que se cumplan una serie de requisitos (relativos a la cifra máxima) previamente acordados entre el Banco y el cliente en un contrato de <cuenta corriente de cheques garantizados>. A través de este cheque, el Banco librado asume la garantía de su pago, y adquiere por el hecho de su firma en el título una obligación que ha de calificarse de cartácea. Además, el compromiso que asume el librado es, en este caso, muy superior al del cheque conformado (certificado), pues mientras en este caso el Banco se limita a acreditar un hecho (la existencia de los fondos), el cheque garantizado recoge la obligación directa de pago, con independencia de que exista o no provisión”.

Pérez Fontana, citado por Santiago Andrade U. (ob cit pág 230-231), enseña que el cheque con provisión garantizada nació con la finalidad de “procurar que los cheques sean recibidos en pago sin que el tomador corra el riesgo de que el banco los rechace por falta de provisión de fondos...”

4.3.3. Cheque imputado

La Ley 24.452 de cheques, argentina, modificada por la Ley 24.760, en el Art. 47 regula esta modalidad, y establece que “El librador así como el portador de un cheque pueden enunciar el destino del pago insertando al dorso o en el añadido y bajo su firma, la indicación concreta y precisa de la imputación.

La cláusula produce efectos exclusivamente entre quien la inserta y el portador inmediato; pero no origina responsabilidad para el girado por el incumplimiento de la imputación. Sólo el destinatario de la imputación puede endosar el cheque y en este caso el título mantiene su negociabilidad”.

5. Acciones judiciales.

De la falta de pago de un cheque derivan acciones civiles y/o penales.

5.1. Acciones civiles.

El pago de un cheque, según la situación legal del mismo, se puede reclamar por los siguientes procedimientos:

1. ejecutivo;
2. sumario;
3. monitorio;
4. ordinario.

5.1.1. En procedimiento ejecutivo.

El cheque no constituye título ejecutivo por la sola condición de cumplir los requisitos formales establecidos para su creación, como ocurre con la letra de cambio o el pagaré a la orden.

El cheque constituye título ejecutivo y el reclamo del pago de la obligación que contiene el cheque puede hacerse en procedimiento ejecutivo:

- a) cuando el cheque no pagado ha sido protestado por falta o insuficiencia de fondos; y,
- b) cuando este protesto se realiza dentro del plazo de presentación (veinte días desde la emisión para los cheques girados y pagaderos en el Ecuador, y noventa días desde la fecha de emisión para los cheques girados en el exterior y pagaderos en el Ecuador), salvo el caso del cheque postdatado. Art. 516 COMFin.

Igualmente constituye título ejecutivo el comprobante a que se refiere el inciso tercero del Art. 497 COMFin que establece: "En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se mencione dicho

pago en el cheque y se le confiera recibo, y estará obligado por su parte, a otorgar al portador o tenedor un comprobante en el que consten todas las especificaciones del cheque y el saldo no pagado. **Este comprobante surtirá los mismos efectos que el cheque protestado en cuanto al saldo no cubierto”.**

Con el protesto del cheque por falta o insuficiencia de fondos dentro de los plazos establecidos por la ley, se genera una obligación clara, pura, determinada y actualmente exigible; y, el título que la contiene es ejecutivo por disposición de la ley. Por ello, bajo estas condiciones procede el reclamo del pago de la obligación en procedimiento ejecutivo.

5.1.2. En procedimiento sumario.

El Art. 332 del COGEP establece que: *Se tramarán por el procedimiento sumario: 1. Las ordenadas por la ley;* y, el Art. 516 del COMFin, luego de determinar en qué casos el cheque constituye título ejecutivo, y en consecuencia puede ser cobrado en procedimiento ejecutivo, establece que en los demás casos, salvo disposición legal en contrario, el pago de un cheque podrá reclamarse en procedimiento sumario.

El pago de la obligación que contiene un cheque podrá reclamarse en procedimiento sumario:

- a) cuando el cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos ha sido protestado fuera de los plazos de presentación;
- b) cuando el cheque antedato o posdatado ha sido protestado por falta o insuficiencia de fondos. Art. 516, inc, 2º. COMFin.- Art. 15 NGCh.

5.1.3. En procedimiento monitorio

El Art. 356 del COGEP establece que: *La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible*

*y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un **procedimiento monitorio**, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas: 1. Mediante documento, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por la deudora o el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente de dicha deudora o dicho deudor...*

Conforme a lo anotado, procede el cobro de la deuda determinada de dinero del cheque en procedimiento monitorio cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- 1.- Que el cheque no constituya título ejecutivo;
- 2.- Que el monto de la deuda no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general;
- 3.- Que el documento contenga una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido.

5.1.4. En procedimiento ordinario.

Se podrá perseguir el cobro del cheque en juicio ordinario:

- 1.- cuando han prescrito las acciones que corresponden al portador o tenedor y las que corresponden entre sí a los diversos obligados. En este caso cabe la acción de enriquecimiento ilícito o injusto.
- 2.- Los cheques protestados por cuenta cerrada o cuenta cancelada, por cuanto estos documentos no cumplen la exigencia del Art. 478 COMFin de que la orden de pagar una determinada cantidad de dinero debe ser con cargo a los depósitos que mantenga en una cuenta de la que es titular en una entidad financiera; pues si el cheque ha sido girado en cuenta cerrada o cancelada, el girador ya no mantiene la cuenta y por tanto no tiene depósitos con que se pague.

- 3.- Los cheques que han sido devueltos por órdenes de no pago.
- 4.- Los cheques devueltos por defectos de fondo o de forma.

5.2. Acciones penales.

La acción penal es independiente de la civil que se ejercite para el pago del valor del cheque. No existe prejudicialidad en este caso. Los fines que persiguen estas acciones son distintos.

Desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el giro de cheques sin provisión de fondos se procesa como estafa, conforme lo dispuesto en el Art. 186 COIP.

Asimismo, según lo establece el Art. 306 del COIP, la persona que comete falsedad forjando en todo o en parte cheques, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años

6. De la Prescripción

De conformidad con lo previsto en el Art. 512 del COMFin: *Las acciones que corresponden al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación. (Debe entenderse que se refiere a las acciones civiles).*

Las acciones que corresponden entre sí a los diversos obligados al pago de un cheque, prescriben a los seis meses, a contar desde el día en que un obligado ha pagado el cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él.

Es decir que las acciones para el cobro de cheques en procedimiento ejecutivo o sumario prescriben en seis meses.

Capítulo 5. DE LAS OBLIGACIONES “EJECUTIVAS”

1. Concepto y Elementos.

Nuestro Código Civil no define lo que es la obligación. Del análisis que hace la doctrina se puede extraer la siguiente definición: **Obligación** es el vínculo jurídico que establece la Ley o la voluntad de las partes, en virtud del que una persona determinada, como deudora, debe dar, hacer o no hacer una cosa, respecto de otra también determinada, que es el acreedor.

De esta definición se determinan tres elementos constitutivos de la obligación: 1) el acreedor; 2) el deudor; 3) el objeto de la obligación.

Acreedor es el sujeto activo del vínculo jurídico. El acreedor es el titular del derecho personal; y, por ello tiene la facultad de exigir la prestación o abstención de la otra parte, que es el deudor.

El deudor es el sujeto pasivo del vínculo; es quien debe dar, hacer o no hacer una cosa.

El objeto o cosa debida es aquello a que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor; y, lo que éste debe dar, hacer o no hacer. En otras palabras, el objeto de la obligación es la prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa.

2. Requisitos.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 348 del COGEP, para que la obligación fundada en título ejecutivo sea exigible en procedimiento ejecutivo, debe reunir los siguientes requisitos:

1.-”deberá ser clara”.-Es decir precisa; que no ofrezcan duda en cuanto a sus elementos.

2.-“pura”. “-Obligación pura y simple es aquélla que produce sus efectos desde que se contrae y para siempre, sin restricciones y limitaciones de ninguna clase”: Arturo Alessandri, ob. cit. pág. 29.

Por el contrario, las obligaciones sujetas a modalidad, son aquéllas cuyos efectos están sujetos a condición, plazo o modo.

“La regla general en el derecho, es que la obligación sea pura y simple, porque las modalidades no se presumen ni se subentienden”: Alessandri, ob. cit., pág 29.

3.-”determinada”. -La determinación admite modalidades y grados. Determinar significa fijar, precisar. Es obvio que para que sea ejecutable una obligación es indispensable que sea determinada; es decir que se conozca con precisión cuál es la prestación que debe el deudor; y, qué es lo que el acreedor tiene derecho a recibir. Si la obligación es determinada, ya no se necesita declaración alguna que reconozca su existencia. La obligación determinada existe de manera precisa.

Para las obligaciones en general, la prestación por lo regular es determinada desde su nacimiento. Pero también puede ocurrir que se señalen factores como para determinarla a posteriori: el precio lo fijará un perito.... el valor que esté en el mercado en tal fecha.....

De conformidad con lo previsto en el Art. 1477 del C. Civil, las cosas que pueden ser objeto de una declaración de voluntad deben estar determinadas, “a lo menos en cuanto a su género”.

Asimismo, *la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.*

4.- “Actualmente exigible” . - Puede existir plazo previsto para el cumplimiento de una obligación; pero también en ciertas obligaciones puede no existir tal plazo. Si una persona en declaración de parte acepta haber recibido una suma de dinero en concepto de un contrato de promesa de venta de un inmueble que no se

ha celebrado por escritura pública, puede ser demandado en procedimiento ejecutivo para que devuelva esta suma de dinero; y, en este caso no se requiere de plazo vencido para que la obligación sea ejecutiva, porque no existe plazo.

Es decir que, cuando existe plazo, para que la obligación se pueda demandar en procedimiento ejecutivo debe ser de plazo vencido; y, cuando no exista plazo, en todo caso la obligación debe ser actualmente exigible.

5.-"líquida o liquidable".-Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Significa que la prestación tiene que ser clara y cierta en su cantidad o valor; o existir la posibilidad de determinar esa cantidad o valor mediante operación aritmética.

Si la obligación es en parte líquida, la o el actor acompañará una liquidación pormenorizada siguiendo los criterios establecidos en el título.

Cuando se haya cumplido la condición o si esta es resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y si es en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida.

6.- Indicador económico o financiero.- Si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia a éste.

7.- Aceleración de pagos.

El Art. 348 del COGEP dispone que: *Se considerarán de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se haya anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos.*

Entre acreedor y deudor se puede pactar la aceleración de pagos; que consiste fundamentalmente en que el acreedor, en forma unilateral y anticipadamente, puede dar por vencido el plazo

de las obligaciones pendientes y demandar ejecutivamente el pago de las mismas, cuando se dé una o más de las causales que para ello se señalen. Así, se puede estipular que el acreedor declarará de plazo vencido la obligación en los siguientes casos, por ejemplo: a) Si otro acreedor embargare el bien hipotecado, o recayere en el mismo prohibición de enajenar; b) Si el inmueble hipotecado fuere declarado de utilidad pública para fines de expropiación; c) si los deudores se colocan en situación de quiebra o insolvencia; d) si los deudores dejan de pagar dos o más dividendos de la obligación, etc., etc.

También la Ley contempla casos en que las obligaciones se consideran de plazo vencido anticipadamente. Así, el Art. 394 de la Ley de Compañías (*R.O. No. 312 del 5 de noviembre de 1999*) dispone de manera expresa que: *Con la inscripción de la disolución de la compañía, todos los créditos en contra de ésta, se considerarán de plazo vencido.*

3. Vencimientos Sucesivos.

Cuando en el título de la obligación se haya previsto vencimientos sucesivos, el plazo concluirá al cumplimiento del que en cada uno de ellos se señale, salvo que exista convención sobre aceleración o anticipación de vencimientos. De no existir convención sobre anticipación de los vencimientos y de producirse la mora de uno o más de los vencimientos, se ejecutará exclusivamente aquéllas que estuvieren en mora. Art.146 del C. de Com.

4. Causa de la Obligacion.

De conformidad con lo previsto en el Art. 1483 del C. Civil: *No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

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

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

5. De las obligaciones solidarias.

5.1. Aspectos generales.

La solidaridad puede ser activa o pasiva.

Obligaciones solidarias activas son aquéllas en que hay varios acreedores y entre ellos se ha convenido que cada uno puede exigir el total de la deuda.

Obligaciones solidarias pasivas son aquéllas en que hay pluralidad de deudores, con única prestación; y, en virtud de la ley, el testamento o la convención, puede exigirse a cada uno el total de la deuda.

La esencia de la solidaridad pasiva está en que el acreedor puede dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, para exigir el **TOTAL** de la deuda; y, de ello deriva que el deudor solidario no pueda oponer el beneficio de división ni el de orden y excusión.

La división es incompatible con la solidaridad. Al deudor solidario se puede exigir por tanto el total de la obligación sin que pueda alegar que la deuda se divida con el deudor principal, porque no tiene el beneficio de división; tampoco puede pedir que primero se demande al deudor principal, porque no tiene el beneficio de orden y excusión.

5.2. Solidaridad cambiaria y solidaridad civil.

Existen importantes diferencias entre la solidaridad cambiaria pasiva y la solidaridad establecida por el Código Civil para las obligaciones de esta naturaleza.-Así:

5.2.1. Alcance de la subrogación.

Una de las principales diferencias está en que de acuerdo con el Art. 1538 del Código Civil: *El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; pero limitada, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.* Es decir que la obligación solidaria se divide entre los deudores de modo que entre sí no se deben sino su parte correspondiente; mientras que de acuerdo con el Art.165 del Código de Comercio el signatario de la letra que ha pagado tiene derecho de proceder contra todos los obligados anteriores a él individual o colectivamente por el total de lo pagado y sin necesidad de observar el orden en que se hayan comprometido. En otras palabras, la obligación solidaria del deudor en el Código de Comercio subsiste hasta tanto el pago no haya sido cubierto por el principal obligado (el aceptante) o su avalista (si existe). Pues para el aceptante no nace ninguna acción por el pago. Aun cuando todos son solidariamente responsables, la obligación del aceptante, como principal deudor, es muy distinta; su pago extingue toda obligación cambiaria del girador y de los endosantes.

Esto se debe a la autonomía e independencia de las obligaciones cambiarias; de tal manera que los signatarios de una letra de cambio no solamente son garantes, sino cogerantes los unos de los otros, respecto del aceptante como codeudor principal.

La única situación en la cual no opera la solidaridad pasiva cambiaria y en cambio sí la norma del Art. 1538 del Código Civil, es

cuando siendo varios los obligados en un mismo grado (por ejemplo tres endosantes de una letra adquirida por los tres conjuntamente), uno de ellos paga el total. En ese caso él se subroga en los derechos del acreedor, pero sólo puede reclamar a los otros codeudores su respectiva cuota.

5.2.2. Otra diferencia entre la solidaridad pasiva cambiaria y la civil está en que según el Art. 2419 del C. Civil, la interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores solidarios, perjudica a los otros, siempre que no se haya renunciado la solidaridad; y por otro lado entendemos que igualmente habiendo solidaridad esta interrupción de la prescripción de ser el caso aprovecha a los demás deudores; en cambio que, según el Art. 180 del Código de Comercio: *La interrupción de la prescripción (se refiere a la letra de cambio) sólo tiene efecto contra la persona con respecto a quien se ha efectuado la interrupción.* La razón de la indicada diferencia radica precisamente en la autonomía e independencia de cada una de las obligaciones contraídas en materia de letras de cambio, así como también en que la solidaridad, en tratándose de letras de cambio no da derecho a la división de la deuda entre los codeudores, como acontece en las obligaciones solidarias en general.

5.2.3. Otra característica de la solidaridad cambiaria es de que no es ni puede ser coetánea a la emisión de la letra de cambio, a menos que se trate de coobligados en el mismo grado, que constituyen un sólo vínculo solidario pasivo frente al acreedor, como los coemitentes, coaceptantes, coavalantes.

5.2.4. El aval en una letra de cambio se constituye en garante solidario para con el portador de la letra por disposición de la Ley (Art. 165 del C. de Comercio) en primer lugar, y en segundo se establece la solidaridad entre el dador del aval y todos los signatarios de la misma para con el acreedor, mientras que la

fianza solidaria que se establece en una obligación común debe estipularse expresamente y se establece entre quien la preste y el deudor solvente para con el acreedor.

6. Conflicto de leyes

En lo relativo a conflicto de leyes, el Art. 514 COMFin dispone que: *la ley del Estado en que el cheque debe pagarse, determina:*

1. *El término de presentación;*
2. *Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado, y los efectos de esas operaciones;*
3. *Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza;*
4. *Los derechos del girador para revocar el cheque u oponerse al pago;*
5. *La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados; y,*
6. *Las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque.*

Título 3. DEL DERECHO DE EJECUCION Y DE LOS TITULOS DE EJECUCION

Capítulo 1. DEL DERECHO DE EJECUCION

1.1. Naturaleza

Por disposición constitucional y legal, los jueces están para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es decir que, el ejercicio de la jurisdicción no se agota con la declaración o el reconocimiento de un derecho en la sentencia, sino con el cumplimiento de la decisión, a través de su ejecución; sólo así se cumple con el derecho a la tutela judicial efectiva; pues el derecho fundamental a la ejecución integra el derecho a la tutela judicial efectiva.

1.2. Principios

Cuáles son los principios que rigen en el derecho de ejecución?:

1.2.1. Tutela judicial efectiva

El derecho de ejecución es uno de los contenidos básicos de la tutela judicial efectiva, garantizada por la Constitución.

1.2.2. Derecho de la efectividad de las sentencias.

El derecho a la efectividad de las sentencias implica la obligatoriedad de que estas se cumplan, y para ello se compromete la colaboración necesaria de personas y entidades públicas y privadas. El Art. 30 del Código Orgánico de la Función Judicial establece este principio de colaboración.

1.2.3. Interés General

No podríamos asumir que se haya hecho justicia si la decisión del Juez no se puede ejecutar; y, si la justicia es fuente de la paz social, de seguridad jurídica, de orden, entonces la ejecución es un derecho de interés general de la sociedad.

1.2.4. Principios pro-accionे

“...el derecho a la ejecución implica a su vez un deber que es manifestación del principio pro accione; en cuanto deben dictar las medidas que sean precisas para lograr la eficacia de sus resoluciones, como eliminar las posibles resistencias que surjan al actamiento de sus mandatos” Vanesa Aguirre, ob cit pág. 144. El juzgador está obligado a decretar las medidas necesarias para facilitar la ejecución, en aplicación del principio pro accione; y, por el principio de celeridad, el trámite debe continuar sin esperar el impulso del interesado. Art. 20 del COFJ.

1.3. Ejecución de sentencias

1.3.1. Clasificación de sentencias y su ejecución

Respecto a la ejecución de sentencias, cabe hacer algunas precisiones: por ejemplo, las sentencias desestimatorias no requieren actividad jurisdiccional posterior a la sentencia; asimismo “La sentencia constitutiva, por tener precisamente ese efecto una vez que alcanza la calidad de cosa juzgada, no requiere de actividad de ejecución propiamente dicha” Vanesa Aguirre, ob cit pág. 156.

Una sentencia constitutiva es por ejemplo la que declara paternidad, que se inscribe en el Registro Civil, pero no requiere de actuación judicial.

“El incumplimiento de las disposiciones de una sentencia – en todos los niveles- acarrea la violación de un derecho humano. Así lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el

caso Mejía Idrovo VS Ecuador, recalando que se provoca, además, un estado de indefensión e inseguridad jurídica..." Vanesa Aguirre, ob cit pág. 146.

1.3.2. Intangibilidad de la sentencia

En el tema del derecho de ejecución es importante también tener presente la intangibilidad de la sentencia. Es decir no se puede permitir que en la ejecución se revise lo ya resuelto (salvo error de cálculo); esto constituiría una violación de los derechos a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, debemos anotar que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 266, inc 2º. Del COGEP, si las Cortes Provinciales o los Tribunales de lo Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, expidieren providencias que resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado, procede el recurso de casación.

1.3.3. Cumplimiento por equivalencia

En el caso de que no sea posible el cumplimiento de lo dispuesto en sentencia (porque el deudor ya no dispone del bien, porque no quiere ejecutar la conducta debida o porque ha realizado lo que no debía hacer), la solución al derecho infringido debe hallarse en el cumplimiento por equivalencia, que consiste en la reparación o indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor (indemnización compensatoria).

1.3.4. Ejecución impropia

Se llama "ejecución impropia" a las actividades que se desarrollan para la eficacia de las sentencias declarativas y constitutivas, como su inscripción en un registro público para que surta efecto.

En estos casos en realidad no hay un ejecutante y un ejecutado, como ocurre en las sentencias de condena.

1.4. Ejecución forzosa

1.4.1. Aspectos generales.

La ejecución forzosa requiere de un presupuesto fáctico, que es la negativa del demandado o deudor a cumplir la obligación contenida en el título. En consecuencia, se requiere de una actividad jurisdiccional posterior si el condenado en sentencia o el deudor en general no cumple la obligación. “Cabe preguntar si esa negativa al cumplimiento ha de ser justificada o injustificada. En principio, la sola lesión al legítimo interés de ser satisfecho con lo debido, recibir la prestación a tiempo o beneficiarse con la conducta debida, autoriza al perjudicado para incoar el proceso de ejecución. Sin embargo, el Tribunal de la ejecución también debe analizar si la imposibilidad del incumplimiento es material o legal; nuevamente, en estos casos, se ve la necesidad de contemplar la posibilidad de sustituir la ejecución específica por un equivalente si resulta imposible la prestación originaria para garantizar al acreedor su indemnidad” Vanesa Aguirre, ob cit pág. 166.

1.4.2. Limitaciones al derecho de prenda general.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 2367 del C. Civil: *Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1634 y los demás casos previstos en la ley.* La ley contempla restricciones a este derecho general de prenda, como el caso de los bienes inembargables, como el caso de la prelación de embargo que establece el Art. 377 del COGEP, al disponer que: *El embargo se practicará en el siguiente orden:*

- 1.- *Del dinero de propiedad de la o del deudor.*

- 2.- *De los bienes hipotecados, prendados o gravados con otra garantía real.*
- 3.- *De los bienes sobre los cuales se dictó providencia preventiva.*
- 4.- *De los demás bienes que señale la o el acreedor, que los determinará acompañando prueba de la propiedad de los mismos.*

Asimismo existe una restricción cuantitativa en relación al embargo y remate de bienes del deudor; así, conforme a lo dispuesto por el Art. 392.4 del COGEP, en la audiencia de ejecución, debe señalarse de entre los bienes embargados, los que deben ser objeto de remate, con base a dos parámetros: 1) al avalúo del bien a rematarse; y, 2) al monto de la obligación.

Es decir, en la ejecución rige el principio de proporcionalidad.

Por las razones expuestas y por la trascendencia que tiene el derecho de ejecución en el hacer justicia, el Código Orgánico General de Procesos regula en el Libro V la ejecución.

Capítulo 2. DE LOS TÍTULOS DE EJECUCIÓN Y DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

2.1. Aspectos generales.- Características

El COGEP regula tanto el procedimiento ejecutivo como los procedimientos de ejecución; y, señala expresamente cuáles son títulos ejecutivos y cuáles son títulos de ejecución.

En el Título II de la Segunda Parte de este libro se trató sobre los títulos ejecutivos; ahora trataremos de los títulos de ejecución y de los procedimientos de ejecución.

El Art. 363 del COGEP (reformado por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, R. O.-S-517 de 26 de junio de 2019) establece que: *Son títulos de ejecución los siguientes:*

1. *La sentencia ejecutoriada.*
2. *El laudo arbitral.*
3. *El acta de mediación.*
4. *El contrato de prenda y contratos de venta con reserva de dominio.*
5. *La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código.*
6. *La transacción, aprobada judicialmente, en los términos del artículo 235 del presente Código.*
7. *La transacción, cuando ha sido celebrada sin mediar proceso entre las partes.*
8. *El auto que aprueba una conciliación parcial, en caso de incumplimiento de los acuerdos aprobados.*
9. *El auto que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, ante la falta de oposición del demandado.*
10. *La hipoteca.*
11. *Los demás que establezca la ley.*

La citada disposición del Art. 363 del COGEP otorga de manera expresa la calidad de título de ejecución a diez títulos, y agrega “Los demás que establezca la ley”. Es decir que, a más de los seis en mención, pueden haber otros títulos de ejecución, siempre que la ley así lo establezca, señalando de manera expresa que tal título es de ejecución; como ocurre igualmente en el caso de los títulos ejecutivos. Ahora, qué es lo que caracteriza a los títulos

ejecutivos y a los títulos de ejecución, y cuáles son sus semejanzas y cuáles sus diferencias.

Qué es lo que caracteriza a un título ejecutivo?:

- 1.- Contener obligaciones de dar o hacer;
- 2.- Son creados por particulares con sustento en la ley, extrajudicialmente; es decir no se generan en un proceso de conocimiento, aunque algunos títulos requieren actuación judicial;
- 3.- Pueden constar en documento público o privado;
- 4.- El título ejecutivo no es de ejecución pura, requiere su transformación en título ejecutorio con la sentencia en el procedimiento ejecutivo;

Qué es lo que caracteriza a un título de ejecución?:

- 1.- Comprende la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer;
- 2.- Son títulos de origen jurisdiccional y extrajudicial;
- 3.- Pueden constar en documento público o privado;
- 4.- Son títulos que traen aparejada ejecución forzada de bienes del deudor (ejecución pura);
- 5.- No hay actividad de cognición previa.

Respecto a las diferencias entre los títulos ejecutivos y los títulos de ejecución, podemos anotar las siguientes:

- 1.- Los títulos ejecutivos requieren de transformación o conversión a título ejecutorio a través de un procedimiento que concluye con sentencia; el título de ejecución no requiere conversión.
- 2.- Los títulos ejecutivos contienen obligaciones de dar o hacer; los títulos de ejecución llevan al cumplimiento forzoso de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

3.- En el procedimiento ejecutivo existe una cognición limitada, como dice la doctrina; puesto que se admiten excepciones. En cambio, en los procedimientos de ejecución no tiene lugar ninguna actividad de cognición previa, el juzgador expide mandamiento de ejecución sin más trámite y el deudor puede oponerse a este mandamiento por las causas que señala la ley, que se refieren a la extinción de la obligación.

2.2. De los procedimientos de ejecución

“El proceso de ejecución es un medio autónomo para la realización del derecho” Aldo Bacre, ob cit pág. 83.

La eficacia del título ejecutorio permite que en los procedimientos de ejecución el juzgador inicialmente expida mandamiento de ejecución sin necesidad de declarar que existe el derecho, que se encuentra ya reconocido en el título, y sin necesidad de actividad de cognición previa.

Para el trámite de ejecución, el COGEP distingue la naturaleza del título y la naturaleza de la obligación que contiene, así:

2.2.1. Por la naturaleza del título:

1.- Para el caso de los títulos de ejecución autónomos, porque no se originan en un pronunciamiento jurisdiccional en un proceso (como es el laudo arbitral, acta de mediación, contrato prendario y de reserva de dominio, actas transaccionales) se deberá presentar una solicitud que, además de los requisitos de la demanda, contenga la identificación del título de ejecución que sirve de habilitante para presentar la solicitud. Art. 370 COGEP.

2.- Para el caso de ejecución de sentencia o auto ejecutoriado, no se requiere solicitud, por tratarse de un procedimiento de ejecución

subsecuente, y el juzgador directamente designará perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto.

2.2.2. Por la naturaleza de la obligación que contiene el título y de acuerdo a la pretensión reclamada.

El COGEP regula el trámite de ejecución de acuerdo a la pretensión reclamada de la siguiente manera:

2.2.2.1. Obligaciones de dar especie o cuerpo cierto.

En las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto se debe entregar un bien en particular, una cosa específica, determinada.

En este caso el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que el deudor lo entregare en el término de cinco días, si es necesario con intervención de un agente de Policía.

Si la especie o cuerpo cierto no puede ser entregado al acreedor por imposibilidad legal o material, el juzgador, a pedido del acreedor, ordenará que el deudor consigne el valor del mismo a precio de reposición, a la fecha en que se dicte esta orden.

Si la cosa se encuentra en depósito judicial, el juzgador ordenará que el depositario la entregue a la parte acreedora. Art. 366 COGEP

2.2.2.2. Obligaciones de dar dinero o bienes de género

En las obligaciones de dar dinero o bienes de género se debe indeterminadamente un individuo o cosa de una clase o género determinado (veinte cabezas de ganado vacuno, diez quintales de café, cincuenta mil dólares).

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 367 COGEP, el juzgador al ejecutar la obligación de dar dinero que conste en cualquiera de los títulos de ejecución, debe en primer lugar designar un perito

para que realice la liquidación de capital, intereses y costas con los comprobantes de respaldo que presente previamente el actor dentro de cinco días, conforme establece el Art. 371; una vez recibida la liquidación por el juzgador, debe dictar el mandamiento de ejecución, y entre los requisitos de este mandamiento, que establece el Art. 372 COGEP, están: la identificación precisa de la o del ejecutado que debe cumplir la obligación; la determinación de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidación, de ser el caso; la orden a la o al ejecutado de pagar o cumplir con la obligación en el término de cinco días, bajo prevención que de no hacerlo, se procederá a la ejecución forzosa. Esta orden no se podría cumplir si no hubiera una cantidad determinada de mandar a pagar, la cual debe constar en el informe pericial de liquidación de capital, intereses y costas. Si se aprehende dinero de propiedad del deudor, el juzgador ordenará que sean transferidos o depositados en la cuenta de la judicatura respectiva e inmediatamente dispondrá el pago al acreedor. Cuando se trate de deuda de género determinado, el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que el demandado consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, bajo prevenciones de embargo de bienes suficientes.

En el caso de ejecución propuesta por el pago de pensiones periódicas, por el cumplimiento de obligaciones que debían satisfacerse en dos o más plazos, podrá comprender las pensiones y obligaciones que se hubiesen vencido en los períodos o plazos subsiguientes, aun cuando el juicio se hubiere contraído a plazo de una sola pensión, o a la que debió darse o hacerse en uno de los plazos.

De manera general y en resumen, los procedimientos de ejecución tienen el siguiente trámite:

- 1.- El juzgador califica la solicitud de ejecución;

- 2.- El juzgador designa perito para la liquidación de capital, intereses y costas;
- 3.- Se dicta el mandamiento de ejecución (de entrega del bien o pago de dinero) para que el ejecutado lo cumpla en el término decinco días de notificado en persona o por tres boletas, conforme a las reglas establecidas por el COGEP;
- 4.- Si el mandamiento de ejecución no es cumplido se lo publica en la página Web de la Función Judicial, se ordena el embargo y el avalúo del bien para el remate;
- 5.- Se pone en conocimiento el informe pericial de avalúo y se convoca a audiencia de ejecución.
- 6.- Se fija fecha y hora para la realización del remate electrónico.

2.2.2.3. Obligación de hacer

En el caso de la obligación de hacer, si es posible su cumplimiento y pide el acreedor, el juzgador señalará el término dentro del cual el deudor deberá hacerlo, bajo prevención de que de no acatar la orden, la obligación se cumplirá a través de un tercero designado por el acreedor a costa del ejecutado. Si no se obtiene la realización del hecho, en audiencia se determinará el monto de indemnización que el deudor debe pagar y dispondrá el procedimiento para la ejecución de una obligación de dar dinero. Art. 368 COGEP.

2.2.2.4. Obligación de no hacer

En el caso de incumplimiento de obligaciones de no hacer, es decir cuando ya se ha efectuado el hecho, caben dos posibilidades: 1) que se pueda deshacer lo hecho; 2) que no sea posible deshacer lo hecho.

En el primer caso, el juzgador ordenará la reposición al estado anterior y que el deudor deshaga lo hecho en el término que

se le conceda, bajo prevención que, de no hacerlo, se autorizará al acreedor para que deshaga lo hecho a expensas del deudor y señalará la suma de dinero que el deudor deberá pagar por tal concepto; asimismo ordenará el pago de los valores correspondientes a la indemnización de daños y perjuicios a que haya sido condenado.

En el segundo caso, si no es posible deshacer lo hecho, en audiencia se ordenará que el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización.

2.2.3. Ejecución del contrato de venta con reserva de dominio y de los contratos prendarios

De conformidad con lo dispuesto para la venta con reserva de dominio en el Código de Comercio, el vendedor tiene derecho a las siguientes acciones:

- 1.- De aprehensión y restitución del bien vendido con reserva de dominio, a favor del vendedor. Arts. 362 y 365 C. de Com.
- 2.- Acción de remate de los bienes vendidos con reserva de dominio. Art. 361 C de Com. Es facultativo del vendedor escoger entre la acción de aprehensión y restitución del bien y la acción de remate.

En lo referente a los contratos prendarios, el Código de Comercio del Ecuador establece dos clases de prenda:

- 1.- Prenda comercial ordinaria, que consiste en la entrega de una cosa mueble al acreedor, para la seguridad de su crédito.
- 2.- Prenda agrícola e industrial que consiste en la entrega al acreedor de uno o más de los bienes determinados en la ley, para la seguridad de su crédito; bienes que no dejan de permanecer en poder del deudor.

De conformidad con lo dispuesto por el Código de Comercio en el Art. 632, vencido el plazo de la obligación prendaria, el acreedor

podrá ejercer la acción de ejecución conforme el procedimiento establecido por el Código Orgánico General de Procesos, en lo relativo a los títulos de ejecución.

Conforme con lo expresado, si el acreedor en un contrato de compraventa con reserva de dominio solicita la aprehensión y entrega del bien, el juzgador lo ordenará de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 366 COGEP para la ejecución de las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto; esto es: *el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el deudor lo entregue en el término de cinco días. Salvo oposición fundamentada del tercero, la o el juzgador ordenará que la entrega se haga con la intervención de un agente de la Policía Nacional, pudiendo inclusive descerrajar el local donde se encuentre.*

En cambio, si el acreedor pide el embargo y remate de la cosa vendida con reserva de dominio, para percibir en dinero el pago de la obligación, se aplicará lo dispuesto por los artículos 367 y 371 del COGEP, conforme se analizó en el numeral 2.2.2.2 de este capítulo. Igual procedimiento se aplicará en la ejecución de los contratos prendarios.

TERCERA PARTE

DE LAS GARANTÍAS

Capítulo 1. ASPECTOS GENERALES SOBRE GARANTÍAS

1.1. El Derecho de Prenda General.

De conformidad con lo estipulado en el Art. 2367 del C. Civil: Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634.

Esta disposición establece el derecho de prenda general, según la que el acreedor tiene derecho de hacer efectiva la obligación en los bienes raíces o muebles del deudor.

Por el derecho a prenda general se obliga el patrimonio y no un bien o bienes determinados; y, el patrimonio es una universalidad, es el conjunto de bienes y derechos susceptibles de valuación pecuniaria.

El derecho de prenda general que tiene el acreedor no es suficiente garantía, puesto que el deudor queda en libertad de

disponer sus bienes, contraer nuevas obligaciones, puede caer en insolvencia.

Si bien la ley otorga al acreedor medidas de defensa, como las medidas precautorias (prohibición de enajenar, retención, secuestro), la acción pauliana; estas no son suficientes como para garantizar el cobro del crédito con preferencia. Por eso son necesarias las garantías específicas.

1.2. Garantia y Caucion

Garantía es un término genérico que significa medio o medida que permite al acreedor asegurar en cierta medida el cobro del crédito. La caución es una especie de garantía; por lo tanto no toda garantía constituye una caución. Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca. Art. 31 C. Civil. Una garantía, pero no una caución.-Ejemplos:

- El usufructuario podrá retener la cosa dada en usufructo hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, está obligado el propietario. Art. 814 C. Civil
- Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción: Art. 958 C. Civil.
- 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. Art. 2.066 C. Civil.

1.3. Clases de Garantías

De acuerdo a los bienes y patrimonios que afecten las garantías y a las obligaciones propias o ajena que garanticen, las garantías pueden ser: 1) personales; y, 2) reales.

1.3.1. Garantías Personales

Son aquéllas que aseguran una obligación ajena, sin afectar o gravar bienes determinados, pero que establece en favor del acreedor un derecho de prenda general sobre bienes de otras personas a más de la del deudor principal.

Son garantías personales: la fianza, la solidaridad pasiva, la cláusula penal.

1.3.2. Garantías Reales

Son aquéllas que afectan un bien determinado, mueble o inmueble, al cumplimiento de una obligación.

Son garantías reales: la prenda, la hipoteca.

Capítulo 2. DE LA FIANZA

2.1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.

2.1.1. Concepto.

La fianza se encuentra regulada por el Título XXXIV del Código Civil (Arts. 2.238 al 2.285)

El Código Civil en el Art. 2238 define a la fianza así: 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 parte, si el deudor principal no la cumple. Art. 2.238 CC.

La fianza no afecta o grava un bien determinado al cumplimiento de la obligación; otorga sí un derecho de prenda general sobre los bienes del fiador; por ello también la fianza es una garantía personal.

Por lo expuesto, también en el caso de una obligación garantizada por un fiador, el acreedor tiene derecho de perseguir la obligación en los bienes del deudor y en los bienes del fiador.

La fianza es una garantía personal, en la práctica generalmente gratuita, aunque: El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta: Art. 2244 CC.

2.1.2. Elementos y requisitos del contrato de fianza:

1.- **Personal.**- En el contrato de fianza intervienen tres elementos personales: a) el acreedor; b) el deudor; c) el fiador, que es la persona que se compromete para con el acreedor a pagar la obligación del deudor principal. La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador. Art. 2238, inc. 2o. CC.

2.- **Real.**- El referente a la obligación objeto de la garantía.

3.- **Formal.**- El contrato de fianza debe celebrarse por escrito.

Como en todo contrato, el de fianza debe cumplir los requisitos de validez: 1) de fondo: capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita; y, 2) de forma.

Además, podemos destacar como requisitos especiales del contrato de fianza:

1. Por el contrato de fianza, el fiador se obliga a pagar una obligación de dinero. Por ello el inciso final del Art. 2245 C. Civil establece: La obligación de pagar una cosa que no sea dinero, en lugar de otra cosa o de una cantidad de dinero, **no constituye fianza**.
2. La fianza accede a una obligación principal; se requiere entonces que exista una obligación principal.
3. La fianza se otorga para responder por una obligación ajena.

2.1.3. Naturaleza.

Podemos destacar las siguientes características del contrato de fianza:

1.- La fianza es siempre un contrato.

La fianza puede ser convencional, legal o judicial.

La primera se constituye por contrato, la segunda se ordena por la Ley, la tercera por decisión del juez.

La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Orgánico General de Procesos disponga otra cosa. Art. 2239 CC.

El contrato se celebra entre fiador y acreedor. La fianza convencional, la legal y la judicial deben constituirse como contrato.

2.- Es un contrato de carácter consensual.

El contrato de fianza se perfecciona por el sólo consentimiento; es un contrato consensual (Art. 1459 C. Civil). Sin embargo, la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso, establece el Art. 2249 C. Civil; el consentimiento del fiador debe manifestarse en forma expresa.

3.- La fianza es un contrato unilateral.

Por cuanto únicamente el fiador se obliga para con el acreedor a pagar la obligación principal si el deudor no lo hace; y, el acreedor generalmente no contrae obligación alguna. Art. 1455 C. Civil.

4.- La fianza es generalmente un contrato gratuito.

El contrato de fianza, que se celebra entre acreedor y fiador, es generalmente gratuito. En cambio, sí puede otorgarse un contrato entre fiador y deudor y estipular una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta el fiador. Art. 2244 C. Civil. Pero este contrato entre fiador y deudor en el que se pacta una remuneración no es un contrato de fianza.

El fiador se obliga a prestar la fianza y el deudor a pagar una cantidad de dinero por esta fianza. El deudor en realidad puede ser un extraño al contrato de fianza; y, tan es así que según lo dispuesto en el Art. 2247 C. Civil: Se puede afianzar sin orden y aún sin noticia y contra la voluntad del principal deudor.

5.- La fianza es un contrato accesorio

La fianza es un contrato accesorio por cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella.

Cuáles son los efectos jurídicos del carácter accesorio de la fianza:

- a)** La fianza no puede subsistir sin la obligación principal;
- b)** Extinguida la obligación principal se extingue la fianza;
- c)** El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada. Art. 2256 C. Civil.
- d)** El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, ni en términos más gravosos que éste. Arts. 2245 y 2246 C. Civil.

6.- La fianza es un contrato patrimonial.

La fianza constituye un contrato patrimonial; y, por ello, el Art. 2254 C. Civil establece que: Los derechos y obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos. Si fallece el fiador, sus herederos siguen respondiendo como fiadores; la fianza se transmite a los herederos.

2.2. Clases de Fianza

La fianza puede ser clasificada desde diversos puntos de vista:

2.2.1. Por la fuente de procedencia y según lo dispuesto en el Art. 2.239 C. Civil la fianza puede ser: convencional, legal o judicial.

2.2.1.1. La fianza convencional se constituye por contrato. Nace de la voluntad del fiador y del acreedor (de las partes).

2.2.1.2. La fianza legal se ordena por la Ley. Así por ejemplo: el Art. 399 del C. Civil ordena que: Para discernir la tutela o curaduría será necesario que preceda el otorgamiento de la fianza o caución a que el tutor o curador esté obligado.

Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo. Art. 398, inc. 2o., C. Civil.

Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Art. 367 C. Civil.

2.2.1.3. La fianza judicial se constituye por decisión del juez. Al respecto el Art. 543 del COIP establece que: La caución se dispondrá para garantizar la presencia de la persona procesada y suspenderá los efectos de la prisión preventiva.

La caución podrá consistir en dinero, póliza, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera. La persona procesada podrá rendir caución con su dinero o bienes o con los de un garante.

En la fianza ordenada por el juez el fiador no goza del beneficio de excusión. Art. 2.260, no.4 C. Civil.

2.2.2. De acuerdo a si se concede o no los beneficios de división y de orden o excusión, la fianza se divide en: 1) simple; y, 2) solidaria.

2.2.2.1. Fianza simple es aquella en la que el fiador se compromete para con el acreedor subsidiariamente a cumplir la obligación ajena, si el deudor principal no la cumple; es decir en este caso el fiador puede oponer los beneficios de división y el de orden o excusión.

2.2.2.2. La fianza solidaria implica que el acreedor puede demandar únicamente al fiador solidario o puede demandar al deudor principal y fiador solidario, en ambos casos por la TOTALIDAD de la obligación, sin que se pueda oponer al acreedor los beneficios de división ni el de orden o excusión.

Es decir que si se ha estipulado fianza solidaria significa renuncia a los beneficios de división y el de orden o excusión.

La fianza solidaria puede serlo con respecto al deudor o con respecto a los demás fiadores, si hay dos o más.

La fianza solidaria con respecto a los demás fiadores no permite oponer el beneficio de división.

Si la fianza es solidaria con respecto a los deudores, el fiador demandado no puede oponer al acreedor el beneficio de excusión.

Si la solidaridad de la fianza se ha otorgado con respecto al deudor principal y con los otros fiadores, el fiador solidario no goza de los beneficios de orden o excusión ni del de división.

No debe confundirse al codeudor solidario con el fiador solidario. El codeudor solidario puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal; en cambio las obligaciones del fiador solidario no pueden ser más gravosas que las del deudor.

El fiador puede también obligarse como codeudor solidario. En este caso se rige por las reglas de la solidaridad y tiene el carácter de fiador en las relaciones internas con los otros codeudores. Arturo Alessandri R., ob. cit., pág. 700.

2.2.3. Según la naturaleza de la obligación a la que acceda.

La fianza es civil si accede a una obligación civil; y, mercantil si accede a una obligación mercantil.

De la fianza mercantil.- El Código de Comercio en el Art. 663 establece que: La fianza es mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante, si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil.

El fiador mercantil responde solidariamente, como el deudor principal (Art. 666 C. de Com.), y en esto se diferencia con la civil, en la que para que exista solidaridad debe estipularse expresamente. Es decir que el fiador mercantil responde solidariamente por disposición de la ley; y, por consiguiente, puede ser demandado por la totalidad de la obligación, sin que pueda invocar los beneficios de excusión ni el de división.

2.2.4. De acuerdo a la forma de comprometer los bienes, la fianza puede ser: 1. simple; 2. prendaria; 3. hipotecaria.

2.2.4.1. La fianza simple da al acreedor el derecho de prenda general sobre los bienes y patrimonio del deudor y sobre los bienes del fiador.

2.2.4.2. La fianza es prendaria cuando a más de constituir la fianza el fiador constituye prenda para garantizar el cumplimiento de la obligación.

2.2.4.3. La fianza es hipotecaria cuando a más de constituir la fianza el fiador constituye hipoteca para garantizar el cumplimiento de la obligación.

Tanto en el caso de la fianza prendaria como en la hipotecaria el acreedor tiene contra el fiador dos acciones: 1) la personal que proviene de la fianza; y, 2) la real, a que da derecho la prenda o la hipoteca.

2.2.5. Según el tipo de responsabilidad que asuma el fiador.

La fianza puede ser limitada o ilimitada. Al respecto, el inciso final del Art. 2.269 del C. Civil establece: El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una cantidad o cuota determinada, no será responsable sino por dicha cantidad o cuota. Es decir que la fianza es limitada cuando la responsabilidad del fiador se limita a una cantidad o cuota determinada.

La fianza es ilimitada o abierta, cuando garantiza cualquier obligación que haya adquirido el deudor o que adquiera en el futuro. No se establece el monto de las obligaciones que garantiza.

En todo caso de fianza limitada o ilimitada, debe tenerse presente que según lo dispuesto en el Art. 2249 del C. Civil: 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.....

2.3. Obligación de Constituir Fianza.

El deudor en principio tiene libertad para constituir o no una fianza; pero el Art. 2250 del C. Civil establece los siguientes casos en los que el deudor está obligado a constituir 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.

2.4. Efectos de la Fianza

Los efectos de la fianza se dan en tres direcciones: 1) entre acreedor y fiador; 2) entre fiador y deudor; y, 3) entre cofiadores.

2.4.1. Efectos de la fianza entre el acreedor y fiador.-

Son efectos de la fianza entre el acreedor y fiador:

2.4.1.1. Cuándo puede pagar el fiador.

El fiador podrá hacer el pago de la deuda, aún antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal: Art. 2255 CC. Esto implica que el fiador renuncia al plazo. Debemos tener presente que en este caso en que el fiador pagó antes de expirar el plazo de la obligación principal, no podrá reconvenir al deudor sino después de expirado el plazo, según lo dispone el Art. 2275 del C. Civil.

2.4.1.2. Excepciones que puede oponer el fiador.

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.-Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal. Art. 2256 CC.

2.4.1.3. Procedimiento ejecutivo.

Para que el acreedor pueda dirigirse contra el deudor principal y contra el fiador por medio de procedimiento ejecutivo se requiere que tanto la obligación principal como la obligación del fiador consten de un título ejecutivo y que estas obligaciones igualmente sean ejecutivas. Si, por ejemplo, la obligación del fiador se contiene en un simple documento privado, sin reconocimiento judicial, no podría demandarse al fiador en juicio ejecutivo, aunque la obligación principal sea ejecutiva y conste de título ejecutivo.

2.4.1.4. Excepciones que puede oponer el fiador demandado.-

Solidaridad.- El fiador en lo civil puede invocar los beneficios de excusión y el de división, por cuanto la fianza civil no es solidaria, salvo que expresamente se haya estipulado que el fiador se obliga solidariamente. El beneficio de excusión consiste en que el fiador reconvenido 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. Art. 2259 CC. Se puede estipular que el fiador se obliga solidariamente.

Por disposición del Art. 2260 del Código Civil: Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:

- a) Que no se haya renunciado expresamente;

- b)* Que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario;
- c)* Que la obligación principal produzca acción;
- d)* Que la fianza no haya sido ordenada por el juez;
- e)* 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,
- f)* Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

2.4.1.5. Bienes que no se toman en cuenta para la excusión.

El Art. 2261 del C. Civil señala qué bienes no se toman en cuenta para la excusión; es decir, establece qué bienes del deudor no pueden ser señalados por el fiador para que el acreedor los embargue y remate y con su producto cobre la obligación. Estos son:

- a)* Los bienes existentes fuera del territorio del Estado;
- b)* Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudosos o difícil cobro;
- c)* Los bienes cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria;
- d)* Los hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas; y,
- e)* Los inembargables.

2.4.1.6. Varios deudores principales obligados solidarios y uno solo ha dado fianza.

a) Beneficio de excusión.

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. Art. 2264 del C. Civil. En este caso el fiador tiene derecho a que se persiga la obligación principal primeramente en los bienes de todos los deudores solidarios y no únicamente en los bienes del deudor que él ha afianzado.

1. Efectos del beneficio de excusión.-

La excusión genera los siguientes efectos:

- a)** Cesa la persecución del acreedor al fiador;
- b)** En caso de que con los bienes del deudor se produjere pago parcial, subsiste la acción del acreedor en contra del fiador por el saldo;
- c)** Si los bienes del deudor pagan el total de la deuda, se extingue la obligación principal y la fianza con ella.

b) Beneficio de división.-

El beneficio de división a que tienen derecho los fiadores está contemplado en el Art. 2269 del C. Civil: Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales; y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa. En este caso el acreedor sólo podrá exigir a cada fiador la cuota que le corresponda.

1. Requisitos del beneficio de división.

El fiador puede oponer el beneficio de división al acreedor cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que existan dos o más fiadores;
- b) Que los fiadores lo sean de una misma deuda;
- c) Que los fiadores no se hayan obligado solidariamente al pago;
- d) Que todos los fiadores sean de un mismo deudor, aunque se hayan rendido separadamente las fianzas. Art. 2270 C. Civil.

La obligación de los fiadores no solidarios es conjunta. Los fiadores no solidarios son deudores subsidiarios conjuntos; y, por ello puede oponer el beneficio de división.

c) División de la deuda.

Como consecuencia del beneficio de división, entre los fiadores no solidarios la deuda se divide por partes iguales. Sin embargo, existen dos excepciones: 1) cuando uno de los fiadores cae en insolvencia, grava a los otros, salvo que tenga subfiador. Art. 2269 C. Civil.; 2) cuando un fiador “inequívocamente” ha limitado su responsabilidad a una cantidad o cuota determinada, no será responsable sino por dicha cantidad o cuota. Art. 2269, inc. último, C. Civil. Por ejemplo, si ha limitado su responsabilidad a cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América sólo puede exigírselle hasta esa suma.

2.4.2. De los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor.

Es importante distinguir los efectos antes del pago y con posterioridad al pago que haya hecho el fiador.

2.4.3. Antes de que el fiador haya hecho el pago tiene los siguientes derechos:

a) **Relevo de la fianza.**- El Código Civil en el Art.2271 establece que: El fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo o le cautive las resultas de la fianza, o consigne medios de pago, en los casos siguientes:

1.- Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes;

2.- Cuando el deudor principal se obligó a obtenerle el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y se ha vencido este plazo;

3.- Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal, en todo o parte;

4.- 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 la 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;

5.- Si hay temor fundado de que el deudor principal fugue, no dejando bienes raíces suficientes para el pago de la deuda; y,

6.- 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.

En resumen, el fiador tiene tres derechos: relevo de fianza, caucionamiento de sus resultados y consignación de medios de pago.

El contrato de fianza se celebra entre el acreedor y el fiador; por ello para el relevo de la fianza se requiere contar con el consentimiento del acreedor.

2.4.3.1. Efectos después de que el fiador ha hecho el pago.

a) **Reembolso.**- El Código Civil en el Art. 2272 establece que: El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del 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.

b) **Mandante.**- 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 compete contra el principal deudor: Art. 2273 CC.

c) **Varios deudores principales y solidarios.**- Por disposición del Art. 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 Art. 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.

d) **Pago anticipado.**- El fiador que pagó antes de expirar el plazo de la obligación principal, no podrá reconvenir al deudor sino después de expirado el plazo: Art. 2275 CC.

e) **Condonación de la deuda.**- El fiador a quien el acreedor ha condonado la deuda en todo o parte, no podrá repetir

contra el deudor por la cantidad condonada, a menos que el acreedor le haya cedido su acción: Art. 2276 CC.

f) Pago por el deudor sin aviso.- 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. 2278 C.C.

g) Pago por el fiador sin aviso.- Si el fiador pagó sin haberlo avisado al deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones de que el mismo deudor hubiera 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: Art. 2279 CC.

2.4.4. De los efectos de la fianza entre los cofiadores.

Son efectos de la fianza entre los cofiadores:

2.4.4.1. Subrogación.- El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde es subrogado, por el exceso, en los derechos del acreedor contra los cofiadores. Art. 2280 CC.

2.4.4.2. Excepciones personales.- Los cofiadores no podrán oponer al que ha pagado, las excepciones puramente personales del deudor principal.

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 CC.

2.4.4.3. Subfiador.- El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores. Art. 2282 CC.

2.5. Que clase de obligaciones pueden afianzarse y bajo que forma

Pueden afianzarse las obligaciones: 1. pura y simple; 2. la condicional y a plazo; 3. una obligación futura; y, en este caso, podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista; quedando, con todo, responsable para con el acreedor y para con los terceros de buena fe, como el mandante en el caso del Art. 2076: Art. 2242 CC.; 4. La fianza puede otorgarse hasta o desde día cierto, o bajo condición suspensiva o resolutoria. Art. 2243 CC.

2.6. Alcance de la Fianza

Al respecto podemos anotar las siguientes reglas:

2.6.1. Limitación de la obligación.- El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos. Art. 2245 C Civil.

2.6.2. Pago de dinero.- El fiador puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor.

2.6.3. Afianzamiento de un hecho.- Afianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que, por su inejecución, se resuelva el hecho.

2.6.4. Pago de una cosa en lugar de otra o de dinero.- La obligación de pagar una cosa que no sea dinero, en lugar de otra cosa o de una cantidad de dinero, no constituye fianza.
Art. 2245 CC.

2.6.5. Obligación más o menos gravosa que la del deudor principal.- 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 del pago **o a la pena**

impuesta por la inejecución del contrato a que acceda la fianza, pero puede obligarse en términos menos gravosos.

2.6.6. Obligación más eficaz.- El fiador Podrá, sin embargo, obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca (fianza hipotecaria), aunque la obligación principal no la tenga.

2.6.7. Qué comprende la fianza.- 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 el primer requerimiento y la intimación antedicha: Art. 2249 CC.

2.7. De la Extinción de la Fianza

La fianza se extingue en todo o en parte:

2.7.1. Por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales, esto es por: convención de las partes interesadas (resiliación), la solución o pago efectivo, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe, declaración de nulidad o rescisión, por el evento de la condición resolutoria, por prescripción.

2.7.2. Por el relevo de la fianza concedido por el acreedor al fiador.

2.7.3. En cuanto el acreedor, por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse.

2.7.4. Por la extinción de la obligación principal.- Art. 2283 CC.

2.7.5. Por la dación en pago de un objeto distinto del que el deudor estaba obligado a dar; en este caso queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto. Art. 2284 CC.

2.7.6. Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador; pero en este segundo caso, la obligación del subfiador subsistirá. Art. 2285 CC.

Minuta de fianza solidaria.

SEÑOR NOTARIO:

En el registro de escrituras públicas a su cargo, sírvase incorporar una que contenga la fianza solidaria de conformidad con las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Comparecientes.- Comparecen a la celebración del presente contrato, por una parte el señor NN, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco....., parte que en adelante se llamará simplemente “EL BANCO ACREDOR”; y, por otra, los señores Juan Valdivieso, Bernardo Ochoa y Eduardo Villavicencio, de estado civil casados, por sus propios derechos, quienes en adelante se llamarán “LOS FIADORES”, capaces para contratar y obligarse.

SEGUNDA.- Antecedentes.- 1).- LOS FIADORES declaran que desean utilizar cualquiera de los servicios de crédito del Banco, directa o indirectamente, incluyendo avales o fianzas concedidas por el banco Acreedor, para sus actividades económicas. El Banco acreedor, por interpuesta persona de su representante, acepta esta pretensión de “LOS FIADORES”, siempre y cuando reúnan y cumplan los requisitos y exigencias pertinentes en cada

caso, hasta por los montos que sus reglamentos permitan. 2).- LOS FIADORES han convenido obligarse como codeudores solidarios por la obligación que cada uno de los ellos o de los demás fiadores contraigan para con el Banco, como deudores directos o indirectos, según la especificación del crédito que consta del anexo que se agrega a este contrato.

TERCERA.- Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que los fiadores, individual o conjuntamente, han contraído para con el Banco, como obligados principales o garantes, y que se especifican en el anexo que se agrega como parte de este contrato, LOS FIADORES se obligan personal y solidariamente, con todos sus bienes, tanto presentes como futuros, propios o gananciales, y bienes de las respectivas sociedades conyugales, de cualquier naturaleza que éstos fueren; y, asimismo cada uno de los fiadores nombrados en la cláusula primera se constituyen en fiadores, en calidad de codeudores solidarios, de cada uno de los demás fiadores nombrados en la cláusula antes indicada.

CUARTA.- Los fiadores renuncian expresamente los beneficios de orden y excusión.

QUINTA.- Vencimiento y exigibilidad de las obligaciones: El Banco acreedor tiene derecho y podrá exigir la inmediata cancelación de las obligaciones de "LOS FIADORES" para con el Banco, aún antes del vencimiento, declarándolas de plazo vencido, unilateralmente y sin previo aviso, y demandar en el trámite que elija el cumplimiento de todas las obligaciones principales y las garantías en los siguientes casos: a).- De incumplimiento de "LOS FIADORES", cualquiera de ellos, en el pago de uno o más de los dividendos o de las obligaciones que mantengan con el Banco Acreedor, de los intereses causados y/o capital, establecidos en la tabla de vencimientos adjunta como documento habilitante en cada caso; b).- Si los FIADORES cualquiera de ellos se colocaren en estado de quiebra o insolvencia y haya lugar a concurso de

acreedores; c).- Si la parte deudora incurriere en mora en el pago de cualesquiera de sus obligaciones; d).- Si el Banco procediere al cierre de la cuenta corriente de la parte deudora por girar tres o más cheques sin provisión de fondos; e).- Si la parte deudora fuere demandada por cualquier otro acreedor que obtuviere secuestro, embargo o prohibición de enajenar sobre todo o en parte de sus bienes; f).- Si la parte deudora se constituye deudora o garante de entidades que tengan jurisdicción coactiva sin el consentimiento escrito del Banco; y, g).- En todos los demás casos contemplados en este contrato, en las Leyes y Reglamentos pertinentes.

SEXTA.- Domicilio.- Para todo asunto judicial o extrajudicial que derivare de las obligaciones garantizadas por la presente fianza, los fiadores fijan como domicilio la ciudad de Loja y se sujetan a los jueces competentes de esta ciudad, para lo que renuncian fuero y domicilio.

SEPTIMA.- Aceptación.- Las partes manifiestan que de manera expresa aceptan todas las estipulaciones y contenido del presente contrato de fianza solidaria.

Ud. Señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo que aseguren la plena validez de esta escritura.

Atentamente.

f) Abogado.-Matrícula 280-Loja.

Minuta de contrato de fianza hipotecaria.

SEÑOR NOTARIO:

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo, sírvase incorporar el contrato de Fianza Hipotecaria Abierta que se contiene en las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Intervinientes.- Intervienen en este contrato el señor..... en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía DISVENSUR S.A., a la que en adelante se llamará “La Compañía”, por una parte; y, otra, los esposos NN y NN, por sus propios derechos, a quienes en lo sucesivo se los llamará “Los fiadores hipotecarios”.-Comparece también el señor Hugo Pérez Sánchez con el fin que más adelante se especifica.

SEGUNDA.-Antecedentes.- Uno: El señor Hugo Pérez Sánchez ha sido designado administrador de la Agencia de DISVENSUR en el Cantón Yanzatza, Provincia de Zamora Chinchipe; y, como tal va a manejar dinero y bienes de la compañía, por lo que debe rendir la caución pertinente.- Dos: Los esposos NN y NN se obligan a rendir Fianza Hipotecaria Abierta sobre el inmueble de su propiedad, ubicado en la avenida Eugenio Espejo, perteneciente a la parroquia Sucre del Cantón y Provincia de Loja, para que el señor Hugo Pérez Sánchez desempeñe el cargo a que se refiere el numeral anterior.

TERCERA.-Fianza hipotecaria abierta y solidaridad personal.- Con los antecedentes expuestos, para garantizar el desempeño de las funciones de administrador de la Agencia de DISVENSUR S.A. en el Cantón Yanzatza, Provincia de Zamora Chinchipe, por parte del señor Hugo Pérez Sánchez, así como para garantizar todas y cada una de las obligaciones vencidas o de plazo pendiente, pasadas, presentes y futuras que el señor Hugo Pérez Sánchez, individual o colectivamente, haya contraído, contraiga o contrajere para con DISVENSUR S.A., como obligado principal o como garante, como las que se generen por negligencia, descuido, culpa o dolo en el manejo de bienes y dinero de la compañía por parte del administrador de la Agencia, o por disposición arbitraria

o peculado o por cualquier concepto, así como por las obligaciones contenidas en letras de cambio, pagarés o títulos valor que el prenombrado señor Hugo Pérez Sánchez, acepte o suscriba, como deudor principal o garante, en favor de DISVENSUR S.A., y por cualquier otra obligación que DISVENSUR S.A. califique como tal o que se registre en la contabilidad de esta Empresa a cargo del señor Hugo Pérez Sánchez, por cualquier concepto, incluyendo las que provengan de intereses, multas, comisiones, gastos judiciales y extrajudiciales o por cualquier otra obligación que el antes nombrado administrador contrajere para con DISVENSUR S.A., los esposos NN y NN se obligan personal y solidariamente, con todos sus bienes, tanto presentes como futuros, patrimoniales o gananciales y de la sociedad conyugal, de cualquier naturaleza que estos fueren; y, declaran que constituye primera, especial, preferente e indivisible hipoteca abierta en favor de DISVENSUR S.A. sobre el inmueble de su propiedad, ubicado en la avenida Eugenio Espejo, perteneciente a la parroquia Sucre del Canón y Provincia de Loja, adquirido por compra a los esposos Jorge Azuero y Viviana Pérez, según escritura otorgada el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis en la Notaría Quinta del Cantón Loja, e inscrita el siete de enero de mil novecientos noventa y siete, bajo el número cincuenta y cuatro del Registro de la Propiedad; y que tiene los siguientes linderos: "Por el Norte, con Irma Araujo, en la extensión de sesenta y cinco metros cincuenta centímetros; por el Sur, con Juan Trujillo, en la extensión de sesenta y cuatro metros treinta centímetros; por el Este, con la avenida Eugenio Espejo, en la extensión de diez metros setenta centímetros; y, por el Oeste, con Pedro Maza, en la extensión de diez metros.- El terreno tiene una cabida de seiscientos setenta metros cuadrados.- La Presente hipoteca incluye los aumentos y mejoras que reciba en adelante el bien raíz y las construcciones actuales y las que se levantaren hasta la total cancelación o extinción de las obligaciones que aquí se garantizan. Los fiadores hipotecarios declaran que, a

parte del gravamen que por este acto se constituye, el inmueble no reconoce ni tiene otros gravámenes, ni tiene limitaciones de dominio, ni está embargado, ni tiene prohibición de enajenar, ni está sujeto a condición de ser restituido, ni a acciones posesorias, resolutorias, rescisorias, reivindicatorias, de petición de herencia, de demarcación, ni forma parte de patrimonio familiar alguno.-Esta hipoteca garantiza también las obligaciones que como deudores principales y/o como garantías contrajeron los esposos Juan Pérez y Diana Sánchez para con DISVENSUR S.A.-

CUARTA.- Vencimiento y exigibilidad de las obligaciones y mejora de la hipoteca.- DISVENSUR S.A. tiene derecho a exigir que se mejore la hipoteca y exigir la inmediata cancelación de las obligaciones que ampara esta hipoteca, aún antes del vencimiento, declarándolas de plazo vencido y demandar ejecutivamente o en el trámite que prefiera, el cumplimiento de todas las obligaciones principales y garantías que ampare este contrato en los siguientes casos: a) incumplimiento de las obligaciones amparadas por esta hipoteca; b) si en cualquier momento se embargare el inmueble hipotecado, en todo o en parte o recayere sobre el mismo anticresis judicial, secuestro, prohibición de enajenar en todo o en parte, o se propusiere contra los propietarios acción reivindicatoria, resolutoria, rescitorio u otra forma que afecte el dominio sobre dicho bien raíz; c) si los propietarios enajenaren el inmueble gravado en el presente instrumento, en todo o en parte, sin previo consentimiento de DISVENSUR S.A.; d) si el inmueble dado en hipoteca fuere declarado de utilidad pública para proceder a su expropiación o fuere afectado por resolución de Autoridad competente; e) si se dictare auto coactivo contra los propietarios del inmueble; f) si los propietarios del inmueble gravado, individual o colectivamente, se constituyeren en fiadores o deudores del fisco, municipalidades, banco de Fomento o entidades que gocen de jurisdicción coactiva y preferente, por obligaciones propias o ajenas; g) si se dejare de pagar cada año los impuestos, tasas y contribuciones relativas al

inmueble dado en hipoteca; h) si los propietarios del inmueble se colocan en estado de quiebra, insolvencia y haya lugar a concurso de acreedores; i) en todos los casos que DISVENSUR S.A. estime que ha desmejorado la hipoteca.-

QUINTA.- Jurisdicción y competencia.- Para el evento de cualquier reclamación judicial que derivare de este contrato y su contenido, las partes se someten a los jueces competentes de la ciudad de Loja y a los que DISVENSUR S.A. elija, en juicio ejecutivo o verbal sumario, a elección de DISVENSUR S.A.; para este efecto, los esposos Juan Pérez y Diana Sánchez renuncian fuero y domicilio.-

SEXTA.- Gastos y tributos.- Los gastos, impuestos, tasas y contribuciones que se occasionaren para la celebración de esta escritura y contrato para su inscripción y cancelación; y, si llegare el caso, los gastos para el cobro judicial o extrajudicial de las obligaciones que ampara este contrato, serán de cargo exclusivo del señor Hugo Pérez Sánchez y señores Juan Pérez y Diana Sánchez.

SEPTIMA.- Prohibición de enajenar.- Los esposos señores NN y NN constituyen en favor de DISVENSUR S.A. prohibición voluntaria de enajenar sobre el predio materia de esta hipoteca, que sólo podrá ser levantada mediante autorización escrita del Gerente General de DISVENSUR S.A..-

OCTAVA.- Cuantía.- La cuantía de este contrato es indeterminada por su naturaleza.-

NOVENA.- Aceptación.- Los comparecientes,...., en su calidad de Gerente General de DISVENSUR S.A., y señores NN y NN, cada uno por su parte, en forma expresa declaran que aceptan y están conformes con el contenido de este contrato en todas y cada una de sus cláusulas, dándose por notificados con esta aceptación y facultándose mutuamente para obtener por sí o por tercera persona la inscripción en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja de la presente hipoteca y prohibición de enajenar.-

DECIMA.- Comparece el señor Hugo Pérez Sánchez y manifiesta que acepta y se somete a todas y cada una de las estipulaciones establecidas y convenidas por las partes de este contrato, y para todo lo que derivare de este contrato y del desempeño de sus funciones de administrador de la Agencia de DISVENSUR S.A. en Yanzatza, renuncia fuero y domicilio.

DECIMA PRIMERA.- **Documentos habilitantes.**- Se agregan como documentos habilitantes: a) el nombramiento del señor ... como Gerente General de DISVENSUR S.A.; y, b) el certificado del señor Registrador de la Propiedad del Cantón Loja.-

Ud. Señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo para la validez de este contrato.-

Atentamente,

F) Abogado.-Matrícula 280-Loja

Capítulo 3. DE LA SOLIDARIDAD PASIVA

3.1. Aspectos Generales

Las obligaciones solidarias son reguladas por el Título IX del Libro Cuarto del Código Civil.

3.1.1. Clasificación de la solidaridad por los sujetos.- Concepto.-

Por los sujetos, la solidaridad puede ser: activa, pasiva, mixta.

3.1.1.1. Obligaciones solidarias activas son aquellas en que hay varios acreedores y un deudor y entre ellos se ha convenido que cada uno puede exigir el total de la deuda.

3.1.1.2. Concepto.- Las obligaciones solidarias pasivas consisten en que habiendo pluralidad de deudores, con única prestación, en virtud de la Ley, del testamento o de la convención, puede exigirse a cada uno el total de la deuda.

3.1.1.3. Las obligaciones solidarias mixtas son aquellas en las que hay varios acreedores y cada uno puede exigir el total de la deuda; y, a la vez, hay varios deudores, pudiendo exigirse a cada uno el total de la deuda.

3.1.2. Elementos esenciales de la solidaridad pasiva.

Del concepto expuesto en líneas anteriores se pueden deducir los siguientes elementos esenciales de la solidaridad pasiva:

3.1.2.1. Pluralidad de sujetos pasivos

No puede existir solidaridad pasiva con un sólo deudor. Para ello se requiere que haya pluralidad de sujetos; es decir, por lo menos dos deudores. Pues la solidaridad pasiva es una garantía; y, por lo tanto, se requiere que a más del deudor principal exista otro u otros obligados.

3.1.2.2. De las cosas que se deben solidariamente y de los modos en que se puede deber solidariamente una cosa. Unidad de prestación.

Cualquiera cosa o hecho puede ser objeto de las obligaciones solidarias.

Uno de los elementos esenciales de la solidaridad es el que la obligación tenga unidad de prestación; es decir que sea única y una

misma la cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos. Art. 1528 C. Civil: La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma...., pues que si las prestaciones fueren varias no hay solidaridad sino varias obligaciones distintas; es decir, si por ejemplo dos personas se obligan para con otra por diferentes cosas, serán dos obligaciones y no una sola solidaria.

Siguiendo a Pothier (ob. cit. pág. 145) tenemos que decir que no basta que cada uno de los deudores solidarios sea deudor de toda la cosa (como sucede también en las obligaciones indivisibles) sino que es necesario que se haya obligado también totalmente a la prestación de la cosa, como si él solo hubiese contraído la obligación. Es decir, que si la obligación solidaria por su inejecución debido a que perece la cosa deriva en una obligación secundaria, como es el pago del precio, los obligados solidarios lo están también solidariamente a pagar el precio de la cosa. Art. 1.537 C. Civil.

Sin embargo de que la cosa que se deba sea una misma puede deberse de diversos modos, según expresamente lo dispone el Art. 1528 C. Civil; modalidad de las obligaciones que comprende: condición, plazo y modo; es decir que puede deberse la obligación con diversos plazos y de diverso modo y condiciones. Ejemplo: Yo NN, concedo en préstamo a mutuo a favor de A, B y C solidariamente, por la suma de diez mil dólares para que los paguen a tres años plazo; pero si A se ausenta del país o B se recibe de Abogado, se entenderá automáticamente caducado el plazo y la obligación será exigible.

Esto pone de manifiesto el hecho de que desde el punto de vista objetivo haya una sola prestación, y desde el punto de vista subjetivo haya tantos vínculos de derecho como deudores haya. Es importante la explicación que da Pothier a esto: "se dirá tal vez que repugna que una sola y misma obligación tenga cualidades opuestas; que sea pura y simple en relación a uno de los deudores, y condicional respecto a otro. La respuesta dice, que la obligación solidaria, es en

verdad, una, en relación a la cosa que de ella es objeto, el sujeto y la materia; mas está compuesta de tantos lazos cuantas son las personas diferentes que la han contratado; y estas personas siendo diferentes entre sí, los lazos que las obligan son otros tantos lazos diferentes, que pueden, por consiguiente, tener cualidades distintas. La obligación es una con relación a su objeto, que es la cosa debida; mas con relación a las personas que la han contratado, puede decirse que hay tantas obligaciones como personas obligadas” (ob. cit. no. 263, pág. 146). Esto ha dado origen a las expresiones “obligaciones subjetivamente múltiples, objetivamente simples”.

Existe pluralidad de relaciones obligatorias o distintas relaciones en unidad e identidad de objeto.

Planiol y Ripert (ob. cit. pág. 391) expresan “El acreedor tiene frente a él a varios deudores, todos los cuales le deben la misma cosa; pero la obligación de cada uno es en cierta medida, independiente de la de los demás”.

El hecho de que la obligación de cada deudor constituya una obligación distinta trae las consecuencias que se anotan a continuación, las mismas que a su vez confirman tal distinción:

1^a.- Dada esta separación de vínculos, la validez de cada obligación asimismo ha de ser considerada respecto a cada deudor por separado. Puede uno de los deudores solidarios ser incapaz de obligarse, sin que ello afecte a la validez de las demás obligaciones.

2^a.- Las modalidades que afectan a las obligaciones solidarias son totalmente independientes; es decir no afectan necesariamente en forma común.

3^a.- Los deudores solidarios pueden obligarse a pagar cada uno en distinto lugar.

4^a.- La solidaridad puede extinguirse respecto de cada deudor por separado. Art. 1532 C. Civil: El acreedor puede

renunciar expresa o tácitamente la solidaridad, respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos.

3.1.2.3. La prestación única debe ser de cosa divisible solamente?.

Claro Solar dice al respecto lo siguiente: “Es menester, además, que la prestación única sea de cosa divisible, porque si no lo fuera, se trataría de una obligación indivisible por la naturaleza de la cosa debida, que haría imposible la prestación de ella por partes, y no de una obligación solidaria, que proviene del carácter del vínculo jurídico existente entre los varios acreedores y el deudor, o los varios deudores y el acreedor” ob. cit., v. II, no. 384, pág. 369. Sin embargo este mismo autor más adelante dice: “Por consiguiente, en una obligación indivisible puede pactarse la solidaridad, lo mismo que en una obligación divisible, porque la solidaridad es una modalidad del vínculo jurídico independiente de la naturaleza de la prestación”. ob. cit. no. 561, pág. 499. Más adelante nos pone un ejemplo en que “dos empresarios se han obligado solidariamente a la construcción de una casa”, y según el inciso segundo del Art. 1540 C. Civil, la obligación de hacer construir una casa es indivisible.

Ramón Meza Barros (ob. cit. pág. 163) señala también que en las obligaciones solidarias el objeto debido debe ser divisible, porque de otra manera la obligación, dice, sería indivisible; se funda en lo que dispone el Art. 1527 C. Civil E., que tiene el mismo texto en el Código Civil chileno.

No veo impedimento o razón alguna para que el objeto de una obligación solidaria sea indivisible; en otros términos, que pueda pactarse solidaridad en las obligaciones con objeto indivisible. Si bien los efectos en principio serían los mismos en tratándose de las obligaciones indivisibles que de las solidarias, también es cierto que

hay fundamentales diferencias. Pues al haber pactado solidaridad entre dos arquitectos en la construcción de una casa, si no se ejecuta la obra, la indemnización de perjuicios puede demandarse a uno solo de ellos porque estaba obligado por el todo y totalmente como ya lo analizamos; en cambio que si no se hubiere pactado solidaridad, es verdad que no la podrían construir cada uno en una parte, pero en caso de inejecución, la indemnización de perjuicios no se podría demandar solamente al uno por el todo; pues según el Art. 1549 C. Civil, la acción de perjuicios en este caso es divisible.

Más aún, si decimos que pueden ser objeto de solidaridad las obligaciones de hacer (construcción de un muro, casa, etc.), y si consideramos que la solidaridad es una garantía, debemos concluir que no necesariamente las obligaciones solidarias deben ser de objeto divisible, sino que también puede ser indivisible.

Es verdad que el Art. 1527 C. Civil se refiere expresamente a la cosa divisible en las obligaciones; pero se trata de las obligaciones conjuntas, pues que no de otro modo puede estar obligado cada deudor solamente a su parte o cuota; y aun cuando en el segundo inciso, que tiene íntima relación con el primero que comentamos, se refiere a las obligaciones solidarias, no creemos que se excluya la posibilidad de que éstas obligaciones tengan como objeto uno indivisible, por las razones ya expuestas.

3.1.2.4. Puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda

Es decir que, como se comentó con anterioridad, no solamente que cada uno de los deudores solidarios es deudor de toda la cosa, sino que cada uno se obliga también totalmente a la prestación de la cosa, de tal manera que si la obligación solidaria por su inejecución debido a que perece la cosa deriva en una obligación secundaria, como es el pago del precio, los obligados solidarios lo están también solidariamente a pagar el precio de la cosa. Que pueda exigirse a

cada deudor el total de la deuda implica también que el obligado solidario no goza de los beneficios de división ni del de orden o excusión, como se analizará más adelante.

3.1.2.5. Requiere estipulación expresa o disposición de la Ley.

3.1.3. Fuentes de la Solidaridad

De conformidad con lo previsto en el Art. 1527, inc. 2o., del C. Civil, las fuentes de donde pueden proceder las obligaciones solidarias son: a) la convención; b) el testamento; c) la Ley

3.1.3.1. Solidaridad convencional.-

Es aquella que resulta de una convención o contrato. En un contrato las partes pueden estipular que se exigirá a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda.

2. Cómo se establece la solidaridad.-

Los tratadistas, comentando las leyes respectivas, concluyen que la solidaridad no se presume, hay que estipularla expresamente; pues siendo la regla general la división, la solidaridad que excluye la división es una excepción; y, toda excepción debe ser expresa.

La legislación ecuatoriana, siguiendo el principio de que la solidaridad no se presume, en el Art. 1527, inc. 3º, establece que: La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la Ley.

3. Con qué términos se puede estipular la solidaridad?.

Generalmente se estipula la solidaridad diciendo que el deudor se constituye solidariamente obligado con el deudor principal; que responde solidariamente de una deuda; que garantiza solidariamente, etc. Pero, se pueden dar casos en los que no habiéndose utilizado la expresión solidaridad, debe entenderse que

se ha estipulado solidaridad. Es decir, estamos frente al caso de saber si existe solidaridad aunque no se la haya estipulado con la palabra sacramental solidaridad.

Según Laurent (ob. cit., t. 17, pág. 305) “si bien el Derecho francés exige que la solidaridad sea estipulada expresamente, esta palabra no implica términos sacramentales”; “No es necesario que las partes se sirvan de la expresión “solidaria” o solidaridad, sino que pueden emplear equivalentes exactos...”. Igualmente Planiol y Ripert (ob. cit., pág. 378) manifiestan que “si bien la estipulación de solidaridad ha de ser expresa, no es indispensable el empleo, como términos sacramentales, de las palabras “solidariamente”, “solidaridad”; la intención de establecerla puede resultar de las cláusulas del documento, bastando que la voluntad de las partes no ofrezca dudas”.

Luis Claro Solar (ob. cit. v. I, págs. 374-375) enseña que la doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que no es necesario o que no hay necesidad de emplear expresiones idénticas a las usadas por el legislador, que no es necesario que se empleen palabras sacramentales como solidaridad, *in solidum*, sino que basta palabras o expresiones equivalentes, siempre que de ellas aparezca con claridad la voluntad de las partes de establecer solidaridad.

En la legislación ecuatoriana igualmente sólo se ha establecido que la solidaridad debe ser expresamente declarada, pero no se ha especificado en qué términos debe ser estipulada; por lo que debemos estar a la intención de las partes claramente manifestada en la convención o acto jurídico. En la práctica quizás no es fácil determinar en cada caso cuáles son los “equivalentes exactos” de los términos solidaridad y sus derivados. Así por ejemplo, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de enero de 1.912, citada por René Bustamante Muñoz (ob. cit. v.III, pág. 111) dice: “La solidaridad debe ser expresamente declarada en los casos en que la Ley no la establece, conforme al Art. 1501 (hoy 1.527); y

la expresión “haciendo de deuda ajena suya propia”, no es bastante a constituirla”. Pero hay un voto salvado del Ministro Manuel B. Cueva, que dice que dicha expresión produce solidaridad. S. II, No. 122.

Si, según el inciso 2o. del Art. 1527 C. Civil, en un contrato se estipula que puede exigirse a cada uno de los cinco deudores, por ejemplo, la totalidad de la deuda, la obligación es solidaria.

4. La renuncia al beneficio de división equivale a solidaridad?

Si nos atenemos a que los efectos principales de la solidaridad son los de que no se puede alegar división ni excusión, tendríamos que concluir que la renuncia expresa de estos beneficios (división y excusión) significa haber constituido solidaridad en la obligación; pues que con ello podrá demandarse por el todo de la obligación sea al principal o al garante; exactamente como ocurre en las obligaciones solidarias, puesto que la solidaridad entre deudores no es en realidad sino una renuncia al beneficio de división y de excusión.

3.1.3.2. Solidaridad testamentaria.

La solidaridad, según lo dispone el Art. 1527 C. Civil, puede ser constituida por testamento. En tal virtud, el testador puede dejar por testamento la misma asignación a dos o más personas constituyéndolas en acreedores solidarios o puede imponer a varios de sus herederos o legatarios el pago de una obligación solidariamente. Es decir que puede por declaraciones de última voluntad constituir solidaridad activa o pasiva. En cuanto a la manera de estipularse, rigen las mismas reglas ya expuestas al tratar de la solidaridad convencional, principalmente: la solidaridad debe ser expresamente establecida, aunque no se requiere para ello palabras sacramentales. Incluso tratándose de la solidaridad testamentaria tendríamos que aplicar lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 1.097 del C.

Civil que dice: Sobre las reglas dadas en este título, acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

Para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido.

Sin embargo, es importante destacar que en todo caso de duda no puede considerarse establecida solidaridad.

Es importante dejar señalado que, según manifiesta Claro Solar (ob. cit., v. II, pág. 374) “La doctrina y la jurisprudencia tienen establecidas a este respecto tres reglas precisas: 1a.- Que la voluntad de establecer la solidaridad entre los acreedores o los deudores, debe resultar claramente del contrato; 2a.- Que no hay necesidad de emplear expresiones idénticas a las usadas por el legislador, sino que bastan expresiones equivalentes; y, 3a.- Que en la duda no puede presumirse solidaridad”. Reglas que tienen plena vigencia en la legislación ecuatoriana.

3.1.3.3. Solidaridad legal.-

Como lo establece el inciso segundo del Art. 1527 C. Civil, los diversos códigos y leyes del Ecuador han establecido solidaridad en ciertas obligaciones. Es la solidaridad legal, que según los comentaristas franceses refiriéndose a su Código Civil, **existe de pleno derecho**.

Quizá no está por demás decir que la solidaridad legal debe ser establecida expresamente en la misma disposición.

Ejemplos:

En el Código Civil:

- Solidaridad en las obligaciones de tutores y curadores.
Arts. 438, 444, 446.

En el Código de Comercio:

- Solidaridad cambiaria. Art.165
- En el Código Orgánico Monetario y Financiero:
- Solidaridad de los obligados en virtud del cheque con respecto al portador o tenedor. Art. 506.

En la Ley de Compañías:

- Responsabilidad solidaria de los socios colectivos y los comanditados. Art. 74.
- Responsabilidad solidaria de los socios de la compañía de responsabilidad limitada, frente a la compañía y con respecto a terceros, por el valor asignado a las especies aportadas. Art. 104.
- Responsabilidad solidaria de los accionistas fundadores y promotores, frente a terceros, por las obligaciones que contrajeren para constituir la compañía. Art. 201.

En el Código del Trabajo:

- Responsabilidad solidaria del empleador (del sector privado) y sus representantes. Art. 36. inc. 2o.
- Responsabilidad solidaria del patrono sucesor con los anteriores para el pago del fondo de reserva. Art. 198.

En el Código Tributario:

- Solidaridad en la obligación tributaria entre contribuyente y responsable. Arts. 26, 30.

3.2. Que clase de obligaciones pueden ser solidarias?

Pueden ser objeto de la solidaridad las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

En las obligaciones de dar, que significa el hecho por el cual el acreedor constituye derechos personales o reales sobre una cosa de propiedad del deudor, puede constituirse solidaridad, como en el caso del contrato de compraventa, o del mutuo en el que una persona se obliga con otra a dar o devolver el dinero que recibe del acreedor.

Las obligaciones de hacer, que consisten en la prestación de un hecho por parte del deudor, pueden ser objeto de la solidaridad, como cuando dos arquitectos se comprometen y se obligan solidariamente a construir una casa; entonces podrá exigirse a cada uno la construcción del total de la casa.

En las obligaciones de no hacer, que significa la limitación a la libertad contractual que voluntariamente se ha impuesto el obligado, también puede estipularse solidaridad; como cuando los señores A y B copropietarios de un almacén lo venden al señor C y se obligan solidariamente a no abrir otro establecimiento similar en determinada área. Esto quiere decir que si A establece o abre otro almacén, C puede pedir que se elimine dicho almacén o puede pedir indemnización de perjuicios a A o a B, sea al uno o al otro por el todo y por separado o a ambos en conjunto.

3.3. Se requiere de unidad de tiempo y lugar en la constitución de las obligaciones solidarias?.

No se ve inconveniente en que los varios deudores solidarios constituyan el vínculo jurídico respecto a la única prestación en diferente lugar y tiempo. En todo caso no debe quedar duda de que la voluntad de los deudores es concurrir a crear un vínculo jurídico solidario, respecto a una sola prestación; debe estipularse de tal

manera que quede claro que se trata no de varias obligaciones con diversas prestaciones, sino de una sola prestación con pluralidad de sujetos obligados.

Más aún cuando el codeudor solidario es un tercero en el contrato; es decir que es un fiador que se obliga como codeudor; es natural que pueda constituirse en codeudor solidario en diferente tiempo y lugar del contrato principal.

3.4. Divisibilidad de la Obligación Solidaria

La solidaridad de una obligación no le da el carácter de indivisible: Art. 1541 C. Civil. Es decir que los varios deudores solidarios frente al acreedor o acreedores son deudores del total de la prestación cada uno; pero entre ellos la deuda se divide; así aunque solidaria la obligación, admite división resultante de la transmisión hereditaria: Los herederos de cada uno de los deudores solidarios están entre todos obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria. Art. 1539 C. Civil.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, quedarán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores: Art. 1538, inciso 2o., del C. Civil.

Es decir, los herederos de un deudor solidario no son deudores solidarios. Todos ellos representan al causante, pero cada uno por la cuota que corresponda a su porción hereditaria. Pero la solidaridad subsiste (en la medida indicada en lo que corresponde a los herederos) entre los herederos del deudor y los codeudores sobrevivientes. Por tanto, según Planiol y Ripert (ob. cit. No. 1079, pág. 395) “al demandar a uno de estos últimos el acreedor interrumpe la prescripción y hace correr los intereses contra todos los herederos del difunto”.

3.5. Efectos de la solidaridad

3.5.1. Efectos de la solidaridad antes del pago

3.5.1.1. Extensión de la solidaridad al pago del precio de la cosa

La prestación originaria puede cambiar de contenido, entonces se convierte en una prestación que se llama secundaria; esto ocurre cuando por el no cumplimiento de la prestación originaria se debe pagar indemnización de daños y perjuicios.

El pago de una suma de dinero en lugar de la obligación originaria se presenta en los siguientes casos: 1) cuando por culpa del deudor se hace imposible su cumplimiento, como cuando perece la cosa debida; 2) cuando el deudor incurre en mora en el cumplimiento y el acreedor pide el equivalente de la prestación en dinero.

El pago de una suma de dinero en lugar de la prestación originaria comprende dos elementos: 1) los perjuicios compensatorios o daño emergente; 2) los perjuicios moratorios o lucro cesante.

Ahora, en una obligación solidaria la indemnización de perjuicios resultante del no cumplimiento de la obligación primitiva, que se resuelve en el pago de una suma de dinero, es también solidaria?. Respecto a este punto podemos resumir tres tesis:

1.La tesis del Derecho Romano, que extendía

la solidaridad igualmente a la obligación equivalente de pagar una suma de dinero. Esta obligación solidaria de pagar una suma de dinero se extendía tanto al daño emergente como al lucro cesante.

Apoyaban esta solución en dos razones: a) la nueva obligación no es sino la primitiva transformada; b) la obligación de pagar una suma de dinero se subroga a la antigua en sus mismas calidades (subrogación real).

2.Como la tesis romana significa estatuir que la culpa de un deudor implica la culpa de los demás codeudores, el Derecho francés modificó esta tesis en el sentido de que “todos los deudores responden de la prestación en sí o del valor comercial de ella (perjuicio compensatorio), mas no de las consecuencias del incumplimiento debido a culpa, o sea los “perjuicios moratorios”. Esta es la tesis de la responsabilidad limitada al valor de la cosa. Valencia Zea, ob. cit., pág. 28.

3.Según el Código Civil alemán cada deudor es responsable de su propia culpa; pues la culpa o mora de uno de los codeudores constituye un hecho personal que en ningún caso puede implicar culpa o mora de los demás codeudores; siempre que del contrato no se deduzca otra cosa y que pueda establecerse con claridad una culpa personal y absoluta ausencia de culpa en los demás codeudores. Valencia Zea, ob. cit., pág. 29.

3.5.1.1.1. Ahora bien, cuál es la tesis de nuestra legislación respecto a este punto?.

El Art. 1537 del C. Civil la sienta claramente: Si la cosa perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpado o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el culpado o moroso. Esta disposición establece la tesis siguiente: 1) la nueva obligación (secundaria) de pagar una suma de dinero sólo es solidaria en lo que se refiere al pago del daño emergente o perjuicios compensatorios, mas no del lucro cesante; es decir aunque la cosa perezca por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos responden solidariamente del valor comercial de la cosa o del equivalente al hecho que se debe; 2) pero a más de este valor comercial de la cosa en los negocios siempre se espera una utilidad; y al perecer la cosa o al no ejecutarse el hecho siempre se deja de percibir sus beneficios; es decir el acreedor se

perjudica al no haber podido recibir o satisfacer directamente su interés que se propuso satisfacer con la prestación originaria y recibir por el contrario una prestación diferente; entonces por esto que se llama lucro cesante ya no van a responder todos los deudores tengan o no culpa en la pérdida o mora, sino únicamente el deudor culpable o moroso. Es decir, en la legislación ecuatoriana la solidaridad ya no se extiende al lucro cesante o perjuicios moratorios.

En este sentido la doctrina que ha adoptado y ha establecido nuestra legislación es la de la responsabilidad limitada al precio de la cosa, que corresponde al derecho francés.

3.5.1.2. Beneficios que no pueden proponer los deudores solidarios.

Recordemos en primer lugar que los codeudores simples gozan del beneficio de división en la deuda, según el cual el deudor no está obligado por el total sino por una cuota. En segundo lugar los fiadores simples gozan 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 seguridad de la misma deuda: Art. 2259 C. Civil.

Ahora bien, el obligado solidariamente carece de estos dos beneficios. El deudor solidario contra quien se dirige el acreedor no puede oponer el beneficio de división, pues así lo establece expresamente el Art. 1.530 C. Civil, aunque era innecesario que así lo establezca puesto que es de la esencia de la solidaridad el que el obligado lo está al todo y totalmente en la prestación. Justamente el hecho de que no se pueda oponer división en la deuda es lo que le da una gran efectividad a la solidaridad como garantía que constituye.

La división es incompatible con la solidaridad y según el inciso final del Art. 1.532 C. Civil, cuando el acreedor consiente

en la división de la deuda se entiende que renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios.

Sin embargo, cuando el acreedor condone la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, los demás deudores tienen derecho a que se les rebaje la cuota que correspondía a éste (Art. 1.534 C. Civil) sea que el acreedor se dirija contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio (Art. 1.530 C. Civil).

Asimismo cuando el codeudor no ha lucrado de la prestación, no recibe beneficio del crédito, sino que se obliga en forma solidaria justamente para garantizar el cumplimiento de la obligación, no puede oponer el beneficio de excusión que puede oponer el fiador simple. Pues, según lo dispone el Art. 2.260 C. Civil, en su numeral segundo, para gozar del beneficio de excusión se requiere que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario. Lo que en otros términos significa que el obligado solidariamente no puede oponer el beneficio de excusión, por más que como decíamos no se haya beneficiado del crédito.

3.5.1.3. Puede el deudor solidario pedir plazo para el cumplimiento de la obligación?.

Otro aspecto importante de la solidaridad es saber si el deudor solidario a quien el acreedor le demanda toda la deuda puede pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplir la obligación entre todos. Según Claro Solar (ob. cit., No. 466, pág. 419) ante el silencio del Código francés sobre este punto, igual que el nuestro, la doctrina de los autores es casi unánime en afirmar que sí puede pedir tal plazo.

En cambio tenemos por otro lado la opinión de Pothier y Laurent (ob. cit. No. 331, pág. 200) en el sentido de que no se puede solicitar dicho plazo.

Claro Solar (ob. cit. No. 466, pág. 419) asimismo expresa “dentro de nuestra legislación creemos que hay que seguir la doctrina de Pothier, por lo mismo que el Código no da derecho al deudor solidario como lo otorga al deudor de obligación indivisible; y como lógica consecuencia de la solidaridad que hace considerar a cada deudor en sus relaciones con el acreedor como deudor único”.

Asimismo como nuestro Código Civil no otorga expresamente este derecho de pedir plazo para entenderse con los demás deudores, a fin de cumplir la obligación entre todos los deudores solidarios como lo hace con los deudores de obligación indivisible (Art. 1.546) y dado que cada deudor solidario es considerado como único deudor frente al acreedor, estamos por la afirmativa de que no puede el deudor solidario demandado por el acreedor por toda la deuda, pedir plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplir la obligación entre todos.

3.5.1.4. Efectos de la solidaridad pasiva en las relaciones de los codeudores con el acreedor.

1.Según el Art. 1.530 del C. Civil el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, por el total de la deuda. Este es el primer efecto de la solidaridad pasiva. Cada uno de los deudores solidarios es deudor del total con respecto al acreedor.

Es importante reproducir la opinión de Claro Solar al respecto (ob. cit., No. 462, pág. 417) según la cual, al dirigir el acreedor la acción contra uno solo de los deudores solidarios, deberá dirigirla contra los bienes de ese deudor y no contra bienes que este deudor tenga en común con otros. Por ejemplo, si todos los deudores solidarios hubieren constituido una hipoteca sobre un inmueble común para garantía del pago de la deuda el acreedor no podría demandar a uno solo de esos comuneros y embargar el inmueble hipotecado **sin notificación de todos los comuneros.**

Recíprocamente, siendo considerado cada deudor frente al acreedor como deudor único, tiene el derecho de pagar íntegramente al acreedor y obligarlo a recibir el pago íntegro. Es verdad que nuestra legislación no lo resuelve clara y expresamente así; pues sólo establece en el Art. 1.529 C. Civil que: El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos; sin embargo opinamos que la solución dada por Claro Solar es justa y que es aplicable a nuestra legislación.

Pero según el Art. 1.531 C. Civil: La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido cumplida por el demandado. Puede, en consecuencia, demandar después a los otros a condición de que el deudor demandado primeramente no haya efectuado el pago total o parcial de la deuda: está entendido que si dicho deudor primeramente demandado ha pagado el total de la deuda, este pago extingue totalmente la obligación solidaria y asimismo libera totalmente a los demás codeudores; y si el deudor demandado primeramente sólo ha pagado una parte o cuota, este pago extingue la deuda hasta concurrencia de lo pagado, y libera también a los demás hasta concurrencia de lo pagado (del pago parcial). En el primer caso el acreedor no puede demandar nuevamente a ninguno de los otros deudores, pues la prestación es una sola. En el segundo caso podrá el acreedor demandar a cualquiera de los demás deudores solidarios o a todos ellos, pero descontando en su demanda lo que le ha pagado el deudor primeramente demandado.

2. El segundo efecto principal de la solidaridad en las relaciones de los deudores solidarios con el acreedor, es que el pago total de la obligación, sea judicial o extrajudicialmente, libera a los otros totalmente; efecto de que la prestación es una sola aunque existan varios lazos.

3.Igualmente cualquier modo de extinguir las obligaciones produce los mismos efectos anotados en el numeral anterior.

Todo lo que extingue la deuda entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, la extingue también respecto de los otros: Art. 1.529 C. Civil.

4.El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos: Art. 1.529, inc. 1o. C. Civil.

El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad, respecto a uno de los deudores solidarios o respecto de todos.

.....Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores por toda la parte del crédito que no haya sido satisfecha por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad.

Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda: Art. 1.532 C. Civil.

5.Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, no podrá después ejercer la acción que se le concede por el Art. 1.530, sino con rebaja de la cuota que le correspondía al primero en la deuda: Art. 1.534 C. Civil.

6.La interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, no perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en los términos del Art. 1.532 CC.

Es decir que la interrupción de la prescripción que resulta contra uno de los codeudores solidarios ya sea por una demanda interpuesta por el acreedor o por el hecho de haber reconocido el deudor la obligación, ya expresa ya tácitamente (interrupción

natural) surte efectos al mismo tiempo contra los demás codeudores.
Art. 2419 C. Civil.

7. Planiol y Ripert (ob. cit., no. 1.085, pág. 401) nos dicen que el Código francés atribuye un nuevo efecto a la solidaridad. La demanda por intereses formulada contra uno de los codeudores hace que se devenguen en perjuicio de todos. Lo que se ha querido es aumentar las ventajas de la solidaridad, permitiendo al acreedor obtener con una demanda única el mismo resultado que por el ejercicio de diversas acciones.

Entendemos que esta solución no es aplicable en nuestra legislación; y que más bien da una solución contraria. Ya habíamos revisado que el lucro cesante, en el que estarían incluidos los intereses, lo paga el moroso solamente según el Art. 1.537 C. Civil, cuyos efectos se extenderían al caso. Si se ha estipulado intereses es otra cosa, salvo que el cumplimiento de la obligación esté al alcance de todos. (Subrogación: Arts. 1.626 no 3, 1.628 C. Civil).

Es decir que, según nuestra Código Civil, los intereses en una obligación solidaria (cuando la cosa ha perecido) los paga solamente el deudor solidario moroso o culpable. En cambio, según algunas legislaciones extranjeras (española, mexicana, peruana), los intereses se devengan en perjuicio o con efectos para los demás deudores solidarios. Aclarando que nos referimos al pago de intereses en el caso de que la cosa haya perecido por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios y se demande daños y perjuicios. Pues en caso de los intereses estipulados y moratorios estipulados o no, los paga el deudor solidario que sea requerido, con las consecuencias ya analizadas.

3.5.2. Efectos de la solidaridad pasiva después del pago.-

3.5.2.1. Efectos de la solidaridad pasiva en las relaciones de los codeudores entre sí.

El estudio de las relaciones de los codeudores solidarios entre sí supone que se ha extinguido la obligación. Así, encontramos los siguientes efectos:

División de la deuda: El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; pero limitada, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, quedarán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre los demás a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquéllos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad: Art. 1.538 C. Civil.

Ya habíamos anotado que cada codeudor solidario debe la totalidad de la deuda con respecto al acreedor; en cambio en las relaciones entre sí la deuda se divide entre ellos y cada uno solamente debe la parte que le corresponde, a prorrata con los demás deudores y por cuotas iguales, en principio. Ahora bien, esta solución varía en los siguientes casos:

1.- Cuando el acto o contrato indique expresamente otra forma de distribuir la deuda entre los codeudores. Planiol y Ripert, ob. cit., no. 1090, pág. 407.

2.- Cuando el interés que cada deudor tiene en el negocio es diferente; es decir que, como establece el Art. 1.538 C. Civil, el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria concierne solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios. Entonces, los codeudores quedan responsables entre sí cada uno por la deuda o parte o cuota correspondiente, según el beneficio que haya recibido del negocio. De tal manera que si son tres personas las que se han obligado solidariamente, pero una de ellas por garantizar la deuda de los otros, quienes se benefician por igual de la cosa, es decir estos dos deudores responden del 50% de la deuda cada uno, y el otro, quien no recibió beneficio porque no concernía a él el negocio, será considerado como fiador, como establece el inciso segundo del Art. 1.538 C. Civil. En consecuencia, todo deudor solidario que paga al acreedor más de lo que le corresponde en la deuda tiene derecho a ser reembolsado del exceso que ha pagado, por los codeudores a quienes corresponda. Es decir que, si en verdad en las relaciones de los deudores con el acreedor o acreedores, uno paga la totalidad de la deuda, en sus relaciones con los codeudores, solamente lo hace por su cuenta en cuanto a la cuota que efectivamente le corresponde en la deuda; y en cuanto a lo pagado en exceso de su cuota paga lo que corresponde a sus codeudores. Y, si, como en el ejemplo anterior, se trata de una persona que no tiene interés personal alguno en el negocio base de la deuda solidaria, aunque haya pagado toda la deuda, en las relaciones con los otros deudores ha pagado una deuda exclusivamente de éstos y tiene derecho a que le reembolsen la totalidad de lo pagado.

Por otro lado, es importante destacar que con la extinción de la deuda, por el pago u otro medio equivalente, termina la solidaridad; es decir que no podría el deudor que ha pagado o extinguido toda la deuda, dirigirse contra uno solo de los otros deudores por lo que ha pagado en exceso de su cuota, porque en las relaciones de los deudores entre sí no hay solidaridad, como lo explicaremos más detalladamente en el siguiente punto.

3.5.2.2. Subrogación en una obligación solidaria.

Según lo dispuesto en el Art. 1.538 del C. Civil ya transcritó, el deudor solidario que ha pagado o extinguido la deuda, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; es decir que por ministerio de la Ley se transfieren al deudor que paga o extingue la deuda todos los derechos del acreedor aún contra su voluntad. Así lo establece el Art. 1.626 C. Civil: Se efectúa la subrogación por el ministerio de la Ley, y aún en contra de la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las Leyes, y especialmente a beneficio:

3.- Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

Esta subrogación legal, así como la convencional, traspasa al deudor que pagó, que constituye nuevo acreedor, todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del acreedor contra los deudores que se hallaban obligados solidariamente a la deuda, según así lo dispone el Art. 1.628 C. Civil. Y esto mismo es lo que dispone el Art. 1.538 C.C. al establecer que el deudor que paga queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades. Pero en esta subrogación de la acción del acreedor no se traspasa la solidaridad de la deuda; pues esa solidaridad se extinguió con el pago que hizo un deudor. Por qué esta solución?. A este respecto transcribimos la explicación que nos da Pothier sobre la tesis adoptada por nuestra legislación acerca de la subrogación en las obligaciones solidarias (ob. cit., no. 281, pág. 163): “La razón se funda en que de otro modo habría un círculo de acciones; pues aquél de mis codeudores a quien yo hubiese hecho pagar el total del crédito, deducida mi parte, tendría derecho, al pagar, de ser parcialmente subrogado en las acciones del acreedor, bajo la deducción de la parte de la que él mismo es responsable, y en virtud de esta subrogación, tendría derecho a exigir de mí, bajo la deducción de su parte, lo que

él me habría pagado, puesto que yo mismo soy responsable de la solidaridad". Y por otro lado podría exigir de cualquiera de los otros deudores el total pagado por él en exceso.

Lo que sí debemos recalcar es que estas garantías y seguridades no se extinguén con el pago de la deuda; así por ejemplo: si un deudor solidario ha constituido una hipoteca a favor del acreedor, subsiste ésta en beneficio del deudor subrogado en los derechos y acciones del acreedor, por el ministerio de la Ley.

Ahora bien, por otro lado, el mismo Art. 1.538 (siguiendo al Código francés, según Claro Solar al referirse al Código Civil Chileno) (ob. cit., no. 501, pág. 449), en la subrogación del deudor solidario que ha pagado o extinguido la deuda, en la acción del acreedor, si bien se entiende en todos sus privilegios y seguridades, limita, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

La subrogación, según los artículos ya transcritos, es legal; mediante ella el deudor queda colocado en lugar del acreedor para recobrar lo debido, repitiendo de cada uno de los demás deudores la parte que tenga en la deuda; es decir que no puede el deudor solidario que ha pagado la deuda dirigirse y exigir de cualquiera de los otros codeudores todo lo que ha pagado en exceso de la cuota que él tenía en el negocio, porque como ya lo expresamos, la solidaridad no se transfiere al subrogatario.

Hasta aquí en la subrogación se ha propuesto que todos los deudores solidarios tienen interés en el negocio; pero como lo señala el mismo Art. 1.538 C. Civil, inc. 2o., pueden haber deudores a quienes no concierne el negocio, y solamente se obligan como fiadores; en este caso si bien ellos quedan obligados a pagar íntegramente la deuda al acreedor, como si fuera único deudor cada uno, no teniendo interés propio en la empresa, en las relaciones con los otros deudores, no les afecta la deuda; es decir que el subrogatario no podrá repetir de este deudor nada, porque no tiene

interés personal alguno en el negocio. No cabe exigirle pague una cuota si no ha recibido beneficio alguno del mismo, y tan sólo se ha obligado solidariamente para dar seguridad al acreedor y permitir que se realice el negocio con él.

Por el contrario, si este deudor que se ha obligado como fiador paga toda la deuda, no teniendo interés personal en el negocio, tiene derecho a repetir del o de los otros deudores el total de la deuda que él ha pagado, en este segundo caso de cada deudor según su cuota.

3.5.2.3. Insolvencia de uno de los deudores solidarios.

Al contrario de lo que ocurre con las obligaciones conjuntas, en las obligaciones solidarias la parte o cuota del deudor insolvente afecta a todos los otros, y se reparte entre ellos a prorrata de sus correspondientes cuotas; este es un efecto natural de la solidaridad; precisamente la solidaridad se contrae para dar seguridad al acreedor de que la deuda va a ser pagada íntegramente, aunque uno o más deudores caigan en insolvencia; por ello la solidaridad es la más eficaz garantía personal.

Entonces, según este efecto, el acreedor no cargará con la pérdida de la cuota del insolvente; ni el deudor que paga toda la deuda tiene por qué correr con el pago de toda la cuota del insolvente, si hay más obligados a quienes concierne el negocio.

Así por ejemplo: Pedro, Juan y Antonio contraen una obligación solidaria de 40.000,00 dólares por concepto de pago de un predio adquirido por compra a Diego, en la que le corresponde a Pedro el pago de 30.000,00 dólares y a Juan y a Antonio 5.000,00 dólares cada uno. Si Juan cae en insolvencia, la cuota de éste, que es de 5.000,00 dólares tiene que repartirse a prorrata de la cuota de los otros; es decir que Pedro responderá del 85,71 % de la cuota del insolvente, es decir de \$ 4.285,50, y Antonio por el 14,29 % de dicha cuota, lo que significa que tiene que pagar \$ 714,50 más de

su cuota; en otras palabras Pedro tendrá que pagar \$ 34.285,50 y Antonio \$ 5.714,50, que sumados dan \$ 40.000,oo.

Demostración:

A Pedro le corresponde pagar \$ 30.000,00 y a Antonio \$ 5.000,00; lo que sumado da \$ 35.000,00. Qué proporción le corresponde a cada uno de ellos en esta suma?

35.000,oo	100%	30.000 X 100
30.000,oo	X	<u> </u> = 85.71 %
		35.000
35.000,oo	100	5.000 X 100
5.000,oo	X	<u> </u> = 14.29 %
		35.000

A Pedro le corresponde el 85.71 % y a Antonio el 14.29 %.

De la cuota del insolvente Juan, esto es de los \$ 5.000,00 que le corresponde pagar a Juan, cuánto asume Pedro y cuánto asume Antonio?

Pedro = 5.000 X 85.71% = \$ 4.285,50

$$\text{Antonio} = 5.000 \times 14.29\% = \$ \quad 714,50$$

En consecuencia, Pedro tendrá que pagar \$ 34.285,50 y Antonio \$ 5.714,50, que sumados dan \$ 40.000,oo.

3.5.2.3.1. Insolvencia en caso de subrogación.

El Código Civil del Ecuador establece expresamente que la cuota o parte del insolvente se reparte también entre el deudor que ha pagado el total de la deuda y se ha subrogado en los derechos y acciones del acreedor; pero esto se desprende del ya citado inciso tercero del Art. 1.538 cuando dispone que se repartirá tal cuota del insolvente “entre los demás a prorrata de las suyas”, e incluso

se comprende en este prorrato a aquellos deudores a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.

De tal manera que si en el ejemplo anterior, Pedro paga toda la deuda, tiene derecho a repetir de Antonio solamente los \$ 5.714,50 y no la cuota de éste, \$ 5.000,00, más la del insolvente Juan, \$ 5.000,00; es decir \$ 10.000,00 en total.

- La responsabilidad por la cuota del deudor insolvente se extiende a aquél de los deudores solidarios que ha sido exonerado de la solidaridad por el acreedor.

Ya anotamos que la parte final del inciso tercero del Art. 1.538 C. Civil lo dice expresamente así. La razón para ello está en que si bien el acreedor puede exonerar de la solidaridad a algún deudor, liberándolo así de responder por la deuda de los demás, no puede modificar perjudicialmente las relaciones de los codeudores entre sí. Ya habíamos indicado que la obligación de pagar la totalidad de la prestación, como si fuera única, es con respecto al acreedor, más en las relaciones de los codeudores solidarios entre sí la deuda se divide; y realmente si para la repartición de la cuota del insolvente no se tomara en cuenta o no se comprendiera a aquéllos a quienes el acreedor exoneró de la solidaridad, el acreedor que hizo esta exoneración estaría gravando más a los demás deudores, dispensándolo al deudor de los compromisos que tiene con los demás deudores, y cambiando así la responsabilidad contraída por los deudores solidarios; para lo cual no está facultado; no puede destruir esa facultad que tiene el deudor subrogatario de exigir de todos los demás deudores su parte o cuota; ni cabe suponer que el acreedor que exoneró de la solidaridad a un deudor, lo exoneró de los riesgos de la insolvencia para tomar por su cuenta tales riesgos, porque en este caso significaría que renuncia parte de su crédito; y no es lo mismo renunciar la solidaridad que renunciar parte de su crédito; de tal manera que puede exonerarlo el acreedor de concurrir

al pago de la cuota del deudor insolvente, pero este ya es otro caso que sale del inciso tercero del Art. 1.538 C. Civil.

Es importante recalcar esto que está claro en nuestra legislación, porque aunque las disposiciones pertinentes del Código Civil francés no difieren de las nuestras, como indica Claro Solar (ob. cit. pág. 453) la doctrina francesa dio soluciones contrarias a la establecida en nuestro comentario.

3.5.2.4. Pago parcial de la deuda y subrogación.

El Art. 1.538 C.C. que comentamos se refiere a la subrogación legal en caso del pago o extinción total de la deuda, no al pago parcial de la misma; pero como dice Claro Solar (ob. cit. pág. 453) comentando la misma disposición del Código Civil Chileno “evidentemente si este pago parcial se ha producido, la subrogación tendrá también cabida, aunque sin afectar al derecho del acreedor y en cuanto lo pagado por el deudor exceda de la parte o cuota que le corresponde en la deuda según la participación convenida entre los deudores solidarios”. En todo caso el acreedor tiene derecho preferente para el pago de la deuda. Efectivamente el Art. 1.628, inc. 2o., C. Civil, dispone: 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.

Si de tres deudores solidarios con cuotas iguales, el uno paga los dos tercios, tiene derecho a repetir de los demás el un tercio repartido entre los dos deudores; y si uno es insolvente tendrá que repartirse a prorrata de las cuotas de los dos deudores.

Hay que aclarar que todas estas reglas estudiadas se aplican a la solidaridad convencional o legal.

3.6. De la extinción de las obligaciones solidarias y de la extinción de la solidaridad

Las obligaciones solidarias se extinguieren, en todo o en parte, por todos los modos de extinción de las obligaciones en general señalados por el Art. 1.583 del C. Civil; esto es: por resiliación, pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe, por la declaración de nulidad o por la rescisión, por el evento de la condición resolutoria y por la prescripción.

En estos casos se extingue tanto la obligación misma como la solidaridad. Pero puede extinguirse la solidaridad sin que se extinga la obligación. Y acaso esto nos aclara una vez más que la solidaridad es una garantía, una obligación que accede a otra. Puede una persona tener interés en el negocio por el cual contrae la obligación, pero si se obliga solidariamente, ha contraído otra obligación que accede a la primera; y esto constituye una garantía.

3.6.1. En qué casos se extingue la solidaridad sin que se extinga la obligación.

3.6.1.1. Renuncia del acreedor a la solidaridad.-

Según lo dispone el Art. 11 del C. Civil, pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia. Siendo la solidaridad una garantía a favor del acreedor (es decir un derecho) por un lado; y por otro, no siendo establecida la solidaridad, en las relaciones civiles, en interés público, se la puede renunciar. En verdad, sin embargo, no es preciso recurrir a estos principios generales; pues el Art. 1532 C. Civil establece que el acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad, respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos. No está por demás decir en esta parte que no se puede renunciar la solidaridad

pasiva (la del deudor), pues no se puede renunciar obligaciones sino derechos. También debemos aclarar aquí que las reglas sobre la renuncia de la solidaridad sufren excepción en tratándose de la solidaridad en el Derecho Laboral; pues el trabajador no puede renunciar a la solidaridad en los créditos con su empleador, puesto que este derecho de la solidaridad ha sido establecido por la Ley, el Código del Trabajo, para proteger al trabajador de abusos del empleador; y en segundo lugar, los derechos del trabajador (que esto es la solidaridad establecida a su favor) son irrenunciables y será nula toda estipulación en contrario, según así lo dispone el Art. 4 del Código del Trabajo.

De lo dispuesto en el Art. 1532 C. Civil se desprende que la renuncia a la solidaridad puede ser: absoluta o relativa, expresa o tácita.

Absoluta, cuando renuncia respecto de todos los deudores solidarios; como cuando el acreedor consiente en la división de la deuda entre todos los deudores solidarios; es decir renuncia a exigir el todo de la prestación de cualquiera de ellos; entonces la obligación se convierte en simplemente conjunta, porque cada deudor no queda responsable sino de su cuota.

Y es relativa la renuncia, cuando no comprende a todos los deudores, sino que se refiere a uno o más de ellos; en este caso habiendo en un principio varios vínculos con respecto a una sola prestación, con la renuncia se rompe el vínculo de la solidaridad con respecto a unos, y subsiste con respecto a otro u otros.

Qué ocurre si uno de los deudores a favor de quien se renuncia la solidaridad cae en insolvencia? (Ver la responsabilidad por la cuota del deudor insolvente se extiende a aquel de los deudores solidarios que ha sido exonerado de la solidaridad por el acreedor).

Esta renuncia absoluta o relativa puede ser a la vez expresa o tácita.

La renuncia expresa consiste en una declaración de voluntad en el sentido de que renuncia a la solidaridad de la obligación (en este caso se entiende con respecto a todos los deudores) o de que les exonerá a tal o cual deudor, de la solidaridad. Cabe recordar también de que no hay términos sacramentales para renunciar la solidaridad expresamente. Así por ejemplo, si el acreedor manifiesta expresamente que consiente en la división de la deuda, esto significa que renuncia a la solidaridad.

La renuncia tácita puede ser con respecto a todos los deudores o con respecto a uno o más.

Según el Art. 1.532, inc. 2o., del C. Civil: Renuncia tácitamente en favor de uno de ellos cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos: renuncia relativa.

Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda: Art. 1.532, inc. final, del C. Civil: renuncia absoluta.

Es decir que la renuncia tácita de la solidaridad resulta de un acto o hecho que en todo caso constituye una manifestación de voluntad: reconoce el pago de su cuota “expresándolo así”, “consiente en la división”; manifestación de voluntad en base a la cual se sobreentiende la renuncia a la solidaridad.

Ahora bien, cuándo se entiende renunciada la solidaridad en forma relativa?. El ya transcrita inciso segundo del Art. 1.532 señala lo que llamaríamos los requisitos para ello: 1o.- Que el acreedor haya exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, a uno de los deudores; 2o.- que el acreedor exprese en la demanda que exige al deudor su parte o cuota en la deuda, o que exprese en la carta de pago que le recibe su parte o cuota en la deuda; y, 3o.- que el acreedor no haya hecho ya sea en la demanda o en la carta de pago,

la reserva especial de la solidaridad, o que no haya hecho la reserva general de sus derechos.

Deben cumplirse todos y cada uno de estos tres requisitos en forma conjunta para que se entienda renunciada la solidaridad. De tal manera que si bien, por ejemplo, el acreedor expresa en la demanda o carta de pago que exige o reconoce, respectivamente, la parte, cuota, porción, etc. (no hay términos sacramentales) de uno de los deudores, si ha hecho reserva de la solidaridad, ya sea refiriéndose directamente a la solidaridad (como por ejemplo en los siguientes términos: reservándome la solidaridad, sin perjuicio de la solidaridad, etc.) o ya haciendo una reserva general de sus derechos de acreedor (en cualesquiera términos que lo expresen así), no se entiende renunciada la solidaridad; pues los términos mediante los cuales se haga dicha reserva prevalecerían sobre las expresiones de que reconoce o exige la parte o cuota en la deuda, porque expresan claramente la intención del acreedor de recibir parte del crédito sin perder la garantía de la solidaridad; además, en interpretación legal y estricta del inciso segundo del Art. 1.532 del C. Civil así debe entenderse; pues está claro que se “Renuncia tácitamente en favor de uno de ellos cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota.... sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos”.

En consecuencia, si el acreedor desea recibir o cobrar parte de una deuda solidaria, de parte de un deudor solidario, sin perder la garantía de la solidaridad, debe hacer expresamente la reserva especial de la solidaridad o la general de sus derechos; en caso contrario se entiende tácitamente renunciada la misma, puesto que ser deudor o pagar por una parte en una deuda se opone a la idea de ser deudor del total de la prestación, como es el deudor solidario; por más que hayan otros deudores de la misma prestación.

3.6.1.1.1. La reserva de la solidaridad es con respecto a los demás deudores, o con respecto también al deudor a quien se cobra o se exige su parte?

Del análisis del inciso segundo del Art. 1.532 C. Civil no se desprende otra cosa sino que cuando el acreedor se reserva la solidaridad de manera general, o en general sus derechos con respecto al deudor a quien exige o reconoce su parte, no se entiende renunciada la solidaridad; y que esta reserva, si no se dice otra cosa, lo es en primer lugar con respecto al mismo deudor a quien se cobra o exige su parte en la deuda, y lo es al mismo tiempo con respecto a los demás codeudores; es decir que el acreedor puede demandar luego el saldo de la deuda al deudor a quien exigió o cobró su parte (sea que esta coincida o no con el monto que le corresponde a este deudor); o asimismo puede demandar a cualquiera de los otros codeudores. Y al respecto, nos parece importante apoyar esta decisión con la opinión vertida por Pothier (ob. cit., no. 277, pág. 154): “Tal vez se opondrá que en este recibo (se refiere al recibo por el cual el acreedor declara haber recibido de un deudor **por su parte** un pago con la reserva de la solidaridad), los términos, sin perjuicio de la solidaridad, deben entenderse como una reserva que el acreedor hace de su derecho de solidaridad contra los otros codeudores, y no contra aquél a quien ha dado recibo, creyendo conciliarlos por este medio con los términos por su parte empleados en el recibo. Esta explicación no tiene valor alguno, cuando en un recibo, como en todo otro acto, se reserva derechos, sin decir contra quien, es natural que eso se entienda de los derechos que se tienen contra aquél con quien se trata, o a quien se da recibo, y no de aquellos que uno tiene contra de otros. Se concilian de una manera más natural los términos, **por su parte**, con la reserva de la solidaridad, diciendo que en ese caso el acreedor que ha renovado su derecho de solidaridad ha entendido por estos términos, por su parte, no una parte de la cual ese deudor será considerado en frente de su acreedor, sino por la parte por la cual ese deudor es efectivamente responsable de la deuda en frente

de sus codeudores; cuya parte el acreedor ha tenido a bien recibir de él en dicho momento, salvo exigirle el resto, en virtud del derecho de solidaridad que tiene contra él y que se reserva”.

3.6.1.1.2. Se puede renunciar en otras circunstancias que las expuestas por el Art. 1.532 del C. Civil?

El Art. 1.532 citado señala que se renuncia en favor de uno de los deudores cuando el acreedor le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota en la deuda; y que se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consienta en la división de la deuda; pero estos son casos de renuncia tácita. Ahora bien, está claro que el acreedor puede renunciar la solidaridad con respecto a uno o más deudores o con respecto a todos no sólo cuando cobra o demanda, sino que puede hacerlo en cualquier momento, manifestándolo expresamente de cualquier manera.

3.6.1.1.3. Renuncia de una pensión periódica

Según el Art. 1.533 del C. Civil: La renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa. La disposición transcrita reconoce en una pensión periódica pagos devengados y pagos futuros. Cuando se renuncia expresa o tácitamente la solidaridad de una pensión periódica, esa renuncia se limita a los pagos devengados solamente (que son los ganados aunque no necesariamente percibidos) y no a los futuros; es decir, en otros términos, cuando se renuncia la solidaridad de los pagos devengados de una pensión periódica, es suficiente con manifestar expresa o tácitamente de una manera general que se renuncia la solidaridad; y en esta renuncia no se comprenden los pagos futuros.

Como vemos la disposición es interpretativa de la voluntad del acreedor; viene en silencio o a falta de una manifestación clara

por parte del acreedor así se refiera solamente a los pagos devengados o también a los futuros; y pues la Ley resuelve esta duda señalando que en este caso la renuncia de la solidaridad se limita a los pagos devengados.

En lo demás, en la renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica, se aplicarán las reglas generales al respecto.

En lo que respecta a los pagos futuros, para que estos se comprendan en la renuncia que el acreedor haga de la solidaridad en una pensión periódica, es necesario que expresamente lo declare así; es decir que la renuncia de la solidaridad en los pagos futuros de una pensión periódica debe ser expresa en cuanto se refiere al alcance, aunque no necesariamente a la solidaridad misma. Si el acreedor de una pensión periódica consiente en la división de la deuda, se entiende que renuncia tácitamente la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios y que esa renuncia se limita a los pagos devengados.

Pero en la demanda o en la carta de pago, mediante la cual permite la división de la deuda solidaria, el acreedor puede expresar que se refiere también a los pagos futuros a más de los devengados: renuncia tácita de la solidaridad de una pensión periódica que se extiende también a los pagos futuros por expresarlo así el acreedor.

3.6.1.1.4. Efectos de la renuncia a la solidaridad

Según el Art. 1.532, inc. 3o., del c. Civil: la renuncia expresa o tácita (se refiere a la relativa) no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores por toda la parte del crédito que no haya sido satisfecha por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad. Pues cabe aclarar que la renuncia de la solidaridad no implica renuncia del crédito.

“La renuncia de la solidaridad solamente afecta a la forma en que todos los deudores, si es absoluta, o uno o más de los deudores,

si es relativa, deben satisfacer la prestación a que se hallan obligados con respecto al acreedor: la deuda subsiste, después de renunciada la solidaridad, pero dividida entre todos los deudores si la renuncia de la solidaridad es absoluta, o afectando sólo en su parte o cuota al deudor en cuyo favor se ha renunciado a la solidaridad y subsistiendo la solidaridad respecto de los demás deudores” Claro Solar, ob. cit., no. 516, págs. 462, 463.

El inciso transcrita se refiere a la renuncia relativa; y así supone que existiendo más de dos deudores solidarios, el acreedor renuncia la solidaridad expresamente a favor de un deudor o tácitamente cuando le ha exigido o reconocido a uno de los deudores el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos.

Y en este caso la solidaridad se extingue con respecto solamente del deudor en cuyo beneficio se renunció, subsistiendo la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores por toda la parte del crédito que no haya sido satisfecha por aquel deudor; es decir que cada uno de los deudores a quienes no aprovecha la renuncia de la solidaridad es responsable por el total de la deuda, deducida la parte que pagó el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad, justamente porque ellos siguen siendo deudores solidarios. Y así el acreedor retiene el derecho de demandar a cada uno de ellos como si fuera solo y único deudor por el pago de toda la deuda que no le haya sido cubierta.

Ya antes habíamos anotado también que el acreedor puede renunciar la solidaridad con respecto a uno o más deudores o con respecto a todos no sólo cuando cobra o demanda, sino que puede hacerlo en cualquier momento manifestándole expresamente de cualquier manera. El efecto principal de la renuncia de la solidaridad en este caso a más de los ya anotados, está en que el acreedor puede exigir a cada uno de los demás deudores solidarios (respecto a los que

no ha renunciado la solidaridad) el pago total, de la deuda íntegra, sin deducción alguna; pues siguen siendo deudores solidarios, tan sólo se ha cancelado la garantía que significa la solidaridad con respecto a uno o más deudores.

Para que se entienda que renuncia la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios, debe señalar en la demanda o en la carta de pago que le exige o reconoce el pago de su parte o cuota en la deuda; en consecuencia como señala Pothier (ob. cit., no 277, pág. 155) “cuando el acreedor ha dado a uno de sus codeudores solidarios recibo puro y simple por una cierta suma que constituye precisamente aquella de que el deudor es responsable frente de sus codeudores, sin expresar que la ha recibido por su parte” no debe reputarse que ha renunciado a la solidaridad.

3.6.1.2. Muerte del deudor

La muerte de un deudor solidario extingue la solidaridad respecto a éste; es decir que la solidaridad no se transmite; pues los herederos no son responsables de la deuda solidaria como lo era el deudor fallecido. Y así pues según lo dispuesto en el Art. 1.539 del C. Civil todos los herederos de cada deudor solidario le suceden conjuntamente, y la solidaridad de la obligación con respecto a los demás deudores les afecta pero a todos en conjunto; es decir que los herederos del deudor solidario frente al acreedor responden con los demás deudores solidarios, solidariamente, aunque todos en conjunto, y agrega el citado Art. 1.539: pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria. En otras palabras, como dice Claro Solar (ob. cit. , no. 519, pág. 466) “Toda la sucesión como representante del difunto queda solidariamente responsable con los otros deudores primitivos; pero los herederos personalmente, no habiendo contraído ellos el vínculo de la solidaridad, responden de una cuota del crédito igual a su derecho en la herencia. En este sentido, se extingue la solidaridad por lo que respecta al deudor

fallecido, desde que sus herederos no son responsables de la deuda solidaria como lo era el difunto”.

Ya habíamos dicho antes que la regla general es que la solidaridad no se transmite; pero no hay prohibición legal de que se estipule que ni los herederos del o de los deudores puedan dividir la obligación; entonces el acreedor puede cobrar también el total de la deuda a cualquier heredero de un deudor.

Hasta aquí se ha supuesto que a la muerte del deudor solidario quedan varios herederos; pero si deja uno solo la situación cambia totalmente, no ha habido ninguna novedad; el heredero único representa la persona del deudor solidario, pasando a ser deudor solidario con los demás, como el difunto, con todas las consecuencias de la solidaridad; por lo tanto en este caso no se produce efecto alguno que afecte la solidaridad de la obligación.

Capítulo 4. DE LA CLAUSULA PENAL

4.1. Concepto

El Art. 1.551 C. Civil define así a la cláusula penal: Es aquella en que una persona, *para asegurar el cumplimiento de una obligación*, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento.

La cláusula penal puede estipularse en el contrato principal o posteriormente mediante otro contrato.

4.2. Características

La cláusula penal, como garantía personal que es, tiene las siguientes características:

4.2.1. Obligación accesoria

Es una obligación accesoria, en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal y no puede subsistir sin ella. Esto implica que *la nulidad de la cláusula penal no acarrea la de la obligación principal, pero la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal. Art. 1.552 C. Civil.*

El principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal tiene su excepción en lo estipulado en el inciso 2o. y 3o. del Art. 1.552 C. Civil: Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona.

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

La acción para exigir que se pague la pena prescribe conjuntamente con la obligación principal. Ello se desprende de lo dispuesto por el Art. 2.416 del C. Civil: La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden.

4.2.2. Garantía personal

La cláusula penal, es una garantía personal, en cuanto a que asegura el cumplimiento de una obligación sin afectar a bienes determinados. Arts. 1488 y 1553 C. Civil.

Eficacia de las obligaciones accesorias a una natural.- *Las fianzas, prendas, hipotecas y cláusulas penales constituidas por terceros, para seguridad de estas obligaciones, valdrán: Art. 1488 C Civil.*

La cláusula penal constituida para seguridad de una obligación civil, se mantiene para la obligación natural en que se convierta la civil. El acreedor de obligación natural, entonces, no puede exigir

el cumplimiento de la obligación principal, pero sí puede exigir la ejecución de la cláusula penal.

4.2.3. Obligación condicional

Es una obligación condicional, en cuanto a que la pena pactada está sujeta al evento (caso futuro e incierto) de que no se cumpla la obligación principal o de que se retarde su cumplimiento. Justamente la obligación cuya exigibilidad depende de la realización de un hecho futuro e incierto es una obligación condicional. Art. 1.489 C. Civil.

4.2.4. Obligación subsidiaria

Es una obligación subsidiaria. El pago de la pena se genera cuando no se cumple con la obligación principal; o, si la obligación es negativa, el deudor incurre en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse. Art. 1.554, inc. 2o., C. Civil.

4.2.5. Inmutable y releva de la prueba de perjuicios.

Es inmutable y releva de la prueba de perjuicios. Pues, conforme lo dispone el Art. 1558 C. Civil: *Podrá exigirse la prueba en cuantos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.*

4.3. Clausula penal enorme

La regla general es que el contrato es ley para las partes; pero en el caso de la cláusula penal se ha establecido una excepción. Pues la ley establece limitaciones en lo que se refiere a la cuantía de la pena. Así el Art. 1.560 C. Civil permite la reducción de la cláusula penal enorme.

Existe cláusula penal enorme cuando se ha pactado la pena por una cantidad que excede al doble de la obligación principal. En

este caso podrá pedirse que la pena se rebaje en lo que exceda al duplo de la obligación principal.

El Art. 1.560 C. Civil establece como regla general que la cuantía de la pena no debe exceder al duplo de la obligación principal. Esta regla general tiene dos excepciones:

4.- No se aplica al mutuo. En el mutuo se puede rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. Art. 1.560, inc. 2o. y 3o., C. Civil.

5.- No se aplica a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En este caso se deja a prudencia del juez moderar la pena, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme. Ejemplo: se contrata la venta de materia prima, con la obligación de no vender a la competencia. Por la materia prima se paga dos millones de dólares y la multa se la establece en doscientos millones de dólares.

Se puede estipular en el contrato que a más de la pena se pague la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.

El Art. 1.560 C. Civil se refiere a la cláusula penal en un contrato comunitativo, en que una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse. En este caso, la Ley otorga al deudor el derecho de pedir que se rebaje la pena en lo que exceda al duplo de la obligación principal, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) que por el pacto principal, una de las partes se obligue a pagar una cantidad determinada;

b) que se obligue a pagar esa cantidad determinada como equivalente a la que la otra parte deba prestar; y,

c) que la pena consista asimismo en el pago de una cantidad determinada. Es decir, si la pena consiste en la ejecución de un hecho, ya no se aplica esta disposición del Art. 1.560, inc. 1o.

4.4. Medios de pago de la cláusula penal

Los perjuicios se indemnizan en dinero; en cambio la pena consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento. Art. 1.551 C. Civil. La pena se cumple pagando en dinero o dando otra cosa o ejecutando el hecho determinado.

4.5. Exigibilidad de la cláusula penal

De conformidad con lo previsto en el Art. 1.553 del C. Civil, el cumplimiento de la pena puede pedirse a partir de que el deudor se haya constituido en mora; antes de ello el acreedor sólo podrá demandar la obligación principal.

Si la obligación es positiva, la pena se debe desde que el deudor se ha constituido en mora. Si la obligación es de no hacer, desde el momento en que el deudor contraviene la obligación; puesto que en esta clase de obligaciones no hay mora.

Ahora, la determinación de si el acreedor puede pedir o no a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, depende de si la pena es compensatoria o moratoria. Si la pena es compensatoria, esto es que se ha estipulado la pena por el incumplimiento de la obligación, no procede generalmente la acumulación de la pena con la obligación principal, salvo el caso que la Ley autorice esta acumulación o cuando se ha estipulado en el contrato que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.

Si la pena es moratoria, esto es que ha sido estipulada por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, procede la acumulación de la pena con la obligación principal, sin necesidad de que se haya estipulado así expresamente; basta que la pena haya sido estipulada por el simple retardo. Se trata de indemnizar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal.

En el caso de la pena compensatoria, la ley exige una estipulación expresa; pero para la pena moratoria la ley no exige estipulación expresa sino que basta que “aparezca haberse estipulado”.

Por ejemplo, señalan algunos autores, si la pena fuere infinitamente inferior a la obligación principal, puede presumirse que la pena se ha estipulado por el simple retardo y no para indemnizar la obligación principal.

“La regla general en el Derecho, es que la pena sea compensatoria, de modo que en los casos de duda acerca del carácter de la pena, o si las partes nada han dicho, el juez debe inclinarse a la pena compensatoria, y en consecuencia no ordenará su acumulación con la obligación principal. Pero no hay ningún inconveniente para que puedan acumularse la pena compensatoria con la moratoria”, Alessandri R. Arturo. Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional. Pág. 137.

4.6. Cláusula penal en un contrato

CONTRATO DE ASOCIACION PARA EL SERVICIO DE TRANSPORTE

DECIMA QUINTA.- Cláusula penal: En todo caso en que el socio NN incumpla las obligaciones y estipulaciones previstas en este contrato, en los estatutos y reglamentos de la compañía y por las resoluciones de los órganos de la compañía, pagará a la Compañía ANDINAEXPRESS CIA. LTDA. la suma de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, independientemente de los daños y perjuicios que pueda reclamar la compañía. Por el pago de esta pena no se entiende extinguida la obligación principal.

Capítulo 5. DE LA PRENDA

5.1. Concepto.-Naturaleza.- Características

Por el contrato de prenda se entrega o se pone a disposición del acreedor una cosa mueble, para la seguridad de su crédito.

La cosa entregada se llama prenda.

La prenda es una garantía real.

Podemos destacar las siguientes características de la prenda, conforme a disposiciones del Código Civil:

- 1.- La prenda podrá otorgarse bajo cualquiera condición y desde o hasta cierto día.
- 2.- Puede otorgarse antes o después de los contratos a que acceda.
- 3.- La prenda puede asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor prendario (prenda abierta).
- 4.- El contrato prendario se perfecciona por la entrega de la prenda al acreedor.
- 5.- La persona que tenga capacidad legal para enajenar la cosa la puede dar en prenda.
- 6.- La prenda puede ser otorgada por el deudor o por un tercero que hace este servicio al deudor.
- 7.- Se puede dar en prenda un crédito entregando el título.
- 8.- Se puede dar en prenda cosa ajena, bajo las condiciones que establece el Art. 2292 CC.
- 9.- La prenda es indivisible

5.2. Clases de prenda

El Código de Comercio establece dos clases de prenda:

- 1.- prenda comercial ordinaria; Y,
- 2.- prenda agrícola e industrial.

5.2.1. De la prenda comercial ordinaria

Esta clase de prenda está regulada por la Sección I, Capítulo Primero, Título Décimo, Libro Quinto del Código de Comercio (Arts. 624 al 636)

5.2.1.1. Concepto.

La prenda comercial ordinaria consiste en la entrega de una cosa mueble al acreedor, para la seguridad de su crédito.

La prenda permanecerá en poder del acreedor o el de un tercero elegido por las partes.

El Código de Comercio en el Art.626, inciso tercero, establece que: *Se reputa que el acreedor está en posesión de la prenda si ésta se halla en sus almacenes o en sus naves, o en los de su comisionista, en la aduana u otro depósito público o privado, a su disposición; y en caso de que sean mercaderías que aún estén en tránsito, si el acreedor está en posesión de la carta de porte o conocimiento de embarque, expedido o endosado a su favor.*

La prenda comercial ordinaria se llama también prenda pretoria.

5.2.1.2. Formalidades para la constitución.

El contrato de prenda comercial ordinaria debe celebrarse por escrito, y las firmas de las partes suscriptoras deberán estar reconocidas legalmente; deberá cumplir las formalidades y solemnidades que determina la ley para cada clase de contrato.

Puede celebrarse por documento privado. Si falta el acto escrito, la prenda no surte efecto respecto de tercero.

El contrato, que se extenderá en dos ejemplares, contendrá: las condiciones del préstamo o acto mercantil generador de la obligación a cargo del deudor prendario; si fuere dinero constará la cantidad adeudada, el interés, el plazo, y si se tratare de alguna otra obligación, la descripción de la misma. Lo sucinto de la descripción no invalida la prenda ya que, por el hecho de la suscripción de este contrato, se presume su causa. En el contrato se designará la especie u objeto dado en prenda de forma tal que la individualice y permita su identificación. Art. 629 C. de Com.

El acreedor conservará el original del contrato y al deudor se entregará el duplicado; este duplicado podrá ser reemplazado por una copia simple del mismo con tal que el acreedor conserve el original. La omisión de presentación del duplicado no invalida la vigencia de la prenda.

El Código de Comercio en el Art. 631 establece que: *En caso de pérdida, extravío o destrucción de cualquiera de los ejemplares del contrato de prenda comercial ordinaria, las partes podrán acordar la extensión de duplicados, llenando las mismas formalidades que para el otorgamiento de cualquier otro título de crédito. Ante la falta de aceptación del deudor para suscribir un nuevo contrato, el acreedor podrá hacer valer el derecho de prenda en base a cualquier documento que acredite la intención de constituir la misma, o cualquier hecho que haga razonable pensar que el acuerdo (debe decir acreedor) mantiene cierto bien o ciertos bienes, en calidad de prenda.*

Es nula toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda, o para disponer de ella en otra forma que la que la prescrita en las precedentes disposiciones: Art.636 C. de Com.

En el caso de efectos o títulos a la orden, la prenda puede constituirse mediante un endoso regular con las palabras “valor en garantía” u otras equivalentes.

Respecto de acciones, obligaciones u otros títulos nominativos, de compañías industriales, comerciales o civiles, se dejará constancia de la constitución de la prenda en el libro de registro de acciones y accionistas de la compañía, indicándose que es por causa de garantía. Art. 625 C. de Com.

La prenda de los títulos al portador se perfecciona con la entrega del título; de ello se dejará constancia en el contrato respectivo.

5.2.1.3. Derechos del acreedor prendario.

El acreedor prendario tiene los siguientes derechos:

1.- A pagarse con privilegio sobre el valor de la cosa dada en prenda. Este privilegio no subsiste sino en tanto que la cosa dada en prenda ha sido entregada al acreedor y permanece en su poder, o en el de un tercero elegido por las partes. Art. 626 C. de Com.

Las causas de preferencia (de los créditos) son solamente el privilegio y la hipoteca. Art. 2372 del C. Civil.

El crédito prendario goza de privilegio de segunda clase. Lo dicho significa que si hubiere otros acreedores que pretendan cobrar del producto del remate de la prenda y no tuvieran otro privilegio, primero se paga el capital e intereses del crédito garantizado por la prenda.

2.- Vencido el plazo de la obligación, el acreedor podrá ejercer la acción de ejecución conforme al procedimiento establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

3.- Si la prenda fuere letra de cambio, pagaré u otro efecto de comercio, el acreedor prendario tendrá los deberes y derechos del portador o los que la ley indique según el caso.

4.- Sobre toda especie de crédito dado en prenda, el acreedor tiene derecho a cobrar las sumas que se hicieren exigibles.

5.- A reembolsarse con preferencia de los gastos que la prenda le causare.

5.2.1.4. Obligaciones del acreedor prendario.

El acreedor prendario tiene las siguientes obligaciones:

1.- Ejecutar todos los actos necesarios para la conservación de la cosa dada en prenda.

2.- Si la prenda fuere letra de cambio, pagaré u otro efecto de comercio, el acreedor prendario tendrá los deberes del portador.

5.2.1.5. Acción de cobro del crédito prendario.

Vencido el plazo del crédito prendario, el acreedor tiene derecho a ejercer la ejecución para hacer cumplir la obligación contenida en el contrato prendario a través de los procedimientos establecidos en el COGEP. Para el embargo y remate de los bienes en prenda se aplicará lo dispuesto en los Arts. 367 y 371 del COGEP, conforme se analizó en el Título III de la Segunda Parte de este libro.

CONTRATO DE PRENDA ABIERTA ORDINARIA DE COMERCIO

En la ciudad de Loja, a los quince días del mes de enero del año dos mil diecinueve, por una parte, el Banco....., representado por el señor NN, en su calidad de Gerente General, a la que en adelante se llamará simplemente “EL BANCO ACREDITADOR”; y, por otra, los esposos ANGEL GALVEZ Y MARIA SAMANIEGO, por sus propios derechos, que en lo posterior se llamará simplemente “LOS DEUDORES”, convienen en celebrar el presente contrato de prenda industrial abierta, de conformidad con las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Con el objeto de caucionar todo tipo de operaciones y obligaciones que “LOS DEUDORES” tuvieran para con “El banco acreedor”, ya se trate de obligaciones anteriores, presentes o futuras; ya se trate de préstamos directos o indirectos, ya sea como obligados principales o garantes, de sobregiros contratados u ocasionales, por garantías bancarias, avales, cobranzas del exterior o del interior; y, en fin por todas las obligaciones por las que tenga que responder ante “EL BANCO ACREDOR”, cualquiera fuere la causa, “LOS DEUDORES” por su propia voluntad constituyen Prenda Abierta Ordinaria de Comercio, con el carácter de rotativa, en favor DEL BANCO ACREDOR, sobre dos mil quintales de arroz macareño, que lo mantendrán en su bodega ubicada en la calle Juan José Peña 10-48 y Rocafuerte de esta ciudad de Loja.

SEGUNDA.- En cada operación que realicen u obligación que contraigan los deudores para con el banco acreedor, se fijará los plazos, cuantía, intereses y demás condiciones, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias pertinentes y en relación al avalúo del bien que presta garantía prendaria, y se suscribirá el correspondiente contrato, título o documento; los que se consideran incorporados al presente contrato de PRENDA ABIERTA ORDINARIA DE COMERCIO.

TERCERA.- “LOS DEUDORES” se someten a todas las disposiciones legales sobre la prenda ordinaria de comercio y a las que se encuentran incorporadas a este instrumento; y, de manera especial, por efectos de este contrato “LOS DEUDORES” se comprometen a reponer los bienes prendados que hayan sido vendidos o se haya dispuesto de ellos, con otros de la misma calidad y condición. “LOS DEUDORES” exhibirán la prenda, permitirán y facilitarán su inspección por parte del Banco cuantas veces éste estime necesario, siendo de cuenta de “LOS DEUDORES” los gastos de estas diligencias.

CUARTA.- “LOS DEUDORES” se obligan a contratar por su cuenta y entregar al Banco dentro de treinta días contados

a partir de la fecha de suscripción de este contrato, una póliza de seguros contra todo riesgo en favor del Banco Acreedor, sobre el bien que es materia de la prenda según el presente contrato. La Póliza deberá tener vigencia durante el plazo de este contrato y, si fuere del caso, deberá ser renovada en forma oportuna. Esta Póliza debe cubrir la totalidad de las obligaciones de “LOS DEUDORES” para con el Banco Acreedor.

QUINTA.- “EL BANCO ACREDOR” podrá ejercitar la acción real prendaria en todo caso de vencimiento de las obligaciones que ampara este contrato. Además “EL BANCO ACRREDOR”, en forma unilateral y sin previo aviso, anticipadamente podrá dar por vencido el plazo de las obligaciones contraídas por “LOS DEUDORES”, y exigir el pago total de las mismas, así como solicitar la restitución o el embargo y remate de la prenda, bastando la afirmación del Banco como suficiente prueba de los hechos que se alega, en los siguientes casos, además de los previstos en la Ley:

a).- Si “LOS DEUDORES” dejaren de cumplir una cualquiera de las obligaciones y estipulaciones legales y de las que se contempla en este contrato, por cualquier motivo que fuere; b).- Si “LOS DEUDORES” no presentan dentro del plazo la Póliza de seguros contra riesgos de la prenda o no la renovare oportunamente; c).- Si “LOS DEUDORES” contrajesen obligaciones con personas naturales o jurídicas que gocen de privilegio en los créditos en tal forma que limiten o pongan en peligro la recaudación normal de las obligaciones; d).- Si la prenda fuere objeto de cualquier gravamen o limitación de dominio; e).- Si “LOS DEUDORES” no reponen los bienes dados en prenda; f).- Si por negligencia de “LOS DEUDORES” se produjere la desaparición o deterioro del objeto dado en prenda; g).- Si “LOS DEUDORES” abandonaren el objeto dado en prenda o incurrieren en negligencia o culpa levísima en el cuidado del mismo; h).- Si “LOS DEUDORES” incurrieren en estado de insolvencia o quiebra; i).- Si los deudores no permitieren la constatación física de la existencia de la prenda; j) En todos los

casos en los que el Banco acreedor considere que ha desmejorado la prenda y se ha limitado la posibilidad de cobrar las obligaciones.

SEXTA.- En todos los casos en que “EL BANCO ACREDOR” considere que se ha desmejorado la prenda tendrá derecho a pedir a “LOS DEUDORES” que la mejoren, de ser el caso constituyendo otro objeto en prenda en favor del Banco Acreedor, sin perjuicio del derecho del Banco de dar por vencido el plazo de las obligaciones pendientes.

SEPTIMA.- La constitución de la presente prenda no obliga al Banco a conceder préstamos ni a atender las operaciones que solicite el cliente; quedando este particular sujeto a las normas y criterio del banco.

OCTAVA.- La cuantía de este contrato es indeterminada por su naturaleza.

NOVENA.- Se estipula en indefinido el plazo de duración del presente contrato.

DECIMA.- Todos los gastos que demande la celebración y perfeccionamiento de este contrato y la posterior cancelación de la prenda, así como los honorarios y todo gasto judicial o extrajudicial que ocasione el cobro de las obligaciones que ampara la prenda, serán de cuenta exclusiva de la “LOS DEUDORES”.

DECIMA PRIMERA.- Para el caso de juicio, “LOS DEUDORES” se someten especialmente a los jueces competentes de la ciudad de Loja, a elección del “BANCO ACREDOR”; para lo que “LOS DEUDORES” renuncian fuero y domicilio; y, de manera especial se someten a lo dispuesto en la Sección I, Capítulo Primero, Título Décimo, Libro Quinto del Código de Comercio.

DECIMA SEGUNDA.- La prenda que se constituye por el presente documento se cancelará de acuerdo a Ley únicamente por orden judicial u orden escrita por el banco Acreedor.

DECIMA TERCERA.- Los deudores declaran bajo juramento que los dos mil quintales de arroz que se prendan por medio del presente instrumento, son de su exclusiva y única propiedad y no se encuentran gravados ni en poder de tercera persona.

DECIMA CUARTA.- Por convenio de las partes, los deudores señores Angel Galvez y María Samaniego se constituyen en depositarios de los dos mil quintales de arroz macareño, con todas las responsabilidades de ley.

DECIMA QUINTA.- Los deudores se obligan a permitir y facilitar al Banco, cada vez que éste lo requiera, la verificación y constatación física de la existencia de los dos mil quintales de arroz en la bodega antes especificada.

DECIMA SEXTA.- “EL BANCO ACREDITOR”, por intermedio de su representante legal; y, “LOS DEUDORES” Angel Galvez y María Samaniego, aceptan en todas sus partes las estipulaciones que se contienen en el presente documento prendario.

DECIMA SEXTA.- Se agrega como documento habilitante a este contrato, los siguientes: a).- Certificado del señor Registrador Mercantil del que consta que el objeto dado en prenda no soporta ningún gravamen; b).- Copia del nombramiento de Gerente General; y, c).- Copia del informe del perito del banco.

f) ANGEL GALVEZ
GERENTE GENERAL DEL BANCO DEUDOR PRENDARIO
Céd. Nro.
MARIA SAMANIEGO
DEUDORA PRENDARIA
Céd. Nro.

Debe hacerse el reconocimiento y autentificación de firmas en este contrato ante notario.

5.2.2. De la prenda agrícola e industrial

Esta clase de prenda está regulada por la Sección II, Capítulo Primero del Título Décimo, Libro Quinto del Código de Comercio (Arts. 637 al 660)

5.2.2.1. Concepto.

La prenda agrícola e industrial consiste en la entrega al acreedor de uno o más de los bienes determinados en la ley, para la seguridad de su crédito; bienes que no dejan de permanecer en poder del deudor.

5.2.2.2. Por lo anotado, son características esenciales de la prenda agrícola e industrial:

1.- que se constituye únicamente sobre los bienes especificados en la Sección II, Capítulo Primero del Título Décimo, Libro Quinto del Código de Comercio; mientras que, por ejemplo, la prenda comercial ordinaria se constituye sobre cualquier bien mueble.

2.- que el bien dado en prenda permanece en poder del deudor; mientras que la prenda comercial ordinaria permanecerá en poder del acreedor o en el de un tercero elegido por las partes.

La prenda agrícola puede constituirse únicamente sobre los siguientes bienes:

- a)* Animales y sus aumentos;
- b)* Frutos de toda clase, pendientes o cosechados;
- c)* Productos forestales y de industrias agrícolas; y,
- d)* Maquinarias y aperos de agricultura. Art. 639 del C. de Com.

La prenda industrial puede constituirse únicamente sobre los siguientes bienes:

- a) Maquinarias industriales;
 - b) Instalaciones de explotación industrial;
 - c) Herramientas y utensilios industriales;
 - d) Elementos de trabajo industrial de cualquier clase;
 - e) Animales destinados al servicio de cualquier industria; y,
 - f) Productos que hayan sido transformados industrialmente.
- Art. 641 C. de Com.

5.2.2.3. Formalidades para la constitución.

Para la constitución de la prenda agrícola e industrial se observará el siguiente procedimiento:

1.- Todo contrato de prenda agrícola o de prenda industrial debe celebrarse por escrito. Puede otorgarse: a) por escritura pública, o b) por documento privado legalmente reconocido.

2.- El contrato de prenda debe inscribirse en los registros especiales correspondientes que se llevarán por el Registrador Mercantil o por el Registrador de la Propiedad, en donde no haya Registrador Mercantil, en cada cantón, y que se denominan Registro de Prenda Agrícola y Registro de Prenda Industrial.

Los contratos de prenda agrícola o de prenda industrial no surtirán efecto entre las partes, ni respecto de terceros, sino desde la fecha de registro.

Si los bienes prendados estuvieren en diferentes cantones, se registrará el contrato en todos ellos.- Art.643 C. de Com.

3.- El que quisiere empeñar ganado, registrará una marca o señal en el registro de prenda agrícola, y aplicará dicha marca o señal a todo el ganado comprendido en la prenda. En el contrato se

hará constar la clase, edad, sexo, marca o señal, calidad y número del ganado. Art.644 C. de Com.

Si se quisiere empeñar otras especies no identificables mediante una marca o seña pero sí por su ubicación, lote, lugar de cría y desarrollo, deberá hacerse constar las especificaciones claras del lugar donde se lleva a cabo dicha cría, cultivo o desarrollo, con indicación de la clase y características de la especie que allí se desarrolla, el número o volumen cosechado o depositado y el volumen proyectado de producción y cualquier otra característica que permita individualizar a estos. Art. 644 C de Com.

5.2.2.4. Derechos del acreedor prendario.

El acreedor prendario tiene los siguientes derechos:

1. Remate de la prenda.

A iniciar la acción de ejecución prevista en el Código Orgánico General de Procesos, si no se paga el crédito a su vencimiento.

2. Pagarse con privilegio.

A pagarse con privilegio sobre el valor de la cosa dada en prenda. “Las causas de preferencia (de los créditos) son solamente el privilegio y la hipoteca”. Art. 2372 del C. Civil. El crédito prendario goza de privilegio de segunda clase. Lo dicho significa que si hubiere otros acreedores que pretenden cobrar del producto del remate de la prenda y no tuvieran otro privilegio, primero se paga el capital, intereses y costas del crédito garantizado por la prenda.

3. Casos en que el acreedor prendario puede pedir el embargo y remate de bienes no prendados.

Si el producto de la venta no bastare para el pago del capital, los intereses y las costas, el acreedor podrá pedir, en el mismo juicio, el remate de otros bienes suficientes del deudor; pero en el precio de

la venta de éstos, no gozará de la antedicha preferencia. 657, inciso 2º. C. de Com.

4. Casos en que el acreedor tiene derecho a pedir al deudor que mejore la prenda.

El acreedor prendario tendrá derecho en todo tiempo a exigir al deudor que le mejore la prenda si las cosas que la constituyen se perdieren o deterioraren en términos de no ser suficientes para la seguridad de la deuda, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente.- Art.649, inciso 2º. C. de Com.

5. Derecho del acreedor a inspeccionar los bienes dados en prenda.-

El acreedor, personalmente o por medio de sus representantes, tiene el derecho de inspeccionar los objetos empeñados, cuando quiera hacerlo. Si el deudor rehúsa permitir la inspección, el acreedor podrá pedir el auxilio de la Fuerza Pública. Los gastos de la inspección serán de cuenta del acreedor.- Art.653 C. de Com.

6. Medidas que puede pedir el acreedor prendario ante el intento de enajenación o traspaso de tenencia del inmueble en el cual están los objetos bienes en prenda.

Si el deudor intentare enajenar la finca o el inmueble en el cual están los objetos dados en prenda, o arrendarlos, o celebrar respecto de ellos cualquier otro contrato que implique el traspaso de la tenencia de la finca o inmueble, no se inscribirá la respectiva escritura ni se verificará la entrega de la finca o inmueble, sin el consentimiento escrito y registrado del acreedor prendario.

Si en los casos antes mencionados el deudor intentare, por cualquier medio, eludir sus obligaciones, el acreedor podrá pedir el secuestro de la finca o inmueble, o que el juez le entregue en anticresis judicial o prenda pretoria, para administrarlo y pagarse

con sus frutos. Caducará el secuestro si el acreedor no pide el remate de la prenda dentro de quince días contados desde la fecha del vencimiento del plazo. Art.654 C. de Com.

7. Aseguramiento de los objetos empeñados mediante póliza.

Si el acreedor exigiere que se aseguren los objetos empeñados, se hará extender la póliza a favor de él, a fin de que pueda cobrar el seguro en caso de daño, y reembolsarse en cuanto sea posible el monto del préstamo y los intereses y gastos . Art. 650 C. de Com.

5.2.2.5. Prescripción de los derechos del acreedor.

De conformidad con lo dispuesto en el Art.648 del C. de Com, los derechos del acreedor prendario prescriben en dos años, tiempo que se cuenta desde el vencimiento del plazo. Prescrito el derecho subsiste la posibilidad de que el acreedor ejerza su crédito pero sin el privilegio del contrato de prenda.

5.2.2.6. Prohibición de embargo de la prenda por otros acreedores.

La disposición del Art.655 del C. de Com prohíbe el embargo de los objetos empeñados por otros acreedores, a menos que los hayan empeñado o comprendido en hipoteca por contrato anterior. Si se llegare a embargar bienes prendados, el acreedor prendario podrá comparecer en el juicio y con base en el contrato de prenda en vigencia pedir la cancelación del embargo.

5.2.2.7. Obligaciones, derechos y responsabilidad del deudor prendario.

El deudor prendario tiene las siguientes obligaciones, derechos y responsabilidades:

1.- El deudor está obligado a cuidar de los objetos empeñados y responderá de ellos. Art.649 C. de Com.

2.- Según lo dispuesto por el Art. 651 C.de Com, el deudor puede vender los frutos de los objetos empeñados, así como los objetos mismos; pero no podrá entregarlos sin el consentimiento escrito del acreedor, o sin haber pagado totalmente la deuda y cancelado el contrato

3.- El deudor prendario no podrá remover los objetos empeñados del lugar en que se efectúa la explotación agrícola o industrial, sin el consentimiento del acreedor. Art.652 C. de Com.

5.2.2.8. Cesión del derecho de prenda.

El traspaso del crédito conlleva el del derecho de prenda agrícola o industrial. En el documento que contenga el contrato de prenda, que se entregará al nuevo acreedor, se hará constar la transferencia, su fecha y el nombre del cessionario, con la firma del acreedor cedente: Art. 645 C de Com. La notificación se hará mediante diligencia notarial, conforme a lo dispuesto por el Art. 18.28 de la Ley Notarial. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido.

5.2.2.9. Acción de cobro del crédito prendario.

El contrato prendario es un título de ejecución; por consiguiente, para hacer cumplir la obligación contenida en este título se seguirá el pertinente procedimiento de ejecución establecido en el COGEP, según hemos comentado en el Título III de la Segunda Parte de este Libro.

5.2.2.10. De la prenda abierta.

La Ley no ha establecido prenda con este nombre de “abierta”; pero el Art. 2287 del Código Civil establece que la prenda *podrá*

asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda. Podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor prendario. Y en ello consiste la prenda abierta. (Ver comentario sobre la hipoteca abierta)

CONTRATO DE PRENDA INDUSTRIAL ABIERTA

En la ciudad de Loja, a los doce días del mes de enero del año dos mil dieciocho, por una parte, el Banco....., representado por el señor NN, en su calidad de Gerente General, a la que en adelante se llamará simplemente “EL BANCO ACREEDOR”; y, por otra, los esposos DIEGO PEREZ Y ZOILA NARANJO, por sus propios derechos, que en lo posterior se llamará simplemente “LOS DEUDORES”, convienen en celebrar el presente contrato de prenda industrial abierta, de conformidad con las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Con el objeto de caucionar todo tipo de operaciones y obligaciones que “LOS DEUDORES” tuvieren para con “El banco acreedor”, ya se trate de obligaciones anteriores, presentes o futuras; ya se trate de préstamos directos o indirectos, ya sea como obligados principales o garantes, de sobregiros contratados u ocasionales, por garantías bancarias, avales, cobranzas del exterior o del interior; y, en fin por todas las obligaciones por las que tenga que responder ante “EL BANCO ACREEDOR”, cualquiera fuere la causa, “LOS DEUDORES” por su propia voluntad constituyen Prenda Industrial Abierta, Especial y Preferente, en favor DEL BANCO ACREEDOR, sobre el vehículo de su propiedad que tiene las siguientes características: camioneta, color rojo, marca MITSUBISHI, año 1998, modelo L-200-4x2, tipo Pick-Up, motor No. 4G63RC4080.-El vehículo dado en prenda ha sido avaluado en treinta mil dólares; y, el deudor declara que se encuentra libre de gravámenes. Este vehículo permanecerá en la ciudad de Loja.

SEGUNDA.- En cada operación que realice u obligación que contraigan los deudores para con el banco acreedor, se fijará los plazos, cuantía, intereses y demás condiciones, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias pertinentes y en relación al avalúo del bien que presta garantía prendaria, y se suscribirá el correspondiente contrato, título o documento, los que se consideran incorporados al presente contrato de PREnda INDUSTRIAL ABIERTA.

TERCERA.- “LOS DEUDORES” se someten a todas las disposiciones legales sobre la prenda y a las que se encuentran incorporadas a este instrumento; y, de manera especial, por efectos de este contrato “LOS DEUDORES” no podrán enajenar, permutar, arrendar, gravar, limitar el dominio ni movilizar la prenda de esta ciudad de Loja, sin previa autorización escrita del banco Acreedor, a no ser que la movilización se deba al trabajo habitual. “LOS DEUDORES” exhibirán la prenda, permitirán y facilitarán su inspección por parte del Banco cuantas veces éste estime necesario, siendo de cuenta de “LOS DEUDORES” los gastos de estas diligencias.

CUARTA.- “LOS DEUDORES” se obligan a contratar por su cuenta y entregar al Banco dentro de treinta días contados a partir de la fecha de suscripción de este contrato, una póliza de seguros contra todo riesgo en favor del Banco Acreedor, sobre el bien que es materia de la prenda según el presente contrato. La Póliza deberá tener vigencia durante el plazo de este contrato y, si fuere del caso, deberá ser renovada en forma oportuna. Esta Póliza debe cubrir la totalidad de las obligaciones de “LOS DEUDORES” para con el Banco Acreedor.

QUINTA.- “EL BANCO ACREDOR” podrá ejercitar la acción real prendaria en todo caso de vencimiento de las obligaciones que ampara este contrato. Además “EL BANCO ACRREDOR”, en forma unilateral y sin previo aviso, anticipadamente podrá dar

por vencido el plazo de las obligaciones contraídas por “LOS DEUDORES”, y exigir el pago total de las mismas, así como solicitar el embargo y venta en pública subasta de la prenda, bastando la afirmación del Banco como suficiente prueba de los hechos que se alega, en los siguientes casos, además de los previstos en la Ley:

a).- Si “LOS DEUDORES” dejaren de cumplir una cualquiera de las obligaciones y estipulaciones legales y de las que se contempla en este contrato, por cualquier motivo que fuere; b).- Si “LOS DEUDORES” no presentan dentro del plazo la Póliza de seguros contra riesgos de la prenda o no la renovare oportunamente; c).- Si “LOS DEUDORES” contrajesen obligaciones con personas naturales o jurídicas que gocen de privilegio en los créditos en tal forma que limiten o pongan en peligro la recaudación normal de las obligaciones; d).- Si la prenda fuere objeto de cualquier gravamen o limitación de dominio; e).- Si “LOS DEUDORES” indebidamente removieren o permitieren remover la prenda del lugar en donde debe permanecer; f).- Si por negligencia de “LOS DEUDORES” se produjere la desaparición o deterioro del objeto dado en prenda; g).- Si “LOS DEUDORES” abandonaren el objeto dado en prenda o incurrieren en negligencia o culpa levísima en el cuidado del mismo; h).- Si “LOS DEUDORES” incurrieren en estado de insolvencia o quiebra; i).- En todos los casos en los que el Banco acreedor considere que ha desmejorado la prenda y se ha limitado la posibilidad de cobrar las obligaciones.

SEXTA.- En todos los casos en que “EL BANCO ACREDOR” considere que se ha desmejorado la prenda tendrá derecho a pedir a “LOS DEUDORES” que la mejore, de ser el caso constituyendo otro objeto en prenda en favor del Banco Acreedor, sin perjuicio del derecho del Banco de dar por vencido el plazo de las obligaciones pendientes.

SEPTIMA.- La constitución de la presente prenda no obliga al Banco a conceder préstamos ni a atender las operaciones

que solicite el cliente; quedando este particular sujeto a las normas y criterio del banco.

OCTAVA.- La cuantía de este contrato es indeterminada por su naturaleza.

NOVENA.- Se estipula en indefinido el plazo de duración del presente contrato, desde su inscripción en el Registro Mercantil.

DECIMA.- Todos los gastos que demande la celebración y perfeccionamiento de este contrato y la posterior cancelación de la prenda, así como los honorarios y todo gasto judicial o extrajudicial que ocasione el cobro de las obligaciones que ampara la prenda, serán de cuenta exclusiva de la “LOS DEUDORES”.

DECIMA PRIMERA.- Para el caso de juicio, “LOS DEUDORES” se someten especialmente a los jueces competentes de la ciudad de Loja, a elección del “BANCO ACREDOR”; para lo que “LOS DEUDORES” renuncian fuero y domicilio; y, de manera especial se someten a lo dispuesto en la Sección II, Título XV, Libro Segundo del Código de Comercio; y, a las normas del Código Orgánico Monetario y Financiero relacionadas con la prenda.

DECIMA SEGUNDA.- Por convenio de las partes, los deudores señores Diego Pérez y Zoila Naranjo, se constituyen en depositarios de la prenda, con todas las responsabilidades de ley.

DECIMA TERCERA.- La prenda que se constituye por el presente documento se cancelará de acuerdo a Ley únicamente por orden judicial u orden escrita por el banco Acreedor.

DECIMA CUARTA.- Los deudores declaran bajo juramento que el vehículo que se prenda por medio del presente instrumento, es de su exclusiva y única propiedad, y no pesa sobre él ningún gravamen.

DECIMA QUINTA.- “EL BANCO ACREDITADOR”, por intermedio de su representante legal; y, “LOS DEUDORES” Diego Pérez y Zoila Naranjo de Pérez, aceptan en todas sus partes las estipulaciones que se contienen en el presente documento prenderio.

DECIMA SEXTA.- Se agrega como documento habilitante a este contrato, los siguientes: a).- Certificado del señor Registrador Mercantil del que consta que el objeto dado en prenda no soporta ningún gravamen; b).- Copia del nombramiento de Gerente General; y, c).- Copia del informe del perito del banco.

f) DIEGO PEREZ

GERENTE GENERAL DEL BANCO DEUDOR PRENDARIO
Céd. Nro.

ZOILA NARANJO

DEUDORA PRENDARIA

Céd. Nro.

El reconocimiento de firmas se hará ante notario Art. 18.9 Ley Notarial.

5.3. Contrato de Prenda Aeronáutica.

El Código de Comercio regula el contrato de prenda aeronáutica en el Capítulo Quinto, Título Tercero, del Libro Séptimo (Arts. 1273 al 1280)

El Código de Comercio establece las siguientes reglas para la prenda aeronáutica:

1^a.- El contrato de préstamo a mutuo en dinero con garantía especial de prenda aeronáutica queda sujetos a las disposiciones del Código de Comercio, y en lo que éste no contemple, a las de la

prenda industrial, y a la falta de unas y otras, a las del Código Civil, siempre que no se opongan a la naturaleza de la prenda aeronáutica.

2^a.- Podrá constituirse prenda aeronáutica sobre las aeronaves, sus motores, hélices, partes y repuestos.

3^a.- El contrato de prenda aeronáutica deberá constar en instrumento público o privado legalmente reconocido o autenticado ante notario público, si fuere del caso, y se lo inscribirá en el registro aeronáutico nacional.

4^a.- El deudor conservará la posesión y tenencia de los bienes materia de prenda aeronáutica, incluyéndose el derecho de usarlos.

5^a.- Los derechos del acreedor establecidos en el contrato de prenda aeronáutica se extienden al importe de las indemnizaciones previstas en los seguros contratados con respecto a los bienes pignorados.

6^a.- En caso de falta de pago, la ejecución deberá someterse a lo establecido en el Libro V del Código Orgánico General de Procesos.

Capítulo 6. DE LA HIPOTECA

6.1. Concepto

El Código Civil en el Art. 2309 define a la hipoteca así: Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

La hipoteca es un derecho real constituido sobre inmuebles, que permanecen en poder del propietario que la constituye, y que otorga al acreedor principalmente el derecho de persecución del

bien y el de preferencia en el cobro del crédito cuando se remata el bien.

6.2. Características

Se pueden destacar las siguientes características de la hipoteca:

1.- **Derecho real.**- La hipoteca es un derecho real, porque se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

2.- **Se constituye sobre inmuebles.** Inmuebles, fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles: Art. 586 C. Civil.

3.- **Permanencia del bien.**- El inmueble constituido en hipoteca permanece en poder del deudor-propietario o del garante-propietario, que la constituye.

4.- **Carácter accesorio.**- La hipoteca accede al cumplimiento de una obligación principal; garantiza una obligación principal; y por ello la hipoteca es accesoria. La obligación principal puede emanar de la Ley, del contrato, del delito o cuasidelito.

5.- **Derecho de persecución.**- La hipoteca otorga al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido; salvo el caso que se la haya adquirido en pública subasta, ordenada por el juez. Art. 2330 C. Civil.

Mas para que esta excepción surta efecto en 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: Art. 2330 C. Civil.

6.- **Derecho de preferencia.**- La hipoteca da un derecho de preferencia en el cobro del crédito (tercera clase de crédito). Art. 2.379 C. Civil.

Las causas de preferencia de los créditos son solamente: 1) el privilegio; y, 2) la hipoteca. Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase determinadas por el Título XXXIX DE LA PRELACION DE CREDITOS, del Código Civil. La tercera clase de créditos comprenden los hipotecarios.

7.- **Registro público.**- La hipoteca se inscribe en el Registro de la Propiedad correspondiente; que es un registro público, con lo que se le da publicidad.

8.- **Principio de enajenación.**- La hipoteca es un principio de enajenación.

9.- **Indivisibilidad.**- La hipoteca es indivisible.

6.3. Requisitos para la existencia y perfeccionamiento del contrato de hipoteca

El contrato de hipoteca, para su validez, debe cumplir dos solemnidades:

1.- debe otorgarse por escritura pública;

2.- la hipoteca deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente. Esta inscripción tiene dos efectos: a. constituye la tradición del derecho real de hipoteca; b. constituye solemnidad del contrato de hipoteca, porque sin la inscripción “no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción”. Arts. 2.311, 2.312 y 2.314 C. Civil.

Además debe individualizarse el bien hipotecado.

6.4. Contratos hipotecarios celebrados en nación extranjera

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 2.313 C. Civil, los contratos hipotecarios celebrados en nación extranjera surten efecto con respecto a los bienes situados en el Ecuador; pero para ello debe inscribirse en el Registro de la Propiedad del Cantón en donde estos bienes existen. Esta norma es una aplicación del precepto del Art. 15 C. Civil que establece que los dueños de bienes situados en el Ecuador pueden celebrar, acerca de estos bienes, contratos válidos en nación extranjera.

Asimismo, como una de las exigencias para la validez de la hipoteca es el que el contrato se celebre por escritura pública, en virtud de lo dispuesto por el Art. 17 C. Civil en el sentido de que: En los casos en que las leyes ecuatorianas exigen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas, la hipoteca celebrada en el extranjero debe otorgarse por escritura pública para que tenga validez en el Ecuador.

6.5. Concurrencia de acreedor y deudor por escrituras separadas. Declaracion unilateral del que la constituye

Se presentan tres situaciones con respecto a la concurrencia de acreedor y deudor a la escritura pública de hipoteca:

1.- Normalmente en la escritura pública de hipoteca concurren el propietario del inmueble constituyendo la hipoteca; y, el acreedor aceptándola, con lo que el contrato se perfecciona.

2.- “También nadie ha negado valor a la hipoteca en que concurran acreedor y deudor en escrituras separadas” Arturo Alessandri Rodríguez, ob. cit., tomo IV, pág. 645.

3.- Se constituye la hipoteca por la sola declaración del deudor; y, no comparece el acreedor para su aceptación ni siquiera por escritura separada.

Al respecto, Arturo Alessandri Rodríguez, ob. cit., tomo IV, pág. 646, sobre la validez de esta hipoteca unilateral dice: “Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, estudiando precisamente el punto, reconoció validez a esta hipoteca unilateral”. Otros tratadistas (Manuel Somarriva) dicen que la hipoteca por declaración unilateral de voluntad no tiene valor.

Si la hipoteca se ha constituido por la sola declaración del deudor, pero luego se producen actos de aceptación tácita del acreedor, tal hipoteca es válida.

Hay casos de excepción en los que la hipoteca no se constituye entre acreedor y deudor; como la hipoteca que rinde el procesado para suspender los efectos de la prisión preventiva y garantizar su presencia (Art. 543 COIP); la hipoteca que presta el curador para discernir la curaduría. Art. 401 C. Civil.

Asimismo, el Art. 2311, inc. 2º, dispone que: Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede. En otras palabras, esta disposición establece que, de manera facultativa, se puede otorgar la hipoteca y el contrato a que accede en una misma escritura. En consecuencia, se entiende también que la hipoteca y el contrato a que accede pueden otorgarse por escritura separada.

6.6. La hipoteca es un principio de enajenación

Si la acepción amplia de enajenación comprende la transferencia de dominio y la constitución de derechos reales, la hipoteca es un principio de enajenación; pues la hipoteca da al acreedor el derecho de rematar el bien si el deudor no cumple con la obligación; así como el derecho de perseguir el inmueble

hipotecado, sea quien fuere el que lo posea y a cualquier título que lo haya adquirido. Art. 2330 C. Civil.

Por este hecho de que la hipoteca es un principio de enajenación, el Art. 2316 C. Civil dispone que: No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos y con los requisitos necesarios para la enajenación. Por ello tampoco pueden hipotecarse los bienes embargados.

6.7. Indivisibilidad de la hipoteca

El Código Civil en el Art. 2310 establece que: 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. Art. 2310 C. Civil.

Respecto al tema de la indivisibilidad de la hipoteca cabe distinguir dos situaciones: 1. la indivisibilidad de la hipoteca se refiere a la acción real hipotecaria; 2. la acción personal del contrato (principal) que garantiza la hipoteca, será divisible si la obligación es de dar, e indivisible si la obligación es de hacer.

De conformidad con lo previsto en el Art. 2310 C. Civil, la indivisibilidad de la hipoteca se refiere: 1) al bien hipotecado; 2) al crédito. Así:

1.- Indivisibilidad del crédito: cada parte de ellas (de las cosas hipotecadas) están obligadas al pago de TODA deuda.... Art. 2310 C. Civil.

Si, por ejemplo, el inmueble hipotecado se subdivide en diez lotes, el acreedor puede exigir al propietario de cualquier lote el total del crédito porque cada parte de la cosa hipotecada está obligada al pago de TODA la deuda; y, cada lote queda afectado al total de la hipoteca. Además el deudor tendrá derecho a que se le cancele la hipoteca cuando haya pagado íntegramente la deuda.

2.- **Indivisibilidad del bien hipotecado.** Cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago... de cada parte de ella (de la deuda): Art. 2310 C. Civil.

Es decir que si se persigue el cobro de parte de la deuda no cabe que el deudor responda con parte del bien hipotecado.

Renuncia de la indivisibilidad.- La indivisibilidad de la hipoteca está establecida en beneficio exclusivo del acreedor; por lo tanto, de conformidad con lo previsto en el Art. 11 del C. Civil, el acreedor puede renunciar la indivisibilidad.

6.8. Requisitos para la celebración del contrato de hipoteca

Estos requisitos son de dos clases:

1.- de fondo, que son los requisitos generales de todo contrato: capacidad legal, consentimiento, objeto lícito, causa lícita. En lo que se refiere a capacidad debemos destacar que el deudor que constituye la hipoteca debe tener capacidad para enajenar.- No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para la enajenación.

El propietario del inmueble puede constituir hipoteca para garantizar obligación u obligaciones propias, así como también para seguridad de obligaciones ajenas; pero no habrá acción personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente a ella. Por ello, para que el acreedor pueda ejercer acción personal contra el dueño del inmueble, en el contrato de hipoteca debe establecerse que él se obliga de manera personal y solidaria. Arts. 2316, 2332 CC.

2.- de forma: Para la validez de la hipoteca debe cumplirse los siguientes requisitos:

- La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos: Art. 2311 CC.
- El contrato de hipoteca debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. Surte efecto desde la fecha de esta inscripción, inclusive si se hubiese validado con fecha posterior por adolecer de nulidad relativa.

6.9. Bienes susceptibles de hipotecarse y bienes a los que se extiende.

La hipoteca puede tener lugar sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves.- Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves pertenecen al Código de Comercio. Art. 2320 CC.

El deudor para garantizar la obligación u obligaciones ante el acreedor puede hipotecar entonces un lote de terreno, una casa, una finca, que posea en propiedad o usufructo.

La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros. Art. 2322 CC.

Si el bien hipotecado recibe aumentos y mejoras, la hipoteca se extiende también a todos estos aumentos y mejoras. Art. 2323.

Asimismo, la hipoteca se extiende a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes, Art. 2324 CC.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 2319, 2320, 2321 y 2.325 del C. Civil, la hipoteca podrá tener lugar sobre los siguientes bienes:

- 1.- bienes raíces que se posean en propiedad;
- 2.- bienes raíces que se posean en usufructo;

- 3.- bienes futuros;
- 4.- el inmueble que se ha dado al acreedor en anticresis;
- 5.- sobre naves;
- 6.- sobre minas y canteras;
- 7.- hipoteca de cuota.

6.9.1. Hipoteca de bienes raíces que se posean en propiedad o se adquieran en el futuro.-

Puede hipotecarse:

- 1.- la propiedad absoluta o plena sobre un inmueble;
- 2.- puede hipotecarse también la nuda propiedad (propiedad sin el usufructo);
- 3.- se puede hipotestar la propiedad fiduciaria, previa decisión judicial. El juez podrá autorizar la hipoteca por causa de utilidad o necesidad manifiestas. Arts. 770 y 418 del C. Civil;

4.- Hipoteca bajo condición.-

La condición consiste en un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

Entre las clases de condiciones está la suspensiva y la resolutoria. La primera que implica que, mientras no se cumpla, suspende la adquisición de un derecho; y, la resolutoria que significa que por su cumplimiento se extingue un derecho.

Por disposición del Art. 2315 CC, la hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier condición, y desde o hasta cierto día.

Si se 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 su inscripción.

Puede hipotecarse el bien inmueble sobre el que se tenga un derecho eventual, limitado o rescindible (sujeto a condición o limitación). En este caso, se entiende (presunción de derecho) que la hipoteca se constituye con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese. Art. 2.318 C. Civil.

Si el derecho eventual que se tiene sobre una cosa está sujeto a una condición resolutoria y se lo grava con hipoteca, no podrá resolverse el gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública. Art. 1.507 C. Civil.

5.- **Hipoteca de bienes futuros.**- Pueden hipotecarse los bienes que el deudor adquiera en el futuro. Pero, por disposición del Art. 2321 CC, la hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir en cuanto a los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo, y a medida que los adquiera.

Al respecto, debemos tener presente que, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1477 del CC, pueden ser objeto de declaración de voluntad las cosas que existen; pero también las cosas que se espera que existan, siempre que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

6.- **Hipoteca en propiedad horizontal.**- Puede hipotecarse el piso, departamento o local que se posee en propiedad horizontal.

En el gravamen hipotecario (igual que en la transferencia o embargo) de un departamento, piso o local, se entenderán comprendidos los derechos sobre los bienes comunes, que serán proporcionales al valor del piso, departamento o local. No podrá constituirse hipoteca con relación a los bienes comunes separadamente del piso, departamento o local a que acceden. Art. 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Ahora, cuáles son los bienes comunes?. El Art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal señala que, en los casos de edificaciones de más de un piso, se reputan bienes comunes y de dominio indivisible para cada uno de los propietarios del inmueble, los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso, departamento o local, tales como el terreno, los cimientos, estructuras, los muros, la techumbre; así como las instalaciones de servicios generales, tales como calefacción, refrigeración, energía eléctrica, alcantarillado, gas y agua potable; los vestíbulos, patios, puertas de entrada, escalera, accesorios, habitación del portero y sus dependencias y otros establecidos por las municipalidades en sus ordenanzas.

Si el edificio en propiedad horizontal se destruyera en su totalidad o se deteriorare en una proporción que represente, a lo menos, las tres cuartas partes de su valor, o se ordenare su demolición de conformidad con el Art. 895 del C. Civil, cualesquiera de los copropietarios podrá pedir la división de dichos bienes. Art. 14 de la Ley de Propiedad Horizontal. En este caso, dividido el inmueble, subsistirá la hipoteca en la proporción respectiva. Art. 8 LPH.

Se puede constituir hipoteca sobre un piso, departamento o local que se construya en propiedad horizontal en el futuro. Al respecto, el Art. 9 de la LPH establece que la hipoteca constituida sobre un piso, departamento o local que ha de construirse en un terreno en que el deudor es condeño, gravará su cuota en el terreno desde la fecha de la inscripción, y al piso, departamento o local que se construya, sin necesidad de nueva inscripción.

En el caso de que el edificio constituido en propiedad horizontal fuere destruido total o parcialmente y luego reconstruido, subsistirán las hipotecas en las mismas condiciones que antes. Art. 17 LPH.

7.- Hipoteca del inmueble dado en anticresis

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 2341 del CC, puede hipotecarse a favor del acreedor el inmueble que le ha sido dado en anticresis; es decir, que se puede constituir hipoteca a favor del acreedor anticrético sobre el inmueble que se le ha entregado para que se pague con sus frutos.

También puede darse en anticresis al acreedor el inmueble respecto del que se ha constituido hipoteca a favor del acreedor.

Recordemos que: Anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz, para que se pague con sus frutos: Art. 2337 CC.

6.10. Hipoteca de Cuota.

Se discute si la hipoteca es sobre la cuota en la comunidad o sobre la cuota en el inmueble. “Somarriba se inclina por la segunda idea, pues la hipoteca recae siempre sobre inmuebles, y la universalidad no es un inmueble”. Alessandri R., ob. cit., pág. 652.

El Art. 2319 del C. Civil dispone que, en caso de que se hipoteque una cuota de un bien común, si luego se divide este bien común, la hipoteca afectará a los bienes que en razón de esa cuota se adjudiquen al comunero, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca.

Pero, también existe la inquietud de si caduca la hipoteca cuando los bienes hipotecables son adjudicados a un tercero que no es comunero. En este caso subsiste la hipoteca.

Sin embargo, podrá subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes, si éstos consintieren en ello, y así constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria Art. 2319 CC.

6.11. Hipoteca de bienes raíces que se poseen en usufructo e hipoteca sobre un usufructo

El Art. 778 del CC define al derecho de usufructo en los siguientes términos: *es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.*

Respecto a la hipoteca sobre usufructo, cabe aclarar que en este caso la hipoteca se constituye sobre el bien raíz que se posee en usufructo. Asimismo debemos tener presente que la hipoteca sobre un usufructo no se extiende a los frutos percibidos Art. 2325 CC.

6.12. Hipoteca de cosa ajena

Según el contexto de nuestra legislación, la hipoteca de cosa ajena es válida. En la doctrina es discutida la validez de la hipoteca de cosa ajena.

Si se hipoteca cosa ajena, la hipoteca no se adquiere por tradición, porque quien la constituye no es el propietario del bien; pero en cambio la hipoteca sirve de título para poseer y llegar a prescribir. Es decir, que en este caso, el acreedor adquiere la hipoteca por prescripción; pues de conformidad con lo establecido en el Art. 2.398 del C. Civil se ganan por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, así como los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados; y, el de hipoteca es un derecho real. Art. 595 C. Civil.

Según lo dispuesto en el Art. 699 del C. Civil en el caso de tradición de cosa ajena, no se adquiere el dominio por la tradición, sino que la tradición sirve de título para poseer y llegar a adquirir por prescripción. Y, por lo dispuesto en el Art. 686 del C. Civil: Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales, como el de hipoteca.

Además la tradición de cosa ajena se valida por la ratificación del propietario, Art. 688 C. Civil; igualmente la hipoteca de cosa ajena puede validarse por la ratificación del propietario.

6.13. Bienes embargado

Si para poder hipotecar se requiere tener la facultad para enajenar, no puede hipotecarse bienes embargados.

6.14. Hipoteca legal

Con el nombre de hipoteca legal nos referimos a aquella que tiene como fuente la Ley.

6.15. Efectos de la Hipoteca

Es importante señalar que los efectos de la hipoteca son los mismos cualesquiera que sea la fuente de la que emane la hipoteca: el contrato, la Ley, la voluntad única del deudor.

6.15.1. Efectos con respecto al deudor que constituye la hipoteca:

1.- Está obligado a hacer la tradición del derecho real de hipoteca con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.- Conservar las condiciones del bien y abstenerse de ejecutar actos que disminuyan el valor de la cosa hipotecada. Art. 2.329 C. Civil.

3.- El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario: Art. 2.317 C. Civil.

6.15.2. Efectos de la hipoteca con respecto al acreedor.

6.15.2.1. Alcance del derecho del acreedor.

El derecho del acreedor hipotecario se extiende:

- 1.- al bien dado en hipoteca;
- 2.- a los muebles que por accesión a los bienes raíces se reputan inmuebles; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros. Art. 2.322 C. Civil;
- 3.- Si la cosa hipotecada recibe aumentos y mejoras, la hipoteca se extiende también a tales aumentos y mejoras. Art. 2.323 C. Civil;
- 4.- Si los bienes hipotecados se encuentran arrendados, la hipoteca se extiende a las pensiones devengadas por su arrendamiento Art. 2324 C. Civil;
- 5.- La hipoteca se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados Art. 2324 C. Civil;

6.15.2.2. Derechos del acreedor hipotecario.

1.- **Pérdida o deterioro del bien hipotecado.**- Si la finca hipotecada se perdiera o deteriorare, por cualquier causa, por culpa del deudor o por caso fortuito, 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. Art. 2.329 C. Civil.

En defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo.

Si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada, en estos casos el acreedor hipotecario podrá implorar las providencias conservativas que el caso admita. Art. 2.329 C. Civil.

2.- **Derecho de venta de la cosa hipotecada.** El Art. 2.326 C. Civil dispone que el acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda; y, por lo tanto, el acreedor hipotecario tiene derecho a pedir el embargo y remate del inmueble dado en hipoteca para que se le pague con el producto, o que, a falta

de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta el valor de su crédito; sin que valga estipulación en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Art. 2.299 C. Civil.

No podrá estipularse que el acreedor hipotecario tenga la facultad de disponer del bien hipotecado o de apropiárselo por otros medios que los señalados por la ley. Art. 2.299 C. Civil.

En virtud de estas disposiciones, es nulo el pacto comisorio en la hipoteca, pacto comisorio que en este caso consistiría en la estipulación expresa que de no pagarse la deuda el inmueble hipotecado queda en el dominio del acreedor hipotecario. Art. 1.817 C. Civil.

Cabe destacar que en virtud de lo dispuesto por el Art. 2.327 C. Civil el ejercicio de la acción real hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar con otros bienes del deudor que no le han sido hipotecados. Es decir que, en virtud del derecho de prenda general, el acreedor hipotecario puede perseguir, no el inmueble hipotecado, sino otros bienes no hipotecados, pero en este caso no goza del derecho de preferencia en el pago. En todo caso debe cumplirse la prelación de embargo conforme lo dispone el Art. 377 del COGEP.

3.- Derecho de persecución de la cosa hipotecada.

Si la cosa hipotecada se encuentra en manos de terceros, nace para el acreedor hipotecario el derecho de persecución a través de la acción real hipotecaria.

Este derecho de persecución se encuentra establecido por el Art. 2.330 C. Civil que establece que: 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 el juez.

Mas para que esta excepción surta efecto en 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.

A la acción real hipotecaria se la puede entablar en contra de:

1.- el tercero que ha constituido hipoteca sobre un bien propio para garantizar una deuda ajena, sin obligarse personalmente; pues en este caso no se puede entablar acción personal, sino que sólo procede la acción real hipotecaria. Art. 2.332 C. Civil.

2.- los terceros que a cualquier título hayan adquirido la finca hipotecada. Estos terceros poseedores de la finca no gozan ni del beneficio de división ni del de excusión al ser demandados. Art. 2.331 C. Civil.

3.- **Derecho de preferencia en el cobro del crédito.**- Los créditos hipotecarios comprenden la tercera clase de preferencia para el cobro de la obligación. Art. 2379 CC.

4.- **Embargo preventivo.**- El acreedor hipotecario podrá pedir embargo de los bienes raíces hipotecados y el juzgador podrá ordenarlo en el auto de calificación en el procedimiento ejecutivo Art. 351 COGEP (Ref. R.O-S. 517 de 26 de junio de 2019).- En cambio, los acreedores no hipotecarios pueden pedir embargo de bienes del ejecutado en el procedimiento de ejecución, según lo dispuesto en el Art. 375 del COGEP (embargo de ejecución).

5.- **Acción personal.**- El acreedor hipotecario tiene derecho a la acción personal para hacerse pagar con los bienes del deudor que no

le han sido hipotecados, aunque haya ejercido la acción hipotecaria; pero ésta no comunica a la acción personal el derecho de preferencia que corresponde a la hipotecaria. Art. 2327 CC.

6.16. Pluralidad de Hipotecas

Procede legalmente el que sobre un mismo bien se constituya más de una hipoteca (primera, segunda, tercera, etc.). En este caso el derecho de preferencia que otorga la hipoteca se ejercerá según el orden de las fechas de sus hipotecas; y, Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras, en el orden de su inscripción. Art. 2.379 C. Civil.

6.17. Extinción de la Hipoteca

Como la hipoteca es un contrato accesorio puede extinguirse por vía principal y por vía de consecuencia. Se extingue por vía de consecuencia, cuando se extingue la obligación principal, en razón de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, salvo que se hubiere hecho reserva de hipoteca.

Se extingue por vía principal cuando se extingue la hipoteca y subsiste la obligación principal. Art. 1.658 C. Civil.

De conformidad con lo previsto en el Art. 2.336 C. Civil, la hipoteca se extingue en los siguientes casos:

1.- En el caso de mutuo hipotecario, la hipoteca se extingue junto con la obligación principal; y, por lo dispuesto en el Art. 1.583 C. Civil: Las obligaciones se extinguen en todo o en parte:

- a)* Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo (resciliación);
- b)* Por la solución o pago efectivo;
- c)* Por la novación;
- d)* Por la transacción;

- e) Por la remisión;
- f) Por la compensación;
- g) Por la confusión;
- h) Por la pérdida de la cosa que se debe;
- i) Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
- j) Por el evento de la condición resolutoria; y,
- k) Por la prescripción.

2.- Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales: Art. 2336 inc 2º CC. La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición y desde o hasta cierto día, dispone el Art. 2.315 C. Civil.

3.- La hipoteca puede otorgarse hasta cierto día; por tanto, se extinguirá por la llegada del día hasta el cual fue constituida.

4.- La hipoteca se extingue por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de la que se tomará razón al margen de la inscripción respectiva.

La cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad puede originarse:

a) En el acuerdo entre acreedor y deudor, ya sea porque se pagó la obligación garantizada por la hipoteca o simplemente porque esa es la voluntad de las partes.

b) El acreedor puede renunciar al derecho de hipoteca y pedir por su sola voluntad la cancelación de la inscripción.

c) La cancelación puede tener como fuente la orden judicial, como cuando pese a haberse cancelado la obligación principal, el acreedor no cumple con su obligación de cancelar la inscripción. Asimismo, el Art. 376, inciso final, del COGEP,

dispone: Hecho el remate, la o el juzgador declarará canceladas las providencias preventivas y oficiará a la o el juzgador que las ordenó para que se tome nota de tal cancelación en el proceso respectivo.

Por otra parte cabe mencionar que, de conformidad con lo previsto en el Art. 2.330, inc. 2o.del C. Civil, el derecho de persecución que tiene el acreedor hipotecario se extingue cuando: 1) un tercero haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez; 2) siempre que se haya hecho la subasta con notificación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca.

6.18. Hipoteca Abierta

El Código Civil no ha establecido hipoteca expresamente con el nombre de “abierta”; pero el Art. 2315 del C. Civil sí establece que la hipoteca puede otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba; y, de manera expresa en el caso, dispone que la hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor **tenga o pueda tener** a favor del acreedor hipotecario. Y en ello consiste en la práctica la hipoteca abierta: que garantiza todas las obligaciones que el deudor tenga actualmente o pueda tener en el futuro para con el acreedor hipotecario; en otras palabras, garantiza todas las obligaciones que el deudor haya contraído, contraiga o contrajere para con el acreedor hipotecario, como deudor principal o garante. Por lo que en la **hipoteca abierta** no se especifican los créditos garantizados. En cambio, en el **mutuo hipotecario** la hipoteca garantiza únicamente el préstamo que se especifica en el contrato. Esta es la diferencia entre hipoteca abierta y mutuo hipotecario.

En el contrato de hipoteca se puede establecer además prohibición de enajenar del bien hipotecado.

Minuta para contrato de hipoteca abierta.

SEÑOR NOTARIO:

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo dígnese insertar una de contrato de hipoteca abierta que se contiene en las siguientes cláusulas:

PRIMERA.-Otorgantes: comparecen a la celebración de este contrato, por una parte la Asociación de Trabajadores Autónomos “18 de Noviembre”, representada legalmente por el señor Juan Pérez, en su calidad de Presidente de la Entidad, a la que en adelante se llamará “La Asociación” o “La Deudora”; y, por otra parte, los señores Ing. Pedro Pinto e Ing. Manuel Fuertes, ambos por sus propios derechos, a quienes en adelante se llamará “Los Acreedores” o “Los Contratistas”.

SEGUNDA.- Antecedentes: Uno.- La Asociación es propietaria de un inmueble ubicado en la urbanización El Rincón, perteneciente a la parroquia El Sagrario del Cantón y Provincia de Loja, adquirido por compra a los esposos Diego Cáceres y Cecilia Hurtado mediante escritura pública celebrada el once de junio de mil novecientos noventa ante el Notario Cuarto del Cantón Loja, inscrita en el Registro de la Propiedad con el número mil ochocientos tres del año antes indicado.- Dos: La Asociación ha acordado realizar obras de alcantarillado sanitario, alcantarillado pluvial, agua potable y bordillos en el terreno de su propiedad antes especificado; y, en sesión de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y siete ha resuelto adjudicar la ejecución de estas obras a los señores Ing. Pedro Pinto e Ing. Manuel Fuertes.-Tres: Mediante contrato celebrado por escritura pública otorgada ante el Notario Cuarto del Cantón Loja de fecha agosto de mil novecientos noventa y siete, los contratistas señores Ing. Pedro Pinto e Ing. Manuel Fuertes se obligan a ejecutar las obras antes especificadas concediendo financiamiento a la Asociación, mediante varios préstamos.-Cuatro: La Asociación en sesión de Asamblea de fecha

veinte de julio de mil novecientos noventa y siete resolvió constituir hipoteca abierta y prohibición de enajenar sobre los terrenos de su propiedad antes especificados para garantizar las obligaciones para con los pre-nombrados Ingenieros contratistas.

TERCERA.- Hipoteca Abierta y Solidaridad Personal.-
Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones vencidas o de plazo pendiente, pasadas, presentes y futuras, que la Asociación o los socios, individual o conjuntamente, hayan contraído, contraigan o contrajeren para con los contratistas Ingeniero Pedro Pinto e Ing. Manuel Fuertes por razones de la ejecución de las obras civiles en favor de la Asociación, especificadas en antecedentes, como deudora principal o garante, ya provengan de préstamos, capital invertido, intereses, comisiones, multas, impuestos, tasas, contribuciones, gastos judiciales y extrajudiciales, o por cualquier otro concepto relacionado con la ejecución de las obras civiles, la Asociación, por medio de su representante legal, se obliga personal y solidariamente con todos sus bienes, presentes como futuros, de cualquier naturaleza que estos fueren; y, asimismo declara que constituye Primera, Especial, Preferente e Indivisible hipoteca abierta sobre el inmueble de su propiedad signado con el número uno del predio denominado El Rincón, ubicado en el kilómetro uno y medio de la vía antigua a Zamora, perteneciente a la parroquia El Sagrario del Cantón y Provincia de Loja, adquirido en la forma especificada en antecedentes de este contrato, bajo los siguientes linderos: Por el Norte, en la extensión de trescientos treinta y seis metros con ochenta centímetros, con un camino público y propiedad de Baltazar Armijos y otro; por el Sur, en la extensión de trescientos cinco metros con un camino público; por el Oriente, en la extensión de treinta y un metros con la vía antigua a Zamora; y, por el Occidente, en la extensión de doscientos sesenta y ocho metros, con un camino público.-La Superficie aproximada del terreno es de cuarenta y siete mil quinientos seis metros cuadrados. Sin embargo, la hipoteca se constituye sobre el indicado terreno como cuerpo

cierto.-La hipoteca incluye las construcciones de todo tipo que existan o que luego se levantaren en el inmueble a cualquier título y por cualquier persona, así como todos los aumentos y mejoras que reciba en adelante el bien raíz, hasta la total cancelación o extinción de las obligaciones que se garantizan.-La Asociación por intermedio de su representante declara que, aparte del gravamen que por este contrato se constituye, el inmueble no tiene otros gravámenes, ni tiene limitaciones de dominio, ni está embargado, ni tiene prohibición de enajenar, ni está sujeto a condición de restitución, ni a acciones posesorias, resolutorias, rescisorias, reivindicatorias, de petición de herencia, de demarcación, ni forma parte de patrimonio familiar alguno.

CUARTA.- Vencimiento y exigibilidad de las obligaciones:
Los acreedores tienen derecho y podrán exigir la inmediata cancelación de las obligaciones de la deudora, aún antes del vencimiento, declarándolas de plazo vencido, unilateralmente y sin previo aviso, y demandar ejecutivamente el cumplimiento de todas las obligaciones directas e indirectas, en los siguientes casos: a) por incumplimiento de “La Deudora” en el pago de uno o más de los dividendos o de cualquier de las obligaciones que mantenga con los acreedores, instrumentadas o no, de los intereses causados y de los que se causaren por estos conceptos; b) si en cualquier momento se embargare el bien hipotecado, en todo o en parte, o recayere sobre el mismo anticresis judicial, prohibición de enajenar en todo o en parte, o se propusiere contra sus propietarios acción reivindicatoria, resolutoria, rescisoria u otra que afecte el dominio sobre dicho bien raíz; c) si los propietarios otorgaren escritura de enajenación del inmueble hipotecado, sin autorización escrita de los acreedores; d) si el inmueble hipotecado fuere declarado de utilidad pública para proceder a su expropiación; e) si se dictare auto coactivo contra la propietaria del inmueble por falta de pago de impuestos, tasas, contribuciones, o por cualquier otro concepto; f) si la Asociación se constituyere en fiadora o deudora del Fisco, Municipalidades,

BanEcuador o de Entidades que gocen de jurisdicción coactiva y preferente, por obligaciones propias o ajenas; g) si se dejare de pagar cada año los impuestos, tasas y contribuciones relativas al inmueble dado en hipoteca; h) si la deudora se colocare en estado de quiebra o insolvencia y haya lugar a concurso de acreedores; i) si la Asociación se disolviere; j) en todos los casos en los que los acreedores estimen que ha desmejorado la hipoteca; k) si la Asociación no realizare la recepción definitiva de las obras ejecutadas por los acreedores en el plazo convenido; l) en todos los demás casos que contemple la Ley y los contratos pertinentes.

QUINTA.-Prohibición de enajenar.- La Asociación constituye en favor de Los Acreedores prohibición voluntaria de enajenar sobre los bienes materia de esta hipoteca, que sólo podrá ser levantada mediante orden escrita de los acreedores conjuntamente o con orden judicial en su caso.

SEXTA.-Cancelación parcial de la hipoteca y prohibición.- En el grado en que la Asociación haya solucionado las obligaciones para con los acreedores y una vez que el I. Municipio autorice la venta de los lotes de la urbanización perteneciente a la Asociación, los acreedores podrán levantar la hipoteca y prohibición de enajenar respecto a cada lote de terreno.-Los acreedores se reservan el derecho a mantener la hipoteca en la proporción suficiente para garantizar el pago de las obligaciones pendientes y eventuales.

SEPTIMA.-Cuantía y Plazo.- La cuantía de este contrato es indeterminada por su naturaleza. Se estipula en indefinido el plazo de este contrato.

OCTAVA.- Controversias.- Para el evento de cualquier reclamo judicial que derivare de este contrato o demandas por obligaciones que ampare este contrato, las partes se someten a los jueces competentes de la ciudad de Loja, al juicio ejecutivo o al sumario o al trámite legal que elijan los acreedores.

NOVENA.-Aceptación.- Los comparecientes, Juan Pérez, en su calidad de Presidente de la Asociación de Trabajadores Autónomos “Alonso de Mercadillo”, y los acreedores Ing. Pedro Pinto e Ing. Manuel Fuertes, por sus propios derechos, cada uno por su parte, en forma expresa manifiestan que aceptan y están conformes con el contenido de este contrato en todas y cada una de sus cláusulas, dándose por notificados con esta aceptación y facultándose mutuamente para obtener por sí o por tercera persona la inscripción del presente contrato en el Registro de la Propiedad.

DECIMA.- Documentos Habilitantes.- Se agrega como documentos habilitantes: a) El nombramiento y acta de posesión del Presidente de la Asociación; b) certificado de la resolución de adjudicación de las obras civiles y autorización para constituir la hipoteca y prohibición de enajenar, tomada por la Asamblea Extraordinaria de la Asociación del veinte de julio de mil novecientos noventa y siete; c) certificado historiado del Registrador de la Propiedad sobre el inmueble que se hipoteca.

Ud. Señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo que aseguren la plena validez de este contrato y escritura.

Atentamente,

Abogado.-Matrícula 280-Loja.

Minuta para contrato de hipoteca abierta (propiedad horizontal)

SEÑOR NOTARIO:

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo dígnese incorporar una de hipoteca abierta de conformidad con las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Comparecientes: Intervienen en este contrato, por una parte, el señor NN, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco....., al que en adelante se podrá denominar simplemente “EL BANCO ACREDOR”; y, por otra, los señores esposos PEDRO ORTIZ Y MARIA CUEVA; quienes comparecen por sus propios derechos y en adelante se llamarán simplemente “LOS DEUDORES”.- Los comparecientes son personas mayores de edad, legalmente capaces para contratar.

SEGUNDA.- Antecedentes: “LOS DEUDORES”, declaran que desean utilizar cualquiera de los servicios de crédito del Banco, directa o indirectamente, incluyendo avales o fianzas concedidas por el Banco Acreedor, para sus actividades económicas. El Banco Acreedor, por la interpuesta persona de su representante, acepta esta pretensión de “LOS DEUDORES” siempre y cuando reúnan y cumplan los requisitos y exigencias pertinentes en cada caso, hasta por los montos que sus reglamentos permitan y en relación al avalúo de los bienes que presten garantía hipotecaria; habiendo las partes convenido en la constitución del gravamen de hipoteca abierta en favor del Banco acreedor sobre un inmueble de propiedad de “LOS DEUDORES”, a fin de caucionar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que “LOS DEUDORES” hayan contraído, contraigan o contrajesen individual o colectivamente para con el Banco, en las circunstancias y por los medios a determinarse en la siguiente cláusula de este contrato.

TERCERA.- Hipoteca Abierta y Solidaridad Personal:
Con los antecedentes expuestos, para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones vencidas o de plazo pendiente, pasadas, presentes y futuras que “LOS DEUDORES”, individual o conjuntamente, hayan contraído, contraigan o contrajesen para con el Banco como obligados principales o garantes por obligaciones de cartera o de fondos financieros, créditos comerciales, especiales, por sobre giros contratados u ocasionales, por cualquier otra forma de crédito directo o indirecto del “BANCO ACREDOR”, incluyendo las obligaciones eventuales que nazcan de avales o fianzas concedidas por el “BANCO ACREDOR” o para el “BANCO ACREDOR”, por cualquier concepto, y por cualquier otra obligación que el Banco califique de tal o que se registre en la contabilidad de dicho Banco Acreedor, por cualquier concepto, incluyendo las que provengan de intereses, comisiones bancarias, multas, primas de seguros, gastos judiciales y extrajudiciales, tasas, impuestos, contribuciones y cualquier otra obligación que “LOS DEUDORES” hubieren contraído, contraigan o contrajesen para con el Banco Acreedor, los deudores, se obligan personal y solidariamente, con todos sus bienes, tanto presentes como futuros, propios o gananciales, de cualquier naturaleza que éstos fueren; y, así mismo los deudores señores PEDRO ORTIZ Y MARIA CUEVA, declaran que constituyen Primera, Especial, Preferente e Indivisible Hipoteca Abierta en favor del Banco Acreedor, sobre una oficina de su propiedad signada con el número trescientos cuatro (304), ubicado en la segunda planta alta del Edificio “Loayza”, calle Azuay y Olmedo, parroquia San Sebastián, del Cantón y Provincia de Loja, adquirido por compra a los esposos Diego Loayza y María Montero, mediante escritura pública de fecha siete de agosto de mil novecientos noventa y cinco, celebrada ante el Notario Sexto del Cantón Loja, e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón bajo el número mil ochocientos sesenta y siete (1.867), de fecha veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y seis; inmueble

que tiene las siguientes características y linderos: Por el Norte, con ventana que da hacia la calle Azuay, en la extensión de cinco metros ochenta y cinco centímetros lineales; por el Sur, con área de circulación, en la extensión de cinco metros ochenta y cinco centímetros lineales; por el Este, con la oficina número trescientos tres, en la extensión de cinco metros noventa y siete centímetros lineales; y, por el Oeste, con la oficina número trescientos cinco, en la extensión de cinco metros noventa y siete centímetros lineales; dando una cabida total de treinta y seis metros cuadrados sesenta y un decímetros cuadrados, correspondiéndole una alícuota de tres punto setenta y tres por ciento. La Hipoteca se la realiza como cuerpo cierto e incluye las áreas comunales; y, además las construcciones de todo tipo que existen o que luego se levantasen en o los inmuebles a cualquier título y por cualquier persona, así como todos los aumentos y mejoras que reciba en adelante el bien raíz, hasta la total cancelación o extinción de las obligaciones que aquí se garantizan.- “LOS DEUDORES”, declaran que, aparte del gravamen que por este contrato se constituye, el inmueble no tiene otros gravámenes ni tiene limitaciones de dominio, ni está embargado, ni tiene prohibición de enajenar, ni está sujeto a condición de ser restituido, ni a acciones posesorias, resolutorias, rescisorias, reivindicatorias, de petición de herencia, de demarcación ni forman parte de patrimonio familiar alguno.

CUARTA.- Las partes convienen expresamente que el presente contrato de hipoteca abierta garantiza también todas las obligaciones que “LOS DEUDORES” hayan contraído, contraigan o contrajesen para con el Banco Acreedor, en forma directa o indirecta, esto es como deudores principales o como garantes, individual o conjuntamente, por cualquier concepto u operación en o para el Banco.

QUINTA.- Vencimiento y exigibilidad de las obligaciones: El Banco acreedor tiene derecho y podrá exigir la inmediata

cancelación de las obligaciones de “LOS DEUDORES” para con el Banco, aún antes del vencimiento, declarándolas de plazo vencido, unilateralmente y sin previo aviso, y demandar en el trámite que elija el cumplimiento de todas las obligaciones principales y las garantías en los siguientes casos: a).- De incumplimiento de “LOS DEUDORES” en el pago de cualquiera de las obligaciones que mantenga con el Banco Acreedor, instrumentadas o no, de los intereses causados y de los que se causaren por estos conceptos; b).- Si en cualquier momento se embargare el inmueble hipotecado, en todo o en parte, o recayere sobre el mismo anticresis judicial, secuestro, prohibición de enajenar en todo o en parte, o se propusiere contra sus propietarios acción reivindicatoria, resolutoria, rescisoria u otra que afecte el dominio sobre dicho bien raíz; c) Si los propietarios enajenaren el inmueble gravado en el presente instrumento en todo o en parte, sin previo consentimiento por escrito del Banco; d) Si el inmueble dado en hipoteca fueren declarados de utilidad pública para proceder a su expropiación; e) Si se dictare auto coactivo contra los propietarios del inmueble por falta de pago de impuestos, tasas, contribuciones o por cualquier otro motivo; f) Si los propietarios del inmueble gravado, individual o colectivamente, se constituyen en fiadores o deudores del Fisco, Municipalidades, Bancos estatales y entidades que gocen de jurisdicción coactiva y preferente por obligaciones propias o ajena; g) Si se dejare de pagar cada año los impuestos, tasas, contribuciones relativas al inmueble dado en hipoteca; h) Si los deudores se colocaren en estado de quiebra o insolvencia y haya lugar a concurso de acreedores; i) En todos los casos en los que el Banco Acreedor estime que ha desmejorado la hipoteca; y, j) en todos los demás casos contemplados en este contrato, en las Leyes y Reglamentos pertinentes.

SEXTA.- Seguro contra incendio: El inmueble hipotecado por el presente contrato, junto con todas las construcciones y bienes que lo integran y forman parte de él, así como las nuevas construcciones que se levantasen hasta la total cancelación o

extinción de las obligaciones que se garantizan con su gravamen, será asegurado contra incendios, y los gastos y primas serán por cuenta de “LOS DEUDORES”. La póliza se extenderá a la orden del Banco Acreedor, a fin de que, en caso de siniestro, cobre directamente o abone en cuenta de la deuda, si fuere del caso, el valor que perciba por tal siniestro.- Si por cualquier circunstancia no se pagare el valor que cubre la póliza, ninguna responsabilidad tendrá por ello el Banco Acreedor, siendo todos los riesgos de cuenta y cargo de “LOS DEUDORES”.- Si no se tomare el seguro estipulado, el Banco Acreedor podrá exigir, en cualquier tiempo, el pago de los valores que estuviere debiendo “LOS DEUDORES” considerando y declarando vencido el plazo de todas y cada una de las obligaciones pendientes.

SEPTIMA.- Jurisdicción y competencia.- Para el evento de cualquier reclamo judicial que derivare de este contrato o demandas por obligaciones que ampare este contrato, las partes se someten a los jueces competentes de la ciudad de Loja que a bien tuviere el Banco Acreedor, al procedimiento ejecutivo o al trámite legal que elija el Acreedor, para lo que “LOS DEUDORES” renuncian fueno y domicilio.

OCTAVA.- Las partes convienen y dejan constancia de que, el hecho de que se haya constituido, inscrito y legalizado la presente hipoteca abierta no obliga al Banco a conceder préstamos ni a atender las operaciones solicitadas por el cliente.

NOVENA.- El señor Registrador de la Propiedad previamente a la inscripción del contrato se cerciorará y acreditará que no existe gravamen precedente.

DECIMA.- Gastos y tributos.- Los gastos, tributos, impuestos, tasas y contribuciones que ocasionaren para la celebración de esta escritura y contrato, para su inscripción y cancelación; y, si llegare el caso, para el cobro judicial o extrajudicial de las

obligaciones que ampara este contrato, serán de cargo exclusivo de “LOS DEUDORES”.

DECIMA PRIMERA.- Prohibición de enajenar.- “LOS DEUDORES” constituyen a favor del Banco Acreedor prohibición voluntaria de enajenar sobre los bienes materia de esta hipoteca, así como para que no se constituya otro gravamen o celebre contrato que limite el dominio o goce de estos bienes, que sólo podrá ser levantada mediante orden escrita del Banco Acreedor o con orden judicial en su caso.

DECIMA SEGUNDA.- “LOS DEUDORES” declaran que se autorizan expresamente, cada uno de ellos, para que a sólo su nombre y/o con su sola firma contraigan obligaciones para con el Banco Acreedor, obligándose mutuamente, con la sola firma del que comparezca, personal y solidariamente con todos sus bienes propios o gananciales; y, además declaran que tales operaciones son en beneficio de la sociedad conyugal.

DECIMA TERCERA.- Cuantía y Plazo.- La cuantía del presente contrato es indeterminada por su naturaleza.- Se estipula en indefinido el plazo de duración de este contrato.

DECIMA CUARTA.- Aceptación.- Los comparecientes, cada uno por su parte y derechos que representan, aceptan y están conformes con el contenido de este contrato en todas y cada una de sus cláusulas, dándose por notificados con esta aceptación y facultándose mutuamente para obtener por sí o por tercera persona la inscripción en el Registro de la Propiedad del Cantón el presente contrato.

DECIMA SEXTA.- Documentos habilitantes.- Se agrega como documentos habilitantes los siguientes: a).- Copia del nombramiento de Gerente General del Banco, b).- Certificado del Señor Registrador de la propiedad, c).- Copia del informe del perito del banco.

Ud. Señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo que aseguren la plena validez de esta escritura.

Atentamente,

f) Abogado

Minuta para contrato de mutuo hipotecario

SEÑOR NOTARIO:

En el registro de escrituras públicas a su cargo, dígnese insertar una de mutuo hipotecario contenida en las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Comparecientes: Intervienen en este contrato, por una parte, el señor NN, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco....., al que en adelante se podrá denominar simplemente “EL BANCO ACREDOR”; y, por otra, los señores esposos NN y NN, quienes comparecen por sus propios derechos y en adelante se llamarán simplemente “LOS DEUDORES”.- Los comparecientes son personas mayores de edad, legalmente capaces para contratar.

SEGUNDA.- Préstamo: El acreedor hipotecario tiene a bien conceder en préstamo o mutuo en favor de los deudores hipotecarios en forma solidaria, la cantidad de veinte mil dólares de los Estados Unidos de América en moneda de curso legal, que los mutuarios declaran haber recibido a su entera satisfacción y que se obligan a devolver en el plazo de un año contado desde la fecha de esta escritura.

TERCERA.- Intereses: Los mutuarios reconocen en favor del acreedor hipotecario el interés del... por ciento anual a partir de la presente fecha de concesión del préstamo y durante la vigencia del plazo. En caso de mora, los deudores hipotecarios pagarán la

máxima tasa de interés moratorio que haya fijado o fije la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

CUARTA.- Hipoteca: Para garantizar la obligación contraída por el presente instrumento, los deudores hipotecarios esposos NN y NN, libre y voluntariamente tienen a bien constituir en favor del acreedor hipotecario PRIMERA, ESPECIAL Y PREFERENTE HIPOTECA sobre el inmueble de su propiedad consistente en un terreno rural ubicado en el kilómetro diez vía a Catamayo, perteneciente a la parroquia Sucre del Cantón y Provincia de Loja, adquirido por compra al señor Juan Valdivieso mediante escritura pública celebrada en la Notaría Tercera del Cantón Loja el dos de diciembre de mil novecientos noventa y nueve e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja con el número mil quinientos ochenta de esta misma fecha, bajo los siguientes linderos: Por el Norte, en la extensión de cuatrocientos metros con ochenta centímetros, con un camino público y propiedad de Baltazar Cueva y otro; por el Sur, en la extensión de quinientos metros con un camino público; por el Oriente, en la extensión de doscientos metros con la vía a Catamayo; y, por el Occidente, en la extensión de doscientos sesenta y ocho metros, con un camino público.-La Superficie aproximada del terreno es de noventa y siete mil quinientos seis metros cuadrados. Sin embargo, la hipoteca se constituye sobre el indicado terreno como cuerpo cierto.-La hipoteca incluye las construcciones de todo tipo que existan o que luego se levantaren en el inmueble a cualquier título y por cualquier persona, así como todos los aumentos y mejoras que reciba en adelante el bien raíz, hasta la total cancelación o extinción de las obligaciones que se garantizan.- Los deudores hipotecarios declaran que, aparte del gravamen que por este contrato se constituye, el inmueble no tiene otros gravámenes, ni tiene limitaciones de dominio, ni está embargado, ni tiene prohibición de enajenar, ni está sujeto a condición de restitución, ni a acciones posesorias, resolutorias,

rescisorias, reivindicatorias, de petición de herencia, de demarcación, ni forma parte de patrimonio familiar alguno.

CUARTA.- Vencimiento y exigibilidad de las obligaciones:
El acreedor hipotecario tiene derecho y podrán exigir la inmediata cancelación de la obligación, aún antes del vencimiento, declarándola de plazo vencido, unilateralmente y sin previo aviso, y demandar ejecutivamente el cumplimiento de la obligación, en los siguientes casos: a) por incumplimiento de los deudores hipotecarios en el pago de las obligaciones que mantenga con el acreedor, instrumentadas o no, de los intereses causados y de los que se causaren por estos conceptos; b) si en cualquier momento se embargare el bien hipotecado, en todo o en parte, o recayere sobre el mismo anticresis judicial, prohibición de enajenar en todo o en parte, o se propusiere contra sus propietarios acción reivindicatoria, resolutoria, rescisoria u otra que afecte el dominio sobre dicho bien raíz; c) si los propietarios otorgaren escritura de enajenación del inmueble hipotecado, sin autorización escrita del acreedor; d) si el inmueble hipotecado fuere declarado de utilidad pública para proceder a su expropiación; e) si se dictare auto coactivo contra los propietarios del inmueble por falta de pago de impuestos, tasas, contribuciones, o por cualquier otro concepto; f) si los mutuarios se constituyeren en fiadores o deudores del Fisco, Municipalidades, Banco Estatales o de Entidades que gocen de jurisdicción coactiva y preferente, por obligaciones propias o ajena; g) si se dejare de pagar cada año los impuestos, tasas y contribuciones relativas al inmueble dado en hipoteca; h) si los deudores hipotecarios se colocaren en estado de quiebra o insolvencia y haya lugar a concurso de acreedores; i) en todos los casos en los que el acreedor estime que ha desmejorado la hipoteca; j) en todos los demás casos que contemple la Ley y los contratos pertinentes.

QUINTA.-Prohibición de enajenar.- Los deudores hipotecarios constituyen en favor del acreedor prohibición

voluntaria de enajenar sobre los bienes materia de esta hipoteca, que sólo podrá ser levantada mediante orden escrita del acreedor o con orden judicial en su caso.

SEXTA.- Cuantía.- La cuantía de este contrato es de dos mil dólares.

SEPTIMA.- Controversias.- Para el evento de cualquier reclamo judicial que derivare de este contrato o demandas por obligaciones que ampare este contrato, las partes se someten a los jueces competentes de la ciudad de Loja, al procedimiento ejecutivo o al trámite legal que elija el acreedor.

NOVENA.-Aceptación.- Los comparecientes, cada uno por su parte, en forma expresa manifiestan que aceptan y están conformes con el contenido de este contrato en todas y cada una de sus cláusulas, dándose por notificados con esta aceptación y facultándose mutuamente para obtener por sí o por tercera persona la inscripción del presente contrato en el Registro de la Propiedad.

DECIMA.- Documentos Habilitantes.- Se agrega como documento habilitante el certificado historiado del Registrador de la Propiedad sobre el inmueble que se hipoteca, del que consta que éste no soporta ningún gravamen ni limitación de dominio.

Ud. Señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo que aseguren la plena validez de este contrato y escritura.

Atentamente,

Abogado.-Matrícula 280-Loja.

Minuta para cancelación de hipoteca y prohibición de enajenar.

SEÑOR NOTARIO.

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo, sírvase incorporar una de cancelación de hipoteca abierta y prohibición de enajenar de conformidad con las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Compareciente.- Comparece a la celebración de la presente escritura pública el Señor NN, en calidad de Gerente General del Banco.....

SEGUNDA.- Antecedente.- Mediante escritura pública de fecha dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro, celebrada ante el Notario Tercero del Cantón Loja, los esposos señores Pablo Jaramillo y Lorena Espinoza, constituyeron en favor del Banco hipoteca abierta y prohibición voluntaria de enajenar sobre un inmueble de su propiedad, ubicado en la urbanización Rodríguez Witt, signado con el número dieciocho de la manzana "K", perteneciente a la parroquia San Sebastián, del Cantón y Provincia de Loja. Esta hipoteca se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad bajo el número mil sesenta y dos (1.062); y, la prohibición de enajenar se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón, bajo el Nro. mil seiscientos treinta y cinco (1.635), de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

TERCERA.- Cancelación.- El compareciente en la calidad antes invocada declara cancelada la hipoteca y prohibición de enajenar que pesa sobre el inmueble de propiedad de los esposos antes nombrados, a que se refiere la segunda cláusula de este instrumento, debiéndose en consecuencia tomar nota de estas cancelaciones en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja, siendo de cuenta de los interesados los gastos que se lleguen a producir por estos conceptos.

Los cónyuges Jaramillo-Espinoza, quedan autorizados para obtener estas cancelaciones.

CUARTA.- Cuantía.- La cuantía del presente contrato es indeterminada por su naturaleza.

Se agrega como documento habilitante el nombramiento de Gerente General otorgado en favor de NN.

Ud. Señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo que aseguren la plena validez de esta escritura.

Atentamente,

f) Abogado.-Matrícula 280-Loja

6.19. HIPOTECA NAVAL

El Código de Comercio, en la Sección I, Capítulo Cuarto, Título Segundo del Libro del Libro Séptimo, regula la hipoteca naval. Al respecto, anotamos las siguientes reglas:

1^a.- Las naves pueden ser objeto de hipoteca naval, siempre que se encuentren debidamente inscritas en el registro de naves.

2^a.- La hipoteca naval se constituye por escritura pública y debe inscribirse en el respectivo registro de naves para que surta los efectos que la ley le reconoce.

3^a.- Será necesaria la escritura pública para la inscripción de los actos y contratos en cuya virtud se modifiquen o extingan las hipotecas.

4^a.- La hipoteca naval puede otorgarse fuera del territorio ecuatoriano y la forma del acto se regirá por la ley del lugar de su otorgamiento. Las firmas de sus otorgantes o la firma del notario o

fedatario público que intervengan serán autenticadas o legalizadas por el cónsul competente o apostillada.

5ª.- El instrumento de constitución de la hipoteca naval, realizado en el Ecuador o fuera del territorio ecuatoriano, deberá contener los requisitos que establece el Art. 899 del C. de Comercio.

6ª.- La hipoteca naval se extiende de pleno derecho a las partes integrantes como el casco, maquinaria y todas aquellas que no pueden ser separadas de éste sin alterarlo sustantivamente; y a las pertenencias de la nave, como los equipos de navegación, aparejos, repuestos y otros similares, que sin formar parte del mismo, están afectos a su servicio en forma permanente.

7ª.- Se puede hipotecar una nave en construcción.

8ª.- En caso de incumplimiento el acreedor hipotecario que ha tomado posesión de la nave, puede proceder a la venta directa de la nave hipotecada en la forma pactada al constituirse la obligación.

9ª.- Alternativamente o a falta de pacto, el acreedor hipotecario podrá optar por la ejecución forzosa de la nave de conformidad a lo normado por la legislación.

6.20. HIPOTECA AERONÁUTICA

El Código de Comercio regula la hipoteca aeronáutica en el Capítulo Sexto, Título Tercero del Libro del Libro Séptimo. (Arts. 1281 al 1287)

El Código de Comercio contempla las siguientes reglas para la hipoteca aeronáutica:

1ª.- No obstante su condición de bienes muebles, las aeronaves son susceptibles de hipoteca, en todo o en parte, y aun cuando estén en construcción. Este contrato se rige por las disposiciones del Código de Comercio y las aplicables del Código Civil a la hipoteca de bienes inmuebles.

2^a.- La hipoteca aeronáutica deberá constituirse por instrumento público o privado legalmente reconocido o autenticado ante notario público, si fuere del caso, e inscribirse en el registro aeronáutico nacional.

3^a.- La inscripción confiere al acreedor derecho de preferencia en el orden en que se haya efectuado.

4^a.- En el instrumento público o privado de constitución de la hipoteca deberá constar con precisión:

a) El nombre, apellido y domicilio de las partes contratantes,

b) La matrícula de la aeronave;

c) Los seguros que cubran la aeronave;

d) El importe del crédito asegurado por la hipoteca aeronáutica, los intereses estipulados, el plazo del contrato, así como el lugar de pago; y,

e) El importe del crédito no se requiere al tratarse de una hipoteca abierta.

5^a.- Se puede hipoteka una aeronave en construcción.

6^a.- Salvo estipulación en contrario, la hipoteca aeronáutica se extiende a la indemnización del seguro por pérdida o avería de la aeronave y a las indemnizaciones debidas al propietario por daños causados a la aeronave por un tercero.

7^a.- Las aeronaves hipotecadas en el Ecuador no podrán ser trasladadas al extranjero con fines de exportación, sin el expreso consentimiento dado por escrito del acreedor hipotecario.

8^a.- La hipoteca aeronáutica se extinguirá por las siguientes causales:

- a)* Por la pérdida de la aeronave o de su destrucción total, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1285;
- b)* Por renuncia que manifieste el acreedor de sus derechos;
- c)* Por la extinción de la obligación principal;
- d)* Por la adjudicación dictada a consecuencia de remate judicial; y,
- e)* Por haber transcurrido diez años contados a partir de la fecha de su inscripción, si ésta no fuere renovada, a solicitud del acreedor hipotecario.

CUARTA PARTE

CONTRATOS MERCANTILES

Capítulo 1. CARACTERISTICAS JURÍDICO-ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS.

Los contratos pueden tener diversas características jurídico-estructurales. Así, el contrato puede ser:

1.1. Unilateral

Cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna. Art. 1455 CC. El contrato unilateral genera obligaciones para una sola de las partes, aunque obviamente requiere el concurso de la voluntad de dos o más personas. Ejemplos: el mutuo, comodato, el depósito, la prenda, la fianza.

Debemos distinguir al contrato unilateral del acto jurídico unilateral, que es aquel que para su formación requiere la voluntad de una sola persona.

1.2. Bilateral

Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; en otras palabras, el contrato contiene prestaciones recíprocas; ambas

partes asumen derechos y obligaciones. Art. 1455 CC. Ejemplo: la compraventa, el arrendamiento.

1.3. Gratuito

Cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen. Art.1456 CC. Ejemplos: mutuo sin interés, donación entre vivos, comodato, fianza.

1.4. Oneroso

Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Cada contratante sufre un gravamen y recibe un beneficio Art. 1456 CC.

1.5. Conmutativo

El contrato oneroso puede ser 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; en otras palabras, es conmutativo por cuanto lo que cada parte da se mira como equivalente a lo que la otra parte debe recibir Art. 1457 CC.

1.6. Aleatorio

El contrato oneroso puede ser aleatorio si el equivalente a lo que cada una de las partes se obliga a dar o hacer consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida para ambas partes. Los contratantes no pueden conocer desde la celebración del contrato si habrá beneficio o pérdida; ello lo sabrán una vez que se produzca el acontecimiento incierto, que puede obrar como condición o como plazo extintivo Art. 1457 CC. Ejemplos: el juego y apuestas lícitas (Art. 2164 C Civil), renta vitalicia, seguros.

1.7. Principal

Cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; no depende de otros contratos, tiene sustantividad propia; no necesita de otro contrato para existir. Art. 1458 CC.

1.8. Accesorio

Cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. No pueden existir sino en virtud de un contrato principal, al que acceden. Art. 1458 CC. Ejemplos: la hipoteca, la prenda, la cláusula penal, la fianza.

1.9. Real

Cuando, para que sea perfecto, es necesaria la entrega de la cosa a que se refiere. Art. 1459 CC. Ejemplos: mutuo, comodato, prenda comercial ordinaria, la anticresis.

1.10. Solemne

Cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales o solemnidades establecidas por la ley, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil. En este caso no basta el simple consentimiento de las partes. Art. 1459 CC. Ejemplos: la compraventa de bienes raíces, la hipoteca, la constitución y reformas de compañías.

1.11. Consensual

Cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, sin observancia de solemnidad alguna. Art. 1459 CC.

1.12. De tracto sucesivo

Cuando el contrato tiene un plazo de duración durante el que se cumplen las prestaciones continuas o repetidas; no se ejecuta o no se cumple en un solo acto. El Código de Comercio en el Art. 222 establece que: Son de tracto sucesivo aquellos (contratos) en los cuales la ejecución es continuada o periódica y, por tanto, las obligaciones que de ellos se derivan nacen y se extinguieren a lo largo de su vigencia, por lo que va cumpliéndose conforme transcurre el tiempo.

1.13. Contratos de ejecución instantánea

Son aquellos en los que la prestación del deudor se agota en un solo acto. Art. 222 C. de Com.

Asimismo, desde otro punto de vista, cuando el contrato no se encuentra establecido y regulado por la ley, se dice que es innominado o atípico. Art. 295, inciso 2º. C. de Com.

También el contrato puede ser de **adhesión**, cuando se contiene en formularios impresos con cláusulas establecidas por el contratante, a las que el contratado se adhiere.

Debemos destacar además que el contrato puede celebrarse en consideración a las cualidades personales de las partes, en donde prima la confianza. El contrato que se celebra con estas condiciones se llama *intuitus personae*.

Capítulo 2. CONTRATO DE MUTUO O PRESTAMO DE CONSUMO

2.1. Concepto

El Art. 2099 del CC define así al mutuo o préstamo de consumo: es un contrato en 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.

Llámase mutuante al acreedor y mutuario al deudor.

El mutuo, como lo expresa la definición que da el Código Civil, sólo puede recaer sobre cosas fungibles, que son aquellas que se consumen con el uso; por ello la entrega se hace con cargo de restituir, no las mismas cosas, sino otras tantas del mismo género y calidad.

2.2. Características

Sobre mutuo se pueden destacar las siguientes características:

2.2.1. El mutuo es un contrato real

No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio. Art. 2100 C. Civil.

La tradición consiste en la entrega que el dueño de las cosas hace de ellas a otra persona Art. 686 CC.

El mutuario se hace dueño de la cosa, por la tradición; y, por ello puede disponer de ella, y consumirla.

El contrato de mutuo se perfecciona por la tradición; y, la tradición transfiere el dominio de las cosas entregadas. El título traslativo de dominio es el mutuo.

La tradición: 1) perfecciona el contrato de mutuo; y, 2) produce la transferencia del dominio de la cosa entregada en mutuo.

2.2.2. El mutuo es un contrato unilateral

El contrato de mutuo origina obligaciones sólo del mutuario, como es la de restituir las cosas dadas en mutuo, con o sin intereses.

2.2.3. El mutuo es un contrato principal; pues subsiste por sí solo. Como contrato principal que es, pueden acceder a él otras obligaciones, como el caso del mutuo hipotecario; es decir, que el mutuo es garantizado por hipoteca.

2.2.4. El mutuo puede ser gratuito u oneroso

El Art. 2108 del CC establece que se puede estipular intereses en el mutuo; en otras palabras es facultativo estipular intereses; por consiguiente, el mutuo regulado por el Código Civil puede ser gratuito.

Si en el mutuo se estipulan intereses sin determinar la tasa, se entenderán los intereses legales. Art.2110 C. Civil.

Si por el mutuo se han pagado intereses no estipulados, podrán repetirse o imputarse al capital. Art 2111 C. Civil.

2.2.4.1. Intereses de intereses. Intereses reajustables. Ver Segunda Parte, Cap. 2, No. 23.2, 23.3

2.2.4.2 Presunción del pago de intereses

El Código Civil en el Art. 2112 establece que: *Si se han estipulado intereses, y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados.*

2.3. Formalidades

El contrato de mutuo puede celebrarse por escritura pública o por documento privado. Si se celebra por documento privado, para que tenga la calidad de título ejecutivo, debe ser legalmente reconocido o reconocido por orden judicial. Art. 347.3 COGEP.

2.4. Obligaciones y derechos del mutuario

La principal obligación del mutuario es la de restituir las cosas recibidas con otras tantas del mismo género y calidad. Hay reglas específicas para la restitución dependiendo de si el préstamo es de cosas fungibles que no sea dinero o si el préstamo es de dinero, así:

1.- Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, caben dos posibilidades:

a) 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.

b) Si no fuere posible la restitución antes referida 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. Art. 2.101 C. Civil.

2.- Si el préstamo es de dinero, solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. En este mismo caso, podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que las dos cantidades se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de monedas. Art. 2102 C. Civil.

El mutuario tiene derecho a pedir que se rescinda el contrato, si los vicios ocultos de la cosa prestada son tales que, conocidos, no se hubiera probablemente celebrado el contrato. Art. 2106, inc. 2o., C. Civil

2.5. Obligaciones del mutuante

El mutuo es un contrato unilateral, en cuanto origina obligaciones sólo del mutuario. El mutuante no contrae obligaciones al constituirse el contrato. Las obligaciones del mutuante pueden originarse con posterioridad y eventualmente, como es el caso de la indemnización y rescisión por vicios ocultos de la cosa prestada, que establece el Art. 2.106 del C. Civi: 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 (realmente Art. 2095); esto es: que la mala calidad o condición del objeto prestado 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 mutuante; y,

3.- que el mutuario no haya podido, con mediano cuidado, conocerla o prever los perjuicios.

2.6. Plazo para la restitución de la cosa dada en mutuo

Respecto al plazo de restitución de la cosa dada en mutuo se presentan los siguientes casos:

1. Que se haya estipulado plazo en el contrato. Esto es lo más común. En este caso el mutuario estará obligado a restituir la cosa cuando venza el plazo.

Renuncia del plazo.- El mutuario puede renunciar el plazo y pagar antes de que venza el plazo cuando no se hubiere pactado intereses. Por el contrario, si se han pactado intereses no puede el mutuario pagar o restituir la cosa antes del término estipulado. Art. 2.107 C. Civil.

En la práctica, en el contrato de mutuo en el que se ha estipulado plazo puede convenirse que el acreedor admitirá la restitución antes del plazo, siempre que el deudor cancele o satisfaga una tasa de prepago; es decir que pague un valor por el hecho de restituir antes del plazo; pues el acreedor puede perder por la variación de intereses en los préstamos o inversiones.

2. Que no se haya estipulado plazo.

Si no se hubiere fijado término para el pago, el Art. 2103 CC establece un plazo legal; esto es que no habrá derecho de exigirlo sino después de los diez días subsiguientes a la entrega.

3. Puede estipularse que el mutuario pague cuando le sea posible. En este caso podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término para el pago. A este se llama plazo judicial. Art. 2104 CC.

CONTRATO DE PRESTAMO O MUTUO

Conste por el presente documento, un contrato de préstamo o mutuo, sujeto a las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- INTERVINIENTES: Intervienen en la celebración del presente contrato, las siguientes personas:

a) El Banco ..., representado por quien suscribe este contrato, al que en adelante se lo podrá llamar simplemente “El Banco”;

b).....
.....

.....por a
quien(es) en lo sucesivo se lo(s) podrá llamar “El(Los) deudor(es)”;
y,

c).....
.....
..... por, a quien(es) en
lo sucesivo se lo(s) podrá llamar “El(los) avalista(as)”.

SEGUNDA.- PRESTAMO: El Banco, por este instrumento y a solicitud del(es) deudor(es), le(s) concede en préstamo o mutuo, la cantidad de

.....dólares de los Estados Unidos de América (\$), que el(es) deudor(es) declara(n) haber recibido, a su entera satisfacción, adías plazo, que devengará el interés inicial reajustable de% nominal anual (_____ % efectivo anual), contados a partir del

..... pagaderos mediante dividendos sucesivos que comprenden la amortización del capital, los intereses convenidos y demás cargos de conformidad con la tabla de amortización que forma parte integrante de este documento, debiendo efectuar el primer pago ely, el último, el

El(los) deudor(es) se obliga(n) a pagarle al Banco, el préstamo concedido por haberlo recibido íntegramente a su entera satisfacción, en la forma acordada, con sus intereses y demás cargos convenidos y dentro de los plazos fijados en la presente cláusula y en la tabla de amortización mencionada. Lo debido no podrá ser pagado por partes, ni aún por sus herederos, sucesores, o cesionarios.

El(los) deudor(es) podrá(n) efectuar pagos anticipados del capital adeudado, que determinarán la correspondiente variación de la tabla de amortización, comprometiéndose a reconocer el% del capital prepagado.

El interés convenido estará sujeto a reajuste en los términos establecidos por la Ley y la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, para lo cual, acepto(amos)de manera expresa que la tasa de interés aquí pactada, equivalente a la tasa pasiva referencial vigente al inicio del período y publicada por la Junta menos puntos y más puntos porcentuales que se mantendrá constante durante la validez de la operación, la misma que será reajustada por períodos iguales y sucesivos dedías.

El(los) deudor(es) deja(n) expresa constancia de que acepta(n) que el Banco modifique las tablas de amortización y las incorpore al contrato, de producirse el reajuste.

TERCERA.- MORA: En caso de mora, a partir del vencimiento pagaré(mos) la tasa de interés dispuesta por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera y que se hallare vigente a la fecha de vencimiento, sobre los valores no cancelados. Cuando el(los) deudor(es) incurriere(n) en mora en el pago de uno o más dividendos y/o fracciones, el Banco podrá declarar de plazo vencido el saldo de lo adeudado y demandar: a) los dividendos vencidos con el máximo de interés de mora permitido; b) el saldo del préstamo o capital reducido, cortado a la fecha del último dividendo en mora, así mismo con el máximo de interés permitido hasta la solución del préstamo; c) la comisión pactada conforme a lo dispuesto en la

Ley; y, d) el pago de las costas procesales, en las que se incluirán los honorarios del abogado del Banco, con los recargos correspondientes que fueren de ley.

CUARTA.- CASOS EN QUE PUEDE DARSE POR VENCIDO EL PLAZO: El(los) deudor(es) conviene(n) en que se tenga por vencido el plazo estipulado y el Banco pueda demandar ejecutivamente el pago total de la deuda y sus accesorios en los siguientes casos:

- a) Si el(los) deudor(es) incurriere(n) en incumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones aquí estipuladas;
- b) Si el(los) deudor(es) incumpliera(n) en el pago oportuno de uno o cualesquiera de los vencimientos o dividendos, es decir en el pago de los intereses, comisiones y/o del capital, establecidos en la tabla de vencimientos adjunta como documento habilitante;
- c) Si el Banco procediere al cierre de la cuenta corriente de el(los) deudor(es) por girar tres o más cheques sin suficiente provisión de fondos;
- d) Si el(los) deudor(es) fuere(n) demandado(s) por cualquier otro acreedor que obtuviere secuestro, embargo o prohibición de enajenar sobre todo o parte de sus bienes;
- e) En caso de insolvencia, quiebra o concurso de acreedores de el(los) deudor(es);
- f) Si el(los) deudor(es) dejare(n) de cumplir cualquier obligación patronal para con sus trabajadores y/o el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;
- g) Si se produjere una huelga o paralización de labores en la empresa de el(los) deudor(es);

b) Si el(los) deudor(es) se constituyere(n) deudor(es) o garante(s) de entidades que tengan jurisdicción coactiva, sin el consentimiento escrito del Banco;

i) Si el(los) deudor diere(n) destino distinto al préstamo o desviare(n) los recursos.

En cualquiera de estos casos, será prueba suficiente la simple afirmación del Banco hecha en la demanda correspondiente y aunque el(los) deudor(es) se encuentre(n) al día en el pago de sus obligaciones con el Banco.

QUINTA.- Son por cuenta de el(los) deudor(es) todos los gastos de este mutuo en la forma que lo determina la Ley, así como el pago de todos los gastos judiciales y extra judiciales que se hicieren para hacer efectivo este contrato, sin perjuicio de los honorarios profesionales del abogado del Banco.

SEXTA.- El(los) deudor(es) autoriza(mos) al Banco, expresa e irrevocablemente, para que en caso de mora, disponga de cualquier valor que a su favor existiere en el Banco o provenientes de documentos al cobro e impute tales valores al pago total o parcial de los intereses o del préstamo o costas, sin que para ello deba dar aviso alguno ni recibir nueva autorización.

SEPTIMA.- EMISION DE PAGARE: Por el valor del presente préstamo, el(los) deudor(es) suscribirá(n) un pagaré a la orden del Banco con vencimiento y tasa de interés establecida en la tabla de amortización, sin que tal procedimiento constituya novación o duplicidad de la deuda, pues se implementa para facilidad de cobro. En todo caso, el pago de un dividendo constituye o representa la cancelación del correspondiente pagaré de igual valor y vencimiento, o viceversa.

OCTAVA.- JURISDICCION: Para todos los efectos de este contrato y su tabla de amortización, el(los) deudor(es) renuncia(n) domicilio y se sujeta(n) expresamente a los jueces civiles competentes

de la ciudad dey al trámite del procedimiento ejecutivo a elección del Banco y se obligan además al pago de todos los gastos judiciales, extrajudiciales, honorarios del abogado, etc., en que se incurriere.

Para constancia de todo lo cual, las partes suscriben ejemplares de igual tenor, en a los.....días del mes dede mil novecientos noventa y

EL(LOS) DEUDOR(ES)

.....
.....

C.I.

EL BANCO

.....

Por aval.....consti.....solidariamente.....
con.....sin protesto El pago no podrá hacerse por partes ni aún por.....herederos. Estipul..... las demás condiciones constantes del Pagaré.

EL(LOS) AVALISTA(S)

.....
.....

C.I.

Capítulo 3. CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO MERCANTIL

3.1. Antecedentes

“Dos formas refinadas de impulsar las ventas comerciales han aparecido en este siglo (XX); en ambos casos los comerciantes han hecho gala, una vez más, de su inagotable ingenio, ahora demostrado mediante la creación de mecanismos de seductora presentación: uno de ellos, el arrendamiento con promesa de venta, también conocido como arrendamiento financiero, y más todavía -desgraciadamente- como **leasing**, que permite a las empresas industriales, agrícolas y comerciales de todo tipo, así como a los no comerciantes, el disponer de equipo, maquinaria, aparatos y automóviles, sólo durante su vida útil, sin necesidad de pagar su precio de contado, ni de acudir a préstamos o créditos para tal fin; el otro, la tarjeta de crédito,....”

“La creación del **leasing** se atribuye a D.P. Boothe, jr. -estadounidense- fabricante de productos alimenticios, quien, durante el año 1952, urgido, pero carente de maquinaria especial para la elaboración de ciertos alimentos objeto de un pedido especial del Ejército, tuvo la ocurrencia de tomarla en arrendamiento, por carecer de los recursos necesarios para comprarla, o quizá por estimar excesivo el costo de adquisición, habida cuenta del volumen y posibilidades de renovación del pedido” (Arturo Díaz Bravo, en: LEASING o Arrendamiento Mercantil. Quito, Superintendencia de Compañías, 1994).

Los autores mencionan como origen mediato del leasing la práctica de algunas empresas como la Bell Telephon System, que a partir de 1.877 puso en explotación sus teléfonos mediante un servicio combinado de alquiler y asistencia técnica.

En el Ecuador, mediante Decreto No. 3121, publicado en Registro Oficial No. 745 del 5 de enero de 1979, se regula el

arrendamiento mercantil. Luego, mediante Ley No. 155, Ley Reformatoria a la Ley de Arrendamiento Mercantil, publicada en Registro Oficial No. 968 del 30 de junio de 1.992, se establece que las disposiciones del Decreto 3121 serán también aplicables al arrendamiento de locales de vivienda, de vivienda-taller, y, de vivienda-comercio nuevas que se construyan para el efecto.

Actualmente el Código de Comercio regula al contrato de leasing o arrendamiento mercantil en el Capítulo Segundo, Título Quinto, Libro Quinto De los Contratos Mercantiles (Arts. 427 al 440).

3.2. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.

3.2.1. Concepto.- Contrato de arrendamiento mercantil es aquel por el cual el propietario de un bien mueble o inmueble concede el uso y goce de este bien a otra persona, por el pago de una renta determinada, bajo un plazo inicial forzoso, a cuyo vencimiento el arrendatario tiene opción de compra.

Derecho comparado

El Art. 1227 del Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, define al contrato de leasing así: “En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

El Código de Comercio en el Art. 427 establece que: *Se entenderá que existe arrendamiento mercantil de bienes muebles o inmuebles cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

a) Que el contrato se celebre por escrito y se inscriba en el Libro de Arrendamientos Mercantiles que, al efecto llevará el Registrador Mercantil del respectivo cantón;

b) Que el contrato contenga un plazo inicial , forzoso para ambas partes;

c) Que la renta a pagarse durante el plazo forzoso, más el precio señalado a la opción de compra de que se trata más adelante, excedan del precio en que el arrendador adquirió el bien;

d) Que el arrendador sea propietario del bien arrendado; y,

e) Que al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tenga los derechos alternativos que señala esta norma.

3.2.2. Requisitos.- En el contrato de arrendamiento mercantil se destacan los siguientes elementos o requisitos:

3.2.2.1 Requisitos o elementos personales (subjetivos): En el contrato de arrendamiento mercantil existen dos partes:

a) **El arrendador**, que es el propietario del bien sobre el que se concede el goce. Puede ser una persona natural o una persona jurídica.

b) **El arrendatario**, que es la persona natural o jurídica que toma el bien mueble o inmueble en arrendamiento con opción de compra.

3.2.2.2 Requisitos reales (objetivos):

a) **Objeto:** El objeto del contrato de leasing es dar un bien para que otra persona lo use y goce, por el pago de una renta determinada, bajo un plazo inicial forzoso, a cuyo vencimiento el arrendatario tenga opción de compra. Los bienes objeto del contrato pueden ser muebles o inmuebles. El arrendador debe ser propietario del bien arrendado.

b) **Plazo:** El contrato debe contener un plazo inicial forzoso para ambas partes. El plazo forzoso en los contratos de arrendamiento mercantil de bienes inmuebles no podrá ser inferior

a cinco años. En los demás bienes se entenderá que ha de coincidir con su lapso de vida útil. Art.428 C. de Com.

c) **Precio:** En el contrato se determinará la renta que el arrendatario pagará al arrendador durante el plazo forzoso, más el precio señalado a la opción de compra. Esta renta y el precio de opción de compra deben exceder del precio en que el arrendador adquirió el bien.

d) **Opción de compra:** Al finalizar el plazo inicial forzoso el arrendatario tendrá los siguientes derechos alternativos:

1.- Comprar el bien, por el precio acordado para la opción de compra o valor residual previsto en el contrato, el que no será inferior al 20% del total de rentas devengadas.

2.- Prorrogar el contrato por un plazo adicional. Durante la prórroga la renta deberá ser inferior a la pactada originalmente, a menos que el contrato incluya mantenimiento, suministro de partes, asistencia u otros servicios.

3.- Recibir una parte inferior al valor residual del precio en que el bien sea vendido a un tercero.

4.- Recibir en arrendamiento mercantil un bien sustitutivo, al cual se apliquen las condiciones previstas en este artículo

3.2.2.3 Requisitos formales.- El arrendamiento mercantil debe cumplir los siguientes requisitos formales:

a) Celebrarse por escrito;

b) Inscribirse en el Libro de Arrendamientos Mercantiles que llevará el Registrador Mercantil del respectivo cantón.

En resumen, el arrendamiento mercantil debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que el contrato se celebre por escrito y se inscriba en el Libro de Arrendamientos Mercantiles que, al efecto llevará el Registrador Mercantil del respectivo cantón;
- b) Que el contrato contenga un plazo inicial forzoso para ambas partes;
- c) Que la renta a pagarse durante el plazo forzoso, más el precio señalado a la opción de comprar de que se trata más adelante, excedan del precio en que el arrendador adquirió el bien;
- d) Que el arrendador sea propietario del bien arrendado;
- e. Que al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tenga los derechos alternativos determinados en la Ley.

3.2.3. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento mercantil.

3.2.3.1. Son características jurídico-estructurales del contrato de leasing:

- a) **Es solemne**, en cuanto a que para que surta efecto debe celebrarse por escrito e inscribirse en el Libro de Arrendamientos Mercantiles que, al efecto llevará el Registrador Mercantil o el Registrador de la Propiedad, en los cantones en los que no haya Registrador Mercantil. Art. 1.459 C. Civil;
- b) **Es principal**, por cuanto el contrato de leasing subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. Art. 1.458 C. Civil;
- c) **Es bilateral**, por cuanto las partes contratantes se obligan recíprocamente. Art. 1.455 C. Civil. El arrendador se obliga a entregar un bien, el arrendatario a pagar una renta;
- d) **Es oneroso**, por cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro: el arrendador entrega los bienes de su propiedad para que los use

el arrendatario; y, el arrendatario paga una renta en beneficio del arrendador, por uso y goce del bien, con opción de compra. Art. 1456 C. Civil;

e) **Es comutativo**, por cuanto lo que cada parte da se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar;

f) **De tracto sucesivo**, en razón de que el cumplimiento del contrato de leasing se prolonga por un tiempo determinado y a voluntad de las partes, durante el que se cumplen obligaciones recíprocas;

g) **Es de adhesión**, en cuanto a que los contratos de leasing generalmente son formularios impresos, con cláusulas establecidas por el dador o arrendador, con espacios necesarios para singularizar el bien, el precio, plazo, etc.; cláusulas a las que el tomador o arrendatario no le queda otra alternativa que aceptarlas (adherirse) o no suscribir el contrato.

3.2.3.2 Estudio comparado.- Para destacar la naturaleza jurídica del contrato de leasing o arrendamiento mercantil, es conveniente realizar un estudio comparado. Así

a) **Con la compraventa al contado:** En la compraventa al contado el comprador obtiene inmediatamente la titularidad del dominio sobre el bien, pagando la totalidad del precio; mientras que en el leasing se concede la explotación, uso y goce del bien por un tiempo determinado, a cuyo vencimiento puede ser restituido el bien o adquirido en propiedad por el pago de una renta en cuotas.

b) **Con la compraventa a plazos:** En la compraventa a plazos la transferencia de dominio es real e inmediata a la compra, aunque el precio se pague a plazo, en cuotas; en cambio en el leasing la transferencia del dominio es una expectativa, pues el arrendatario puede no optar por la adquisición del bien.

En la compraventa a plazos el comprador puede **disponer** del bien, porque tiene todos los atributos de la propiedad; el tomador en el leasing no tiene estos atributos.

En el leasing, si el tomador deja de pagar, el arrendador puede pedir la restitución del bien; no así en la compraventa a plazos, en la que no se puede pedir la restitución del bien, porque ya se transfirió la propiedad y porque además pudo haber pasado a terceras personas.

c) **Con el arrendamiento civil u ordinario:** El leasing con el arrendamiento civil u ordinario tienen en común que en ambos casos se concede el uso y goce de una cosa. Mas, las finalidades, funciones y efectos de los contratos son distintos. En el arrendamiento civil, la una parte concede el goce de una cosa, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, y la otra, paga por esto un precio determinado; mientras que el leasing es un contrato de financiación, mediante el que el tomador recibe un bien para usarlo, con opción de compra. Art. 1856 C Civil.

3.3. Derechos y obligaciones de las partes

3.3.1. Derechos del arrendador:

3.3.1.1. Son derechos del arrendador:

- a) Percibir una renta durante el plazo forzoso;
- b) Recuperar inmediatamente la cosa arrendada en los siguientes casos:
 - 1.- Incumplimiento del contrato por parte del arrendatario;
 - 2.- Terminación de plazo;
 - 3.- Muerte de la persona natural arrendataria o disolución del arrendatario persona jurídica.
 - 4.- Embargo o prohibición de enajenar originados en obligaciones del arrendatario hacia terceros.

c) En caso de suspensión de pagos, insolvencia o quiebra de quien tenga bienes tomados en arrendamiento mercantil, el arrendador podrá recuperarlos. Por consiguiente, dichos bienes no entrarán a la masa del concurso de acreedores, ni podrán ser objeto de convenio.

d) A declarar la terminación del contrato en el caso de muerte del arrendatario o su disolución.

3.3.1.2. Trámite para la recuperación:

De conformidad con lo dispuesto en el Art.433 del Código de Comercio, el arrendador tiene derecho a recuperar inmediatamente la cosa arrendada en caso de incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, en el de terminación de plazo, en el de muerte o disolución del arrendatario o en el de embargo o prohibición de enajenar originados en obligaciones del arrendatario hacia terceros. Esta misma norma dispone que a estos efectos bastará la afirmación hecha en la demanda, a la que se adjuntará un ejemplar debidamente inscrito del contrato de arrendamiento, y cuando sea el caso, documentos públicos que pruebe el hecho alegado.

En el caso de muebles el juzgador dispondrá la entrega al arrendador, con la ayuda de la fuerza pública; y, en el caso de inmuebles dispondrá el lanzamiento en la forma prevista en la Ley de Inquilinato; esto es en procedimiento sumario.

La sentencia del juez será apelable sin efecto suspensivo, sin perjuicio de las acciones que pudiera ejercer el arrendatario frente al arrendador que procediere maliciosamente.

3.3.2. Obligaciones del arrendador:

Son obligaciones del arrendador:

a) Entregar el bien materia del arrendamiento con opción de compra;

- b) Responder ante el arrendatario hasta de la culpa leve. Sin embargo, el mismo Art.432 del Código de Comercio dispone que *el arrendador mercantil no responderá frente al arrendatario por la evicción ni por los vicios ocultos de la cosa arrendada. En este caso el arrendatario tendrá derecho a demandar el saneamiento de la cosa arrendada, en los términos del Código Civil, a terceros, particularmente a los fabricantes y proveedores de la misma, o a uno u otros de estos últimos.*
 - c) Respetar el ejercicio de los derechos alternativos que le corresponde al arrendatario;
 - d) Garantizar al arrendatario el uso y goce del bien.

3.3.3. Derechos del arrendatario: Son derechos del arrendatario en el arrendamiento mercantil:

- a) Al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tiene los derechos alternativos que establece el Art.427 del C. de Com.;
- b) Demandar el saneamiento de la cosa arrendada, en los términos del Código Civil, a terceros, particularmente a los fabricantes y proveedores de la misma, o a unos u otros de estos últimos;
- c) Usar y gozar del bien.

3.3.4. Obligaciones del arrendatario: Son obligaciones del arrendatario en el arrendamiento mercantil:

- a) Pagar la renta del arrendamiento;
- b) Pagar el precio acordado en el caso de que haga uso de la opción de compra;
- c) Conservar el bien arrendado;
- d) Exhibir el bien cuando lo pida o demande el arrendador;

e) Restituir el bien, si fuere del caso, cuando no hace uso del la opción de compra o cuando ha aceptado recibir en arrendamiento un bien sustituto.

3.4. Arrendamiento de bienes que deben importarse

El Código de Comercio en el Art. 431 dispone que: *Cuando se dieren en arrendamiento mercantil bienes que deben importarse, el arrendador gozará de los beneficios y franquicias que correspondan al arrendatario; el cual deberá figurar como consignatario en los permisos de importación y más documentos de comercio.*

3.5. Seguro de los bienes arrendados

El Código de Comercio, en el Art. 438, establece que es obligatorio que los bienes arrendados estén cubiertos por un seguro contra todo riesgo.

3.6. Base imponible para impuestos

Cuando el arrendatario ejerciere la opción de compra por el valor residual, éste se considerará la base imponible para efecto del cálculo de los impuestos fiscales o municipales que graven la transferencia de dominio. Art. 430 C. de Com.

3.7. Transferencia de los derechos del arrendatario mercantil

Los derechos del arrendatario mercantil pueden ser transferidos con el consentimiento del arrendador; si no existe ese consentimiento el arrendatario será tratado como el deudor prendario que dispone dolosamente de la deuda. Art. 434 C. de Com.

3.8. Modalidades del leasing

La doctrina reconoce las siguientes modalidades de leasing:

3.8.1. El leasing operativo o arrendamiento industrial

Mediante el contrato de leasing el fabricante de bienes, generalmente de rápida obsolescencia, concede el uso y goce de estos bienes durante un tiempo determinado, y en contraprestación recibe una renta que se paga en forma periódica.

Ricardo Luis Lorenzetti (ob cit pág 517) expone que “El leasing operativo es un contrato mediante el cual un sujeto que es titular del bien (propietario o fabricante) o tiene legitimación para darlo en leasing (importador, vendedor), entrega la tenencia para el uso al tomador, con opción de compra”

Los autores mencionan como ejemplo de esta operación al caso de la empresa Bell Telephon System que a partir de 1877 puso en explotación sus teléfonos mediante un servicio combinado de alquiler y asistencia técnica.

El industrial usuario tiene la facultad de terminar unilateralmente el contrato mediante un aviso previo al propietario.

3.8.2. Leasing financiero

“es una fórmula financiera a mediano o largo plazo por la cual, en virtud de un contrato mercantil, una sociedad especializada se obliga a adquirir la propiedad de un bien de equipo, cuyo proveedor y caracteres técnicos son señalados por el usuario, y a conceder a este su tenencia y disfrute a cambio de una remuneración periódica durante el término inicial que corresponde a su amortización, con opción de compra al final del período a favor del usuario”. Rodrigo Escobar Gil.- En: LEASING, Superintendencia de Compañías, Quito, 1994.

“El arrendamiento mercantil (leasing financiero) en su modalidad de actividad financiera, es una operación por la cual el propietario, persona jurídica legalmente autorizada, arrienda un bien por un plazo determinado y forzoso, y el arrendatario reconoce

el pago de una renta” pudiendo al vencimiento ejercer cualquiera de los derechos alternativos que establece el Art. 1 letra e), del D. 3121. Reglamento de las Compañías de Arrendamiento Mercantil.

Ricardo Luis Lorenzetti (ob cit tomo II, pág 516) enseña que el Leasing financiero “Es un contrato celebrado por el dador, que debe ser una entidad financiera o una sociedad con el objeto de celebrar estos contratos, con la finalidad de dar financiamiento a su cliente, denominado tomador, mediante el cual el dador adquiere un bien por indicación del tomador, entregándole la tenencia con la finalidad de uso por un precio en dinero, durante un plazo, otorgando una opción de compra, previo pago del valor residual”.

3.8.3. Lease-back o leasing de retro

En doctrina se conoce como lease-back a una modalidad de arrendamiento mercantil en la que el empresario y propietario de bienes (maquinaria, equipos) que requiere capital de trabajo, opta por vendérselos a la sociedad de leasing (arrendador), la que a su vez y de inmediato, se los arrienda al mismo empresario. Es decir, esta modalidad de leasing permite que el empresario convierta sus activos fijos en capital de trabajo al vendérselos a la sociedad leasing, la que a su vez se los arrienda al mismo empresario-vendedor por una renta determinada, quien los continúa utilizando en el mismo fin anterior a su venta.

3.8.4. Renting

Es una variedad de leasing operativo, en el que se elimina la intermediación del proveedor, puesto que el arrendador es el propietario de los bienes o su fabricante, y en el que la opción de compra queda minimizada, puesto que el arrendamiento implica el servicio de mantenimiento, reparación, asistencia técnica, provisión de repuestos, por lo que conserva la propiedad en forma definitiva.

3.9. Ventajas del Leasing

El contrato de arrendamiento mercantil genera ventajas para el arrendatario, como las siguientes:

- a)* Permite a los empresarios disponer de equipo, maquinaria, aparatos y vehículos, sólo durante su vida útil y sin necesidad de pagar su precio de contado.
- b)* El empresario no necesita acudir a préstamos para la adquisición de la maquinaria y equipo, con lo que reduce costos de los productos y servicios.
- c)* Se le facilita destinar mayores recursos para capital de trabajo, en beneficio de una mayor producción.
- d)* Permite aprovechar lo más avanzado en tecnología.

Capítulo 4. DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

4.1. Antecedentes.

El antecedente mediato del fideicomiso se encuentra en la figura jurídica de la **fiducia** del Derecho Romano, que era un contrato de confianza que inicialmente consistió en que el propietario de un bien lo enajenaba para garantizar un crédito, con la obligación del adquirente de transferir el dominio a su propietario anterior, cuando se hubiere cumplido con la obligación garantizada (Fiducia Cum Creditore). Luego se presentaron otras modalidades de fiducia en el Derecho Romano.

La figura jurídica del fideicomiso mercantil se desarrolló más recientemente en el derecho anglosajón.

En el Ecuador, La Ley 31 Ley de Mercado de Valores, promulgada en el suplemento del Registro Oficial No. 199 del 28

de mayo de 1993, en su Art. 80 introduce reformas al Código de Comercio, incorporando después del Art. 409 el siguiente Título : DEL FIDEICOMISO MERCANTIL, con cuatro artículos innumerados. Luego, la Ley de Mercado de Valores (Ley 107), promulgada en Registro Oficial No. 367 del 23 de julio de 1998, deroga este Título; y, a su vez, en el Título XV regula al contrato de fideicomiso mercantil y encargo fiduciario.

La Ley de Mercado de Valores fue codificada en el 2006 (Codificación 2006-001) y publicada en RO-S 215 del 22 de febrero del 2006; y, el Código Orgánico Monetario y Financiero en su Disposición General Décima Octava, dispone que la Ley de Mercado de Valores con sus reformas se incorpora como Libro II de éste Código.

4.2. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.

4.2.1. Concepto.- El Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores (LMV) define en los siguientes términos al contrato de fideicomiso mercantil: *Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.*

También se denomina fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo que se constituye con el contrato de fideicomiso. El patrimonio autónomo está constituido por el conjunto de derechos y obligaciones afectados a la finalidad del fideicomiso.

4.2.2. Requisitos.- En el contrato de fideicomiso mercantil se destacan los siguientes elementos o requisitos:

4.2.2.1. Elementos personales: En el contrato de fideicomiso mercantil existen los siguientes elementos personales:

a) **El constituyente o fideicomitente**, que es la persona que transfiere el dominio de sus bienes a título de fideicomiso mercantil para que se cumpla con la finalidad instituida en el contrato de constitución. Pueden actuar como fideicomitentes las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica.

b) **El fiduciario**, que es la persona que recibe el bien o bienes para cumplir las finalidades instituidas en el contrato. Según lo dispuesto en el Art. 109 LMV, la fiduciaria del fideicomiso mercantil será una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, las que están bajo control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

c) **El beneficiario**, que es la persona a favor de quien se constituye el fideicomiso. Art. 109 LMV.

Quienes pueden ser beneficiarios.- Pueden ser beneficiarios de los fideicomisos mercantiles las personas naturales o personas jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Art. 116 LMV.

Puede ser beneficiario el propio constituyente o un tercero.

Existencia de la persona del beneficiario.- La regla general es la de que el beneficiario debe existir al momento de constituirse el fideicomiso. Sin embargo, por expresa disposición del Art. 116 LMV “Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil

a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista". En todo caso el beneficiario debe existir antes de expirar los quince años subsiguientes a la fecha de constitución del fideicomiso. Arts. 1.005, 2411, 2415, 2417 del C. Civil.

Pluralidad de beneficiarios.-Grados de preeminencia.-

Beneficiarios sustitutos.- Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso; en este caso el constituyente puede establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos. Art. 116 LMV

Falta de beneficiario.- En el caso de falta del beneficiario o ante la renuncia del beneficiario designado y no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.

Prohibición respecto al beneficiario.- Por disposición del Art. 116, inc final de la LMV, queda expresamente prohibida la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.

4.2.2.2. Requisitos reales:

a) **Objeto:** El fideicomiso tiene por objeto la transferencia de la propiedad, en forma temporal e irrevocable, de bienes de distinta naturaleza (muebles, inmuebles, dinero, títulos valor, etc.) a un patrimonio autónomo para que la fiduciaria cumpla las finalidades específicas instituidas en el contrato, en favor del beneficiario.

El fideicomiso puede tener fines culturales, de investigación, altruistas o filantrópicos, industriales, comerciales, agrícolas, y en general cualquier actividad lícita.

b) Denominación: Cada fideicomiso mercantil (patrimonio autónomo) tendrá una denominación “peculiar” señalada por el constituyente en el contrato. El fideicomiso puede tener una denominación genérica; y, es obligatorio que tenga una denominación peculiar; es decir un nombre que lo distinga de otros que mantenga el fiduciario.

c) Plazo: El fideicomiso mercantil **tendrá** un plazo de vigencia. Puede tener como plazo de duración el tiempo necesario para el cumplimiento de la finalidad prevista o hasta el cumplimiento de una condición; esto es un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

Plazo máximo: La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos:

1.- Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,

2.- Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que se factible el propósito para el que se hubieren constituido. Art. 110 LMV.

d) Transferencia de la propiedad: El fideicomitente debe transferir la propiedad al patrimonio autónomo. *Esta transferencia se hará de manera temporal e irrevocable. La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes. Art. 110, inc. 2o., LMV.*

Debemos tener presente que la transferencia de la propiedad al patrimonio autónomo se efectúa a título de fideicomiso; es decir, de manera temporal y para cumplir las finalidades del fideicomiso.

4.2.2.3. Requisitos formales.- El contrato de fideicomiso debe cumplir los siguientes requisitos formales:

a) **Escritura pública:** El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.

b) **Inscripción:** Si el fideicomiso se constituye con inmuebles, el contrato debe inscribirse en el Registro de la Propiedad.

c) **Contenido:** El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente:

1. Requisitos mínimos:

a) La identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios;

b) Una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros;

c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios;

d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario;

e) Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión;

f) La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto propio del contrato;

g) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil;

b) Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e,

i) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.

2. Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como:

a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil, los mismos que constituyen títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte el C.N.V.; y,

b) La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente.

3. En los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales”, como las que se señala en el Art. 120 LMV.

4.2.3. Naturaleza jurídica.

4.2.3.1. Elementos constitutivos.- El fideicomiso mercantil es un negocio jurídico en el que se destacan los siguientes elementos constitutivos:

a) Se transfiere la propiedad de bienes muebles o inmuebles a un patrimonio autónomo, de manera temporal.

b) El fideicomitente instituye en el contrato de constitución finalidades específicas que debe cumplir el fiduciario.

c) Existe un encargo o comisión de confianza que hace el fideicomitente.

4.2.3.2. **Qué clase de contrato es el del fideicomiso?**

El contrato de fideicomiso tiene las siguientes características:

a) **El contrato es solemne**, en cuanto a que está sujeto a la observancia de las siguientes formalidades especiales para que surta efecto civil: 1) debe constituirse mediante escritura pública; 2) la transferencia de la propiedad debe inscribirse en el Registro de la Propiedad cuando se aporte bienes inmuebles.

b) **Es principal**, por cuanto el contrato de fideicomiso mercantil subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. Art. 1.458 C. Civil;

c) **Es bilateral**, por cuanto las partes contratantes se obligan recíprocamente. Art. 1.455 C. Civil. Hay obligaciones recíprocas entre fideicomitente y fiduciario;

d) **Es oneroso**, por cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro: El fideicomitente transfiere bienes a favor del fiduciario para la finalidad que él determine; y, el fiduciario se obliga a administrar los bienes constituidos en fideicomiso. Art. 1456 CC.

Al respecto, cabe destacar que según lo dispuesto por el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores, para efectos de pago de impuestos, tasas y contribuciones especiales, *la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato*; y, por consiguiente, esta transferencia está exenta del pago de los citados tributos.

La transferencia de una propiedad a título de fideicomiso no es onerosa ni gratuita; mas el contrato de fideicomiso si es oneroso.

e) **Es conmutativo**, por cuanto lo que cada parte da se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar;

f) **De trato sucesivo**, en razón de que el cumplimiento del contrato de fideicomiso se prolonga por un tiempo determinado y a voluntad de las partes, durante el que se cumplen obligaciones recíprocas; y, sobre todo el fiduciario debe desarrollar una serie sucesiva de acciones para cumplir con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución del fideicomiso.

g) **Real**, por cuanto para que se perfeccione el contrato es necesario la tradición de la cosa objeto del fideicomiso. Art. 1459 C. Civil; 109, 110, 113 LMV.

h) **Nominado**, en cuanto está previsto y reglado por la Ley.

4.3. Derechos y Obligaciones de las Partes

4.3.1. Derechos del fideicomitente o constituyente

Son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil:

a) Los que consten en el contrato;

b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;

c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparte el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,

d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión. Art. 126 LMV;

- e) Designar al fiduciario y al fideicomisario;
- f) Pedir y obtener la restitución de los bienes fideicometidos, ante la falla *de la condición prevista en el contrato*, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos;
- g) Pedir al fiduciario la rendición de cuentas de sus actuaciones;
- b) Nombrar a un sustituto del fiduciario, en los casos que determine la Ley y el contrato;
- i) Ejercer las atribuciones que determine el contrato.

4.3.2. Deberes del fideicomitente o constituyente:

Son deberes del fideicomitente:

- a) Transferir la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso, a un patrimonio autónomo;
- b) Remunerar a la fiduciaria, conforme se haya previsto en el contrato de fideicomiso;
- c) Cumplir las obligaciones que señale el contrato.

4.3.3. Derechos del fiduciario:

Son derechos del fiduciario:

- a) Percibir la remuneración que se señale en el contrato;
- b) Ejercer la representación legal del fideicomiso mercantil; y, por lo tanto, podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas y judiciales;

- c) Ejercer la gestión del fideicomiso, conforme a la Ley y al contrato;
- d) Renunciar a su gestión, bajo las condiciones y exigencias de la Ley;
- e) Ejercer las atribuciones que le confiera el contrato.

4.3.4. Deberes del fiduciario:

Son deberes del fiduciario:

- a) Actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan;
- b) Responder hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión;
- c) Rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones;
- d) Presentar a la Superintendencia de Compañías información sobre el fideicomiso mercantil, en los casos que determina la Ley;
- e) Entregar al fideicomisario los frutos y rendimientos del fideicomiso;
- f) Transferir los bienes a quien corresponda, una vez terminado el contrato de fideicomiso;
- g) Responder en forma solidaria con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso. Art. 135 LMV.

4.3.5. Derechos del beneficiario.

Son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil:

- a) Los que consten en el contrato;

b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;

c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparte el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;

d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;

e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la Ley; y,

f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo, culpa grave o leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

Art. 127 LMV.

g) Percibir los frutos y rendimientos del fideicomiso;

h) Ejercer las atribuciones que determine el contrato.

4.3.6. Deberes del beneficiario:

Son deberes del beneficiario:

a) la restitución del bien, si llegare a estar en su poder.

b) el pago de remuneración al fiduciario, en forma subsidiaria.

4.4. Del Patrimonio Autónomo

4.4.1. Generalidades.- Concepto.

Por el contrato de fideicomiso se transfiere la propiedad de bienes a un patrimonio autónomo. **Qué se entiende por patrimonio autónomo?**. El patrimonio autónomo es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil. Art. 109, inc. 2o., LMV.

4.4.2. Naturaleza.- Personalidad jurídica.- Requisitos.

4.4.2.1. Naturaleza.- Personalidad jurídica.- El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica; y, como tal, su representante legal es el fiduciario. El representante legal ejercerá sus funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

El patrimonio autónomo que se origina en el contrato de fideicomiso, al estar dotado de personalidad jurídica, es independiente del patrimonio individual que mantengan el constituyente, el fiduciario, el beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario. Art. 118, inc. 1o. LMV. Por ello, los créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguirse en los bienes de éste fideicomiso; mas no en los bienes propios del fiduciario.

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato. Art. 109, inc. 3o., LMV.

Inembargabilidad.- Como consecuencia de que el patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica y que este patrimonio es independiente del patrimonio individual del constituyente, fiduciario y fideicomisario, el Art. 121 LMV dispone que los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato; es decir que, en el contrato se puede establecer que los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán embargar estos bienes. Mas, en ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario, es decir no hay salvedad para los acreedores del fiduciario, como sí la hay para los acreedores del constituyente y del beneficiario.

Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil. Art. 121 LMV

4.4.2.2. Requisitos.

Para la constitución del patrimonio autónomo debe cumplirse los siguientes requisitos:

a) Deberá constituirse mediante escritura pública. Están prohibidos los fideicomisos mercantiles secretos, sin perjuicio de la obligación de reserva del fiduciario en atención a características puntuales de determinadas finalidades así como a los negocios finales de estos contratos. Art. 114 LMV.

b) Debe realizarse la transferencia de la propiedad de los bienes al patrimonio autónomo, a título de fideicomiso, conforme a las reglas generales sobre transferencia de acuerdo a la naturaleza de los bienes. En el caso de aporte de inmuebles la escritura de constitución se inscribirá en el Registro de la Propiedad. La

transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Art. 113 LMV.

c) La vigencia del fideicomiso mercantil está determinada por:

1.- Un plazo de duración fijado en el instrumento constitutivo;

2.- Podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición.

4.5. Terminacion del Contrato de Fideicomiso

Son causas de terminación del fideicomiso mercantil:

a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato;

b) El cumplimiento de las condiciones;

c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria;

d) El cumplimiento del plazo contractual;

e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo;

f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la Ley;

g) La resiliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y,

b) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto. Art. 134 LMV

4.6. Encargo Fiduciario.

La Ley de Mercado de Valores establece el encargo fiduciario, que consiste en el *contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. Art. 114 LMV.*

El encargo fiduciario se diferencia del fideicomiso mercantil por cuanto:

a) En el encargo fiduciario no existe transferencia de bienes de parte del constituyente, como ocurre en el fideicomiso mercantil. En el encargo fiduciario el constituyente conserva la propiedad de los bienes y los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable.

b) En el encargo fiduciario no se configura persona jurídica.

Al encargo fiduciario le son aplicables: *el artículo 1464 del Código Civil y los artículos 2035, 2045, 2046, 2047, 2048, 2050, 2052, 2054, 2064, 2066, 2067 numerales 1,2,5,6 y 7, 2072, 2073, 2074 del Título XXVII del Código Civil referentes al mandato y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio y, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en la presente Ley. Art. 114, inc. 4o., LMV.*

4.7. Efectos del Contrato de Fideicomiso Mercantil

Por disposición del Art. 137 LMV, se excluye expresamente de la interpretación y efectos de los contratos de fideicomiso

mercantil a las instituciones civiles referentes al fideicomiso, previstas en los libros II y III del Código Civil, por cuanto éstas tienen un fundamento diferente y de diversa naturaleza que el fideicomiso mercantil.

4.8. Modalidades de Fideicomiso

En doctrina se comenta la existencia de varias modalidades de fideicomiso. Entre ellas, destacamos las siguientes:

4.8.1. Fideicomiso de administración

El autor Sergio Rodríguez Azuero expone que la finalidad central de esta modalidad de fideicomiso “se vincula con el desarrollo de contratos, especialmente de obras públicas o construcción, en los cuales los avances van originando la obligación de realizar pagos a los contratistas, los cuales se canalizan a través de este medio. El contratante, público o privado, coloca en manos del fiduciario los fondos necesarios para el pago progresivo de la obra y este se compromete a hacer los desembolsos contra la verificación de los requisitos que se hayan señalado en el contrato como de previo cumplimiento para exigirlos, como podría ocurrir con la presentación de facturas debidamente visadas por un interventor de la obra” ob cit pág. 884.

4.8.2. Fideicomiso de inversión

En esta modalidad el fideicomitente destina los bienes a actividades que le generan réditos económicos, ya sea señalando el destino de la inversión o dejándola a criterio del fiduciario.

4.8.3. Fideicomiso de garantía

Mediante esta modalidad de fideicomiso, el fideicomitente transfiere bienes al patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria para respaldar una o varias obligaciones contraídas por él o por un tercero, a favor del acreedor.

4.8.4. Fideicomiso Inmobiliario

Se constituyen para la realización de un proyecto inmobiliario de vivienda, oficinas, locales comerciales, etc., en los que pueden intervenir varias partes interesadas, como: una entidad financiera, una empresa constructora, el propietario del inmueble, profesionales del ramo, etc.,

Capítulo 5. DEL CONTRATO DE VENTA CON RESERVA DE DOMINIO

5.1. Antecedentes.-

La reserva de la propiedad como garantía ya existió en el derecho romano; data de las XII Tablas, año 307 de Roma, 446 antes de Cristo. La garantía de reserva de dominio en Roma se agregaba en la práctica a los contratos de compraventa como Pactum Reservati Domini.

En el Ecuador la venta con reserva de dominio fue establecida y regulada por el Decreto Supremo No. 548-CH, publicado en el Registro Oficial No. 68 del 30 de Setiembre de 1963; Decreto con el que se agrega la Sección V “De la Venta con Reserva de Dominio” después de la Sección IV del Título II del Libro Segundo del Código de Comercio.

Actualmente la venta con reserva de dominio está regulada por el Código de Comercio en el Capítulo Segundo, Título Primero del Libro Quinto (Arts. 356 al 369)

5.2. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza.

5.2.1. Concepto.- La compraventa con reserva de dominio es un contrato en que una de las partes se obliga a realizar

la entrega material inmediata de una cosa, así como a la tradición una vez que se haya pagado la totalidad del precio; y, la otra, a pagar el precio en el plazo convenido.

En las ventas de cosas muebles que se efectúen a plazos, que estén singularizadas y que sean susceptibles de ser identificadas, el vendedor podrá reservarse el dominio de los objetos vendidos hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. Art. 356 C de Com.

5.2.2. Requisitos.

Para la validez del contrato de compraventa con reserva de dominio deben cumplirse los requisitos generales de: capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita. Mas, constituyen materia de análisis de este texto los requisitos específicos del contrato de compraventa con reserva de dominio, a los que los clasificamos de la siguiente manera:

5.2.2.1. Requisitos personales: En el contrato de compraventa con reserva de dominio existen dos partes: a. el vendedor; b. el comprador.

a) **Vendedor** es la persona que contrae la obligación de dar la cosa.

b) **Comprador** es la persona que contrae la obligación de pagar el precio de la cosa. Art. 1.732 C. Civil.

5.2.2.2. Requisitos reales:

a) **De la cosa.**- De conformidad con lo previsto en el Art. 1.476 C. Civil: *Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar....* Pueden ser objeto de la declaración de voluntad las cosas que existan o se espera que existan. En ambos casos las cosas deben ser comerciables y determinadas, al menos en cuanto a su género. Art. 1.477 C. Civil.

Los bienes consisten en cosas corporales e incorporales. Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles. Arts. 583, 585 C. Civil.

En el contrato de compraventa con reserva de dominio las cosas objeto de este contrato deben cumplir los siguientes requisitos:

1.- La venta con reserva de dominio procede respecto de las cosas **corporales muebles**. Se excluye a las cosas incorporales en general y a las cosas corporales inmuebles. No pueden ser objeto del contrato de compraventa con reserva de dominio los derechos reales o personales por estar excluidos por la Ley.

Quedan también excluidos los bienes muebles por naturaleza pero reputados inmuebles por destinación, porque no pueden ser transportados de un lugar a otro. Arts. 583, inciso 2º., 585, 592 C. Civil.

2.- El Art. 356 del C. de Com establece que podrán venderse bajo reserva de dominio las cosas muebles que sean susceptibles de ser identificadas; ello implica que los bienes muebles objeto del contrato deben ser singularizados, determinando la especie y con las características que a cada bien corresponde. Si se trata de un vehículo, éste tiene marca, año de fabricación, color, número de motor, número de chasis, etc.

3.- El objeto de venta con reserva de dominio sale del comercio, puesto que la Ley prohíbe la venta, permuto, arrendamiento o prenda, hasta que se haya pagado el precio en su totalidad.

b) **Precio:** El precio es un elemento esencial en el contrato de compraventa. Art. 1.740 C. Civil. Si no se ha convenido en el precio, la venta no se reputa perfecta, no hay compraventa. Art. 356 C. de Com.

El precio puede consistir en dinero o parte en otra cosa. Art. 1.733 C. Civil.

El precio debe estar determinado en el contrato; por lo que el precio no puede dejarse al arbitrio de un tercero o de uno de los contratantes, y en consecuencia que el precio se determine posteriormente al contrato.

Cabe recordar que de conformidad con lo previsto en el Art. 1.831 C. Civil, la acción rescisoria por lesión enorme no procede en el caso de venta de bienes muebles. Si el contrato de venta con reserva de dominio es mercantil y relativo a bienes muebles, no procede en éste la acción rescisoria por lesión enorme.

La obligación de pagar el precio la tiene el comprador; sin embargo, puede pagar por él cualquier persona, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor. Art. 1.588 C. Civil.

El pago debe ser hecho al acreedor o a la persona designada por él. Puede pagarse por consignación en un juzgado, cuando el vendedor se niega a recibirllo, o cuando el comprador es demandado.

El lugar de pago será el que convengan las partes, que generalmente será el del domicilio del vendedor.

El precio debe ser señalado en su monto total, así como la forma y condiciones de pago: como la cuota inicial, los dividendos que se pagarán durante el plazo.

c) Entrega y tradición.

El vendedor debe realizar la entrega material del bien una vez perfeccionado el contrato de compraventa con reserva de dominio; pero la tradición del mismo se difiere hasta que el comprador pague la totalidad del precio.

d) Plazo.

El contrato de compraventa con reserva de dominio constituye un mecanismo para dar seguridad a las ventas a plazo.

En el contrato debe constar la forma de pago, lo que implica señalar el número de dividendos y el plazo de cada uno.

En el contrato con reserva de dominio se puede estipular la caducidad de plazo total por la falta de pago de uno o más dividendos, y así declarar vencidos a los dividendos posteriores y ejecutar la totalidad del precio. El Código Civil en el Art. 1.513 establece que el deudor puede renunciar el plazo.

El Art. 348 COGEP prevé el caso de que se anticepe el vencimiento de las obligaciones como consecuencia de la aplicación de la cláusula de aceleración de pagos; pues con el establecimiento de los títulos de crédito con vencimientos sucesivos se prevé la estipulación de la cláusula de aceleración de pagos.

5.2.2.3. Requisitos formales.

El contrato de compraventa con reserva de dominio debe cumplir los siguientes requisitos:

- a)* El contrato debe ser escrito;
- b)* Se suscribirá por las partes;
- c)* El contrato debe inscribirse en el Registro Mercantil de la jurisdicción donde sea entregada físicamente la cosa.

5.2.3. Naturaleza jurídica.-

Son elementos esenciales del contrato de venta con reserva de dominio: a. la compraventa; b. el dominio; c. la tradición diferida.

En la legislación ecuatoriana para la constitución del derecho de propiedad se requiere la existencia de un título que debe ser traslaticio de dominio (como la compraventa); y, de un modo, que en este caso es la tradición.

El contrato de compraventa con reserva de dominio tiene su antecedente y base legal en el Código Civil.

Uno de los medios para transferir el dominio de una cosa corporal mueble es la entrega y aprehensión material. Art. 700 C. Civil. Sin embargo, no siempre la simple entrega de la cosa produce los efectos de la tradición. Así, el inciso segundo del Art. 696 C. Civil establece la excepción de que aunque verificada la entrega por el vendedor no se transfiere el dominio de la cosa vendida cuando el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición. Asimismo, de conformidad con lo previsto en el Art. 1.746 C. Civil, la venta puede ser bajo condición suspensiva o resolutoria, o a plazo para la entrega de la cosa o del precio.

En el contrato de compraventa con reserva de dominio el vendedor hace entrega material del bien al comprador, pero la tradición queda en suspenso hasta el pago del total del precio, que se lo realiza a plazo. Es decir, que en este contrato se conjugan las dos situaciones previstas por el Art. 1.746 C. Civil antes comentado: el pago del precio es a plazos y la tradición está sujeta a la condición de que se pague la totalidad del precio.

La condición suspensiva del pago del precio difiere el efecto de la tradición del bien mueble. En otras palabras, la reserva de dominio es condición suspensiva que difiere la tradición de la cosa al evento futuro e incierto de que ocurra la condición del pago del precio. Debe tenerse presente que lo sujeto a condición es la transferencia de dominio, que es el modo.

La compraventa con reserva de dominio es de naturaleza mercantil, aunque tiene su antecedente en el contrato de compraventa regulado por el Código Civil.

En el contrato de compraventa con reserva de dominio, el vendedor, que sigue siendo titular del derecho de dominio porque se lo reserva, se desprende del uso y goce de la cosa, que pasa al comprador, ya que esa es la finalidad jurídica del contrato con reserva de dominio. Esto quiere decir que el vendedor tiene una

mera o nuda propiedad, porque conserva la propiedad separada del goce de la cosa. Art. 599, inc. 2o. C. Civil.

El comprador, por su parte, recibe la cosa a título de mero tenedor, puesto que en el contrato se estipula que el vendedor se reserva el dominio, lo que es aceptado por el comprador, y por lo tanto éste (el comprador) no puede tener el ánimo de señor y dueño sobre la cosa, porque lo que detenta es la mera tenencia. Arts. 715 y 719 C. Civil.

El contrato de compraventa con reserva de dominio (el título) queda perfeccionado y lo que queda diferido por la condición suspensiva del pago del precio es la tradición del bien (el modo).

En qué momento el comprador adquiere la propiedad?:
El Código de Comercio en el Art.356 dispone que: *el comprador adquirirá el dominio de la cosa solo con el pago de la totalidad del precio, pero asumirá el riesgo de la misma desde el momento en que la reciba físicamente del vendedor.*

Lo que tipifica al contrato de compraventa con reserva de dominio es la **cláusula accidental** por medio de la que el vendedor se reserva el dominio del bien vendido hasta que se pague el total del precio.

En el contrato de compraventa con reserva de dominio son cláusulas esenciales las de todo contrato de compraventa: como es la relativa a la cosa y al precio; y, cláusulas con elementos naturales, como es la obligación de saneamiento. Art.304 C. de Com.

En esencia el contrato de compraventa con reserva de dominio tiene como función la de facilitar al comprador la adquisición de bienes muebles a plazo y a crédito; y, garantizar a la vez al vendedor el cobro del crédito.

5.2.3.1. Clase de contrato: El contrato de compraventa con reserva de dominio tiene las siguientes características:

a) **El contrato es solemne**, en cuanto a que está sujeto a la observancia de las siguientes formalidades especiales para que surta efecto: a) debe celebrarse por escrito; b) debe inscribirse en el Registro Mercantil.

b) **Es principal**, por cuanto el contrato de compraventa subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. Art. 1.458 C. Civil;

c) **Es bilateral**, por cuanto las partes contratantes se obligan recíprocamente. Art. 1.455 C. Civil. Hay obligaciones recíprocas entre vendedor y comprador;

d) **Es oneroso**, por cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Art. 1456 C. Civil.

e) **Es conmutativo**, por cuanto lo que cada parte da se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar; el precio pagado por la cosa es el equivalente al valor de la misma;

f) **De ejecución escalonada o a plazo**, por cuanto el comprador debe pagar los dividendos a plazo, y una vez que se ha pagado el total del precio se efectúa la tradición.

g) **Nominado**, en cuanto está previsto y reglado por la Ley.

5.3. Derechos y Obligaciones de las Partes.

5.3.1. **Derechos del vendedor:** Son derechos del vendedor:

a) Pedir la aprehensión y entrega del bien, si el comprador no pagare la cuota o cuotas establecidas en el contrato o en caso de quiebra o concurso de acreedores del comprador. Art. 363, 365 C. de Com.;

b) Pedir el remate de los objetos vendidos con reserva de dominio, si el comprador no paga las cuotas establecidas. Art. 361 C. de Com;

c) Cobrar la indemnización de seguros, si la cosa estando asegurada pereciere, se deteriorare o fuere afectada de tal manera que haya lugar al pago de una indemnización de seguros. Art. 366 C. de Com.

5.3.2. Obligaciones del vendedor: Son obligaciones del vendedor:

a) Entregar materialmente el bien vendido;

b) Realizar la tradición del bien una vez que se pague la totalidad del precio; Art. 1.764 C. Civil; 356 C. de Com.

c) Cumplir con el saneamiento, que comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios. Art. 1.777 C. Civil;

5.3.3. Derechos del comprador: El comprador tiene derecho a:

a) La entrega material del bien;

a) A la tradición de la cosa una vez que pague la totalidad del precio;

5.3.4. Obligaciones del comprador: Son obligaciones del comprador:

a) Pagar el precio;

b) Asumir el riesgo de la cosa desde el momento en que la reciba físicamente de parte del vendedor;

c) Notificar al vendedor el cambio de su domicilio o residencia, a más tardar dentro de los diez días posteriores a dicho cambio;

d) Hacer conocer al vendedor cualquier medida preventiva o de ejecución (secuestro, embargo) que judicialmente o extrajudicialmente se intentare sobre los objetos comprendidos en el contrato de compraventa con reserva de dominio, con el objeto de que el vendedor afectado por tales medidas, pueda hacer valer sus derechos.

Prohibición al comprador: *El comprador no podrá celebrar contrato alguno de venta, permuta, arrendamiento o prenda sobre lo que hubiere adquirido con reserva de dominio, sin haber pagado la totalidad del precio, salvo el caso que el vendedor le autorizare expresamente por escrito para ello. Art.359 C Com.*

5.4. Acciones a que tiene derecho el Vendedor.

De conformidad con lo dispuesto para la venta con reserva de dominio en el Código de Comercio, el vendedor tiene derecho a las siguientes acciones:

1.- De aprehensión y restitución del bien vendido con reserva de dominio, a favor del vendedor.

2.- Acción de remate de los bienes vendidos con reserva de dominio.

Es facultativo del vendedor escoger entre la acción de aprehensión y restitución del bien y la acción de remate

5.4.1. De la aprehensión y restitución.

El Código de Comercio en el Art. 365 concede al vendedor el derecho de ejercer la acción de aprehensión de la cosa vendida con reserva de dominio para que la misma vuelva a su poder, con lo que se produce prácticamente la resolución del contrato.

5.4.1.1. En qué casos procede esta acción

a) Si el comprador no pagare la cuota o cuotas establecidas en el contrato. Es decir que procede la aprehensión si vencido el plazo de una o más cuotas, el comprador no paga.

b) Si vencido el plazo para el pago del total del precio, el comprador no cancelare lo que estuviere adeudando. Art. 360 C. de Com.

c) Si el comprador vende, permuta, da en arrendamiento o prenda lo que hubiere adquirido con reserva de dominio, sin haber pagado la totalidad del precio, salvo el caso que el vendedor le autorizare expresamente por escrito para ello. Art. 359 C. de Com.

d) En caso de quiebra o concurso de acreedores del comprador. En este caso los acreedores se sustituirán en los derechos del comprador, pudiendo ellos conservar las cosas vendidas con reserva de dominio pagando al vendedor las cuotas vencidas y la totalidad de los gastos a que hubiere lugar. Art. 363 C. de Com.

5.4.1.2. Qué objeto tiene la acción de aprehensión.

La acción de aprehensión tiene por objeto la restitución del bien vendido con reserva de dominio en favor del vendedor, puesto que él conserva la propiedad del bien. La cosa vendida con reserva de dominio vuelve a poder del vendedor.

Para el caso de aprehensión y restitución, en el contrato puede pactarse que en caso de incumplimiento en la cancelación total del precio, las cuotas parciales pagadas en concepto del mismo, queden en beneficio del vendedor a título de indemnización; pero ésta en ningún caso podrá exceder de la tercera parte del precio fijado en el contrato, incluida la cuota de contado. Si las cantidades abonadas excedieren de la tercera parte, el vendedor devolverá dicho exceso al comprador. Art. 360 C. de Com.

5.4.1.3. Procedimiento

Antes de la vigencia del COGEP estas acciones tenían un trámite especial para cada una de ellas previsto en el C. de Comercio.

Pues bien, con la expedición y vigencia del Código Orgánico General de Procesos se derogaron todos los procedimientos especiales que contemplaban el Código de Procedimiento Civil y otros Códigos y Leyes. Por tanto, la ejecución de las obligaciones contenidas en los contratos de venta con reserva de dominio se sujeta a los procedimientos de ejecución previstos en el COGEP.

Conforme con lo expresado, si el acreedor en un contrato de compraventa con reserva de dominio solicita la aprehensión y entrega del bien, el juzgador lo ordenará de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 366 COGEP para la ejecución de las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto; esto es “el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el deudor lo entregue en el término de cinco días. Salvo oposición fundamentada del tercero, la o el juzgador ordenará que la entrega se haga con la intervención de un agente de la Policía Nacional, pudiendo inclusive descerrajar el local donde se encuentre”.

Como existe la posibilidad de que el demandado ejerza el derecho de recuperación, la cosa aprehendida debe permanecer en poder del depositario judicial hasta tanto se resuelva la entrega al vendedor.

Una vez devuelta la cosa al vendedor, debe disponerse la cancelación del contrato en el Registro Mercantil.

5.4.2. Acción de embargo y remate.

Si el acreedor lo prefiere podrá pedir el embargo y remate de los bienes vendidos con reserva de dominio.

Es facultativo del vendedor el escoger entre la acción de aprehensión y restitución del bien y la acción de embargo y remate.

5.4.2.1. En qué casos procede la acción de embargo y remate:

a) Si el comprador no pagare la cuota o cuotas establecidas en el contrato. Es decir que procede la acción de remate si vencido el plazo de una o más cuotas, el comprador no paga. Para la acción de remate no se requiere que necesariamente se hayan vencido todas las cuotas; pues el inciso segundo del Art.361 del C. de Com aclara más esta situación al disponer que “El producto del remate se aplicará al pago de las cuotas vencidas...”

b) Si vencido el plazo para el pago del total del precio, el comprador no cancelare lo que estuviere adeudando.

5.4.2.2. Procedimiento:

Si el acreedor pide el embargo y remate de la cosa vendida con reserva de dominio, para percibir en dinero el pago de la obligaciòn, se aplicarà lo dispuesto por los artículos 367 y 371 del COGEP, referentes a las obligaciones de dar dinero o bienes de gènero.

En las obligaciones de dar dinero o bienes de gènero se debe indeterminadamente un individuo o cosa de una clase o gènero determinado (veinte cabezas de ganado vacuno, diez quintales de cafè, cincuenta mil dòlars).

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 367 COGEP, el juzgador al ejecutar la obligaciòn de dar dinero que conste en cualquiera de los títulos de ejecuciòn, debe en primer lugar designar un perito para que realice la liquidaciòn de capital, intereses y costas con los comprobantes de respaldo que presente previamente el actor dentro de cinco días, conforme establece el Art. 371; una vez recibida la liquidaciòn por el juzgador, debe dictar el mandamiento de ejecuciòn, y entre los requisitos de este mandamiento, que establece el Art. 372 COGEP, estàn:la identificaciòn precisa de la o del ejecutado que debe cumplir la obligaciòn; la determinaciòn de la obligaciòn cuyo

cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidaciòn, de ser el caso; la orden a la o al ejecutado de pagar o cumplir con la obligaciòn en el tèrmino de cinco dìas, bajo prevencìon que de no hacerlo, se procederà a la ejecuciòn forzosa. Esta orden no se podrà cumplir si no hubiera una cantidad determinada de mandar a pagar, la cual debe constar en el informe pericial de liquidaciòn de capital, intereses y costas.

Si se aprehende dinero de propiedad del deudor, el juzgador ordenarà que sean transferidos o depositados en la cuenta de la judicatura respectiva e inmediatamente dispondrà el pago al acreedor.

Cuando se trate de deuda de gènero determinado, el juzgador dictará mandamiento de ejecuciòn ordenando que el demandado consigne la cantidad de bienes genèricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictò, bajo prevenciones de embargo de bienes suficientes.

Recordemos que, de manera general y en resumen, los procedimientos de ejecuciòn segùn el COGEP tienen el siguiente tràmite:

- 1.- El juzgador califica la solicitud de ejecuciòn;
- 2.- El juzgador designa perito para la liquidaciòn de capital, intereses y costas;
- 3.- Se dicta el mandamiento de ejecuciòn (de entrega del bien o pago de dinero) para que el ejecutado lo cumpla en el tèrmino de cinco dìas de notificado en persona o por tres boletas,conforme a las reglas establecidas por el COGEP;
- 4.- Si el mandamiento de ejecuciòn no es cumplido se lo publica en la pàgina Web de la Funciòn Judicial, se ordena el embargo y el avalùo del bien para el remate;

5.- Se pone en conocimiento el informe pericial de avalúo y se convoca a audiencia de ejecución.

6.- Se fija fecha y hora para la realización del remate electrónico.

5.4.2.3. Oposición del comprador ejecutado en el procedimiento de ejecución.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 373 del COGEP, el deudor ejecutado puede oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días contados desde la orden de que pague o cumpla con la obligación, únicamente por las siguientes causas que se refieren a la extinción de la obligación: pago o dación en pago, transacción, remisión, novación, confusión, compensación, pérdida o destrucción de la cosa debida.

Debe justificarse debidamente la causa que se invoque, así como el hecho de haberse producido luego de la exigibilidad del título de ejecución. No será admisible la oferta de presentación de esta prueba.

Para el caso de pérdida o destrucción de la cosa debida, el ejecutado deberá demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, de lo contrario en la audiencia de ejecución el juzgador ordenará el pago del valor de la cosa o la indemnización que corresponda según la ley.

Debemos tener presente que la oposición al procedimiento de ejecución no suspende la ejecución y será resuelta en la audiencia de ejecución.

Si se acepta alguna causa de oposición que demuestre el cumplimiento total de la obligación contenida en el título, el juzgador deberá declarar terminada la ejecución disponiendo su archivo definitivo.

5.4.2.4. Falta de cláusula de caducidad de plazo o aceleración de pagos.

Cuando en el contrato de venta con reserva de dominio no se ha previsto la cláusula de caducidad de plazo o aceleración de pagos, como no puede considerarse incorporada al contrato ésta cláusula por no estar prevista en la Ley esta incorporación, se presenta la inquietud de si puede alegarse que con el producto del remate deban cubrirse solamente los dividendos vencidos a la fecha del pago y que no puede cubrirse las demás cuotas no vencidas. Mas, si consideramos que el objeto vendido con reserva de dominio constituye garantía del pago del precio al vendedor; si tenemos presente que el inciso segundo del Art.361 C. de Com se refiere a que si dicho producto del remate no alcanzare a cubrir “**el valor del crédito**”, no la parte del crédito vencido sino el total del crédito, tenemos que concluir que, aunque no se haya previsto la cláusula de caducidad de plazo o aceleración de pagos, con el producto del remate debe cubrirse la totalidad de dividendos, los vencidos y los no vencidos.

5.4.2.5. Opción del ejecutado ante la acción de embargo y remate.

De conformidad con lo previsto en el Art. 390 del COGEP, hasta antes del cierre del remate, puede el ejecutado liberar los bienes, consignando el valor que corresponda a la deuda y que conste en el mandamiento de ejecución.

5.4.3. Acción de cobro del saldo no cubierto con el producto del remate.

El inciso segundo del Art.361 C. de Com dispone: *El producto del remate se aplicará al pago de las cuotas vencidas y se cubrirá además los gastos del remate, debiendo entregarse al comprador el saldo que hubiere. Si dicho producto no alcanzare a cubrir el valor del crédito,*

se procederá de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos para obtener la cancelación del saldo que le quedare adeudando, inclusive los gastos judiciales.

Cómo se ejerce esta nueva acción para el cobro del saldo?

El Código de Comercio en el Art. 361 establece que el vendedor podrá pedir al juez que disponga el remate del o de los objetos vendidos con reserva de dominio de acuerdo con lo dispuesto: 1) en el Código de Comercio y en las disposiciones generales pertinentes del procedimiento civil ecuatoriano (Código Orgánico General de Procesos); 2) pudiendo además, alternativamente, proceder conforme al trámite establecido para el remate de la prenda comercial. Al respecto, el Código de Comercio en el Art. 657, inciso 2º., dispone que: *Si el producto de la venta no bastare para el pago del capital, los intereses y las costas, el acreedor, podrá pedir, en el mismo juicio, el remate de otros bienes suficientes del deudor; pero en el precio de la venta de éstos, no gozará de la antedicha preferencia.*

5.4.4. Acción para la cancelación de las medidas precautelatorias o de ejecución sobre el bien vendido con reserva de dominio.

Si un acreedor del comprador de un bien con reserva de dominio o un tercero logra el embargo o secuestro de ese bien entregado al comprador, pero con reserva de dominio en favor del vendedor, éste (el vendedor) puede comparecer en la causa en la que se ha pedido y ordenado el embargo o secuestro y pedir y obtener la cancelación de estas medidas. Para lograr esto presentará: a. el contrato de compraventa debidamente registrado; y, b. certificado del Registrador Mercantil del que conste que el contrato está vigente, es decir que no ha sido cancelado y por lo tanto subsiste la obligación. El comprador tiene la obligación de defender la cosa vendida con reserva de sus acreedores. Art. 364 C de Com.

El juez de la causa, dentro del mismo juicio o diligencia y sin más trámite, dejará sin efecto las resoluciones que hubiere expedido y ordenará que las cosas vuelvan al estado. Art. 358 C. de Com.

5.4.5. Prescripción

El Código de Comercio en el Art. 368 dispone que las acciones previstas para la venta con reserva de dominio *prescribirán en el plazo de tres años contados a partir de la fecha del vencimiento del pago del precio de la cosa vendida con reserva de dominio.*

La prescripción se interrumpirá con la presentación de la demanda.

5.4.6. Acción penal

El Código de Comercio en el Art. 359 prohíbe la contratación sobre las cosas adquiridas con reserva de dominio. De manera expresa dispone que: *El comprador no podrá celebrar contrato alguno de venta, permuta, arrendamiento o prenda sobre lo que hubiere adquirido con reserva de dominio, sin haber pagado la totalidad del precio, salvo el caso que el vendedor le autorizare expresamente por escrito para ello. Tales contratos serán nulos y no darán derecho alguno a terceros por ningún concepto; como tampoco podrán sacarse del País los objetos, ni entregar a otras personas sin la mencionada autorización.*

En caso de que el comprador violare las presentes disposiciones incurrirá en la violación del tipo penal según se establezca en las normas penales vigentes. Sin perjuicio de lo cual, el vendedor podrá exigir de terceros adquirentes la entrega de la cosa vendida mediante la aprehensión, y además, demandar al comprador el pago inmediato de la totalidad del precio.

Quedará sometido a las sanciones penales y civiles previstas en este artículo el comprador que dolosamente hiciere desaparecer las cosas adquiridas con reserva de dominio, que las deteriorare o destruyere, que alterare las marcas, números, señales o que por cualquier medio impidiere su identificación.

La persona que hubiere adquirido un bien con reserva de dominio y lo disponga en los términos del Art.359 antes referido, produciendo perjuicio patrimonial a otra persona, comete estafa sancionada por el Art. 186 del Código Orgánico Integral Penal.

5.4.7. Cesión de los créditos del vendedor con reserva de dominio

El Código de Comercio en el Art. 367 regula la cesión de los créditos del vendedor contra el comprador y establece las siguientes reglas:

- 1.- Esta cesión incluye el dominio reservado y todos los derechos y acciones que la ley otorgue al vendedor;
- 2.- El traspaso se efectuará con la entrega del contrato, en el que se hará constar la transferencia, con determinación de la fecha, el nombre del cessionario y la firma del acreedor cedente;
- 3.- La cesión no surtirá efecto respecto del deudor, ni de terceros,, sino en virtud de la notificación al comprador, que se hará judicialmente o por medio de notario;
- 4.- Toda transferencia se registrará en el correspondiente libro del Registrador Mercantil;
- 5.- En el contrato debe sentarse la razón de haber sido registrada la cesión del crédito.

Capítulo 6. EL CONTRATO DE VENTA DE CARTERA O FACTORING

6.1. Antecedentes.

“El factoring tiene su génesis en los países anglosajones. Al parecer durante la época de la colonización inglesa en el Norte de América fue cuando realmente cobró su primera forma. En efecto, los colonos pobladores en el nuevo continente dependían para su subsistencia no sólo de aquellos bienes que ellos mismos producían en el suelo que colonizaban, sino en gran medida de otros que sólo se obtenían en el viejo continente,...”

Es así como las provisiones requeridas en las provincias de ultramar objeto de la colonización, eran compradas en la gran metrópoli por un agente que se denomina el “factor”, quien se encargaba de pagar las deudas surgidas de ese aprovisionamiento y a la vez de vender en el viejo continente los productos americanos...” (Morales Casas, Francisco. Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios. Bogotá, Ediciones Jurídica Radar, 1991, 1a. ed.)

“El factoring se originó durante el siglo XVIII en las colonias británicas de Norteamérica. Allí el factor representaba a los vendedores de la metrópoli, informándoles sobre los mercados locales y la solvencia de los compradores. Sus funciones se extendieron al cobro de deudas, al otorgamiento de anticipos, y a la garantía de la ejecución de las obligaciones de los deudores. El contrato fue introducido en Europa continental en 1.960.” Eduardo Alvarez-Correa D., ob cit pág. 249.

Para Sidney Bravo Melgar (ob cit págs.. 172-173) “El factoring evolucionó paulatinamente, este desarrollo se puede dividir en tres etapas, las cuales son: El Colonial factoring, donde el factor actúa como distribuidor: el Factoring Old line, en que el

factor actúa como cesionario de los créditos, cumple una función compleja de gestión, asume el riesgo de insolvencia y financia al cliente; y luego el New style factoring, que comprende un complejo de servicios financieros. El New style factoring, se constituye en una institución fundamentalmente al anticipar al cliente el valor de las mercaderías vendidas. De este modo nacen las cadenas de factoring (factors Chaín) que emplean técnicas modernas para elaborar y resolver los temas jurídicos derivados del factoring internacional, prestar servicios de importación y exportación. Se crearon importantes empresas en Francia, Italia, Bélgica y Gran Bretaña que en un gran conjunto son producto de una fusión de empresas americanas con grupos bancarios y financieros europeos”.

Base legal en el Ecuador.- El Art. 194 del Código Orgánico Monetario y Financiero establece las operaciones que pueden realizar las entidades financieras del sector público y privado; y, según lo dispuesto por el citado Art. 194.1.a).4, entre las operaciones activas de estas entidades se ha previsto la figura jurídica del factoring, al disponer que pueden negociar *letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos.*

El Código de Comercio regula al Contrato de Venta de Cartera o Factoring en el Capítulo Tercero, Título Décimo Los Contratos Accesorios, del Libro Quinto De los Contratos Mercantiles (Arts. 667 al 672).

6.2. Concepto.- Requisitos o Elementos.- Naturaleza.

6.2.1. Definición.- El Código de Comercio en el Art. 667 define así al contrato de factoring: *El contrato de compra de cartera o factoring es una operación por la cual las compañías de comercio legalmente constituidas, que incluyan en su objeto social la realización profesional y habitual de operaciones o factoring o descuento de facturas*

comerciales negociables, cesión de cualquier tipo de derechos de cobro y sus operaciones conexas, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la autoridad competente en la materia, adelantan fondos a sus clientes, quienes a cambio le ceden títulos de crédito o facturas comerciales negociables; asumiendo el adquirente, respecto de los créditos cedidos, al menos una de las obligaciones siguientes:

- a) Gestionar el cobro de los créditos;*
- b) Financiar al proveedor; y,*
- c) Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores.*

El Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, en el Art. 1421 define así al contrato de factoring: “Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado (sic), pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos”.

6.2.2. Elementos personales.

Intervienen en el contrato de factoring:

- a) El adquirente (factor),** que es la compañía de comercio legalmente constituida, que incluye en su objeto social la realización profesional y habitual de operaciones o factoring o descuento de facturas comerciales negociables, cesión de cualquier tipo de derechos de cobro y sus operaciones conexas, que adquieren los títulos de crédito o facturas comerciales negociables y adelantan fondos a sus clientes, asumiendo respecto de los créditos cedidos al menos una de las obligaciones siguientes: a) Gestionar el cobro de los créditos; b) financiar al proveedor; y; c) asumir el riesgo de insolvencia de los deudores.

b) El cedente o cliente (factorado), es la persona natural o jurídica portadora de títulos de crédito que negocia y entrega esta cartera al adquirente y recibe fondos de su parte.

En el negocio de cartera constituyen un elemento personal importante **los deudores del cliente o factorado**, porque es su condición económica la que determina el grado de riesgo que asume el adquirente. Sin embargo, los deudores jurídicamente no son parte en el contrato de factoring.

6.2.3. Naturaleza.

6.2.3.1. Aspectos generales.- El contrato de factoring constituye un negocio de créditos, por el que el adquirente (factor) compra títulos de créditos, y con ello transfiere recursos al cliente adherente, que los recupera del deudor cedido cuando éste paga la obligación.

Las ventas a crédito implican para el vendedor una inversión que no puede recuperarse inmediatamente, que le inmovilizan recursos. Mediante el mecanismo del factoring el factorado o cliente recupera en forma inmediata los recursos invertidos en las ventas a crédito al conseguir el adelanto de fondos por parte del adquirente, lo que le permite renovar su stock, y en general contar con liquidez y hacer nuevas inversiones con esos fondos. Para el factorado o cliente adherente resulta como si vendiera al contado. Los consumidores, el deudor en este caso, en cambio, tiene la oportunidad de adquirir bienes a crédito.

Salvo pacto en contrario, el adquirente de la cartera se hace cargo de la solvencia de los deudores de los instrumentos de crédito.

6.2.3.2. Características del contrato:

Son características jurídico-estructurales del contrato de factoring:

a) **Es solemne**, en cuanto el contrato de factoring debe cumplir formalidades especiales para que surta efecto: se otorgará por escrito, y constituyen documentos esenciales de este contrato los títulos de crédito debidamente cedidos a favor del adquirente.

En el contrato se establecerán los montos y los términos en los que el adquirente adelante los fondos al cedente de los créditos.

b) **Es principal**, por cuanto el contrato de factoring subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. Art. 1.458 C. Civil;

c) **Es bilateral**, por cuanto las partes contratantes se obligan recíprocamente. Art. 1.455 C. Civil. El adquirente adelanta fondos a sus clientes; y, los clientes le ceden títulos de crédito o facturas comerciales negociables.

d) **Es oneroso**, por cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Art. 1456 C. Civil;

e) **Es conmutativo**, por cuanto lo que cada parte da se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar;

f) **De tracto sucesivo**, en razón de que el cumplimiento del contrato de factoring se prolonga por un tiempo determinado y a voluntad de las partes, durante el que se cumplen obligaciones recíprocas; es decir su ejecución es continuada o periódica.

6.3. Modalidades del Factoring

En doctrina se mencionan las siguientes modalidades de factoring:

6.3.1. Por el ámbito territorial que la operación comprende, el factoring puede ser nacional e internacional.

a) **Es nacional** cuando la operación surte efecto únicamente dentro del territorio de un país, por cuanto las partes del

contrato (factor y factorado) y los deudores del cliente o factorado tienen su domicilio en el mismo país.

b) International cuando se realiza respecto a operaciones de importación y exportación. En una importación, el importador o comprador nacional realiza una operación de compra a una empresa vendedora en el exterior, por la que se emiten facturas. En este caso, el factor adquiere las facturas de la empresa extranjera (factorado), cuyo deudor es el importador o comprador nacional.

En una exportación es lo contrario: el vendedor está en el país y el comprador en el exterior; y, en este caso, el factor adquiere las facturas al vendedor en el país, cuyo deudor es el comprador en el exterior.

6.3.2. Por la forma de pago.

Por la forma de pago de los créditos adquiridos, el factoring puede ser:

a) Factoring a la vista, que es aquel en el que el factor paga de contado los créditos que recibe del adherente antes de su vencimiento, por lo que percibe una comisión y los intereses correspondientes sobre las sumas adelantadas. El factoring a la vista constituye un mecanismo de financiamiento por cuanto el factorado recibe el valor de los créditos antes del cobro al deudor. Por ello se llama también factoring con financiación.

b) Factoring al vencimiento del crédito, que consiste en que el factor se obliga ante el factorado a pagar las facturas y títulos de crédito a su vencimiento o dentro de un plazo determinado. En este caso, el factorado no es financiado, pero el factor asume el riesgo crediticio y el adherente obtiene la garantía de que los créditos le serán pagados a su vencimiento. Es decir, el factor paga al adherente aunque el deudor no le pague; y, en este último caso, el factor tendrá que ejercer las acciones de cobro con base en los títulos cedidos. Este es un factoring sin financiación.

6.3.3. Según la forma de ejecución del contrato respecto a los deudores, en el contrato de factoring puede establecerse la notificación a los deudores o excluirla:

a) **Factoring con notificación**, es aquel en el que el adherente se obliga para con el factor a notificar a los deudores de la existencia del contrato de factoring; notificación que puede hacerse de dos formas: 1) mediante aviso comercial; o 2) mediante cláusula en la factura estableciendo que el crédito será pagado al factor.

b) **Factoring sin notificación**, es aquel en el que no se ha previsto la notificación a los deudores de la existencia del contrato de factoring; y, por tanto, los deudores pagan al factorado o cliente adherente y éste transfiere al factor las sumas recibidas. En este caso, “el adherente se obliga a transferir al factor los créditos en el momento de celebrar el factoring, y el factor le anticipa esas sumas. En este caso la utilidad del contrato se limita al servicio del factor de asumir los riesgos de insolvencia y a financiar el cliente, lo cual es análogo a un descuento de créditos en los libros”. (Eduardo Alvarez-Correa D, ob. cit., pág. 247)

6.4. Derechos y Obligaciones de las Partes

6.4.1. Derechos del adquirente (factor).

Son derechos del adquirente:

a) Que se le entreguen los títulos de crédito o facturas comerciales negociables cedidos o endosados.

b) En caso de que los créditos que se cedan cuenten con cauciones debidamente otorgadas y que se circunscriban a ese crédito, se entenderán estas cedidas al adquirente del crédito.

De tratarse de cauciones abiertas, quedarán limitadas al monto involucrado en la negociación de factoring, más los intereses, y, en el evento de que haya que realizar gestiones judiciales de cobro,

los gastos y honorarios a cargo del deudor. Art. 670, inciso 2º. C de Com.

En doctrina se sostiene que “Las partes podrán acordar una garantía a favor del factor para cubrir los eventuales incumplimientos de los deudores del adherente”. Eduardo Alvarez-Correa D. ob. cit., pág. 250.

Asimismo, en doctrina se sostiene que en el contrato de factoring se puede estipular retenciones en garantía en favor del factor, consistentes en la retención de un determinado porcentaje de los créditos que cobra el factor; y, que el factor puede obtener el reembolso de los valores que no han podido ser cobrados.

6.4.2. Obligaciones del adquirente (factor).

Son obligaciones del adquirente:

- a)* Gestionar el cobro de los créditos cedidos a los deudores del cliente, judicial o extrajudicialmente;
- b)* Financiar al proveedor;
- c)* Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores de los instrumentos de crédito;
- d)* Adelantar fondos a sus clientes por la cartera cedida.

6.4.3. Derechos del cliente o factorado.

Son derechos del cliente:

- a)* A recibir los fondos que el adquirente debe adelantar, en los montos y términos que se hayan establecido en el contrato.
- b)* A exigir que el adquirente cumpla con las obligaciones que asume respecto de los créditos cedidos.

6.4.4. Obligaciones del cliente o factorado.

Son obligaciones del cliente o factorado:

- a)* Entregar legalmente los documentos cedidos o endosados;
- b)* Garantizar la existencia de los créditos;
- c)* Notificar a los deudores con el traspaso del crédito, de acuerdo a la modalidad de contrato de factoring;
- d)* Pagar al factor la remuneración que se haya previsto: comisión por los servicios financieros, o intereses en el caso del pago de créditos no vencidos.

6.5. Qué operaciones no constituyen factoring

El Código de Comercio en el Art. 672 establece que: *No constituyen operaciones de factoring aquellas en que se encarga a un tercero la gestión de cobro de títulos de crédito.*

Capítulo 7. CONTRATO DE UNDERWRITING

7.1. Antecedentes

Sidney Bravo Melgar (ob cit pág 215) enseña que “Históricamente, el Underwriting se originó conforme a los principios del seguro marítimo cuando aseguradores o tenedores de riesgos sentados en el Lloyd's Coffee House escribían sus nombres bajo el contrato de seguro por el monto del riesgo que asumían sobre el viaje del barco que se aseguraba. Ya que las firmas eran patentizadas debajo del texto del contrato, se denominó Underwriting, cuya traducción literal equivaldría a debajo de lo escrito. De lo expuesto se deduce que el contrato traído a colación tuvo origen anglosajón”.

En el Ecuador, la instrumentación del contrato de underwriting está prevista en la Ley de Mercado de Valores, Art. 164, lit m) cuando dispone que el contrato de emisión de obligaciones debe contener, entre otros datos, la mención al contrato de underwriting, si lo hubiere. Esta misma Ley de Mercado de Valores establece que pueden emitir obligaciones, (concebidas como valores de contenido crediticio representativos de deuda a cargo del emisor) las personas jurídicas de derecho público o privado, sucursales de compañías extranjeras domiciliadas en el Ecuador, y por quienes establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, con los requisitos que también sean establecidos por la misma en cada caso. Art. 160 LMV.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 194.1.b.5 del Código Orgánico Monetario y Financiero, las entidades financieras del sector público y privado, entre las operaciones pasivas, pueden emitir *obligaciones de largo plazo y obligaciones convertibles en acciones garantizadas con sus activos y patrimonio; estas obligaciones se regirán por lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores.*

7.2. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza

7.2.1. Concepto.-

Contrato de Underwriting: *Es aquel en virtud del cual la casa de valores y una persona emisora o tenedora de valores, convienen en que la primera asuma la obligación de adquirir una emisión o un paquete de valores, o garantice su colocación o venta en el mercado, o la realización de los mejores esfuerzos para ello. Art. 22 de la Resolución CNV-008-2006 expedida por el Consejo Nacional de Valores el 22 de febrero del 2006.*

7.2.2. Requisitos.

El contrato de underwriting debe cumplir los siguientes requisitos:

7.2.2.1. Requisitos personales.

En el contrato de underwriting intervienen dos partes:

a) **La entidad encargante o emisora**, que es la persona jurídica autorizada por la Ley de Mercado de Valores para efectuar emisión de valores.

Son tenedoras aquéllas personas que poseen un paquete de valores que desean colocar en el público.

b) **El underwriter**, que es la entidad autorizada que asume la obligación de adquirir una emisión de valores o un paquete de valores y colocarlos en el público. Las casas de valores están facultadas para realizar operaciones de underwriting con personas jurídicas del sector público, del sector privado y con fondos colectivos. Art. 58 LMV

El compromiso de colocar los valores por parte del underwriter puede cumplirse:

- Adquiriendo todo o parte de la emisión;
- Garantizando su colocación o venta en el mercado;
- Realizando los mejores esfuerzos para venderla.

La operación comercial de underwriting se completa con la participación de las personas naturales o jurídicas que adquieren los títulos valor.

7.2.2.2. Requisitos formales.

El contrato de underwriting, que debe ser escrito, contendrá por lo menos:

a) La determinación de las partes y sus respectivas obligaciones;

b) Una descripción completa de los valores objeto del contrato;

c) La modalidad del contrato, esto es, si es en firme, con garantía total o parcial o del mejor esfuerzo;

d) Precio de los valores, comisiones del underwriting, formas y plazo de pago al emisor o tenedor, asignación de gastos, sector del mercado al que va dirigida la colocación y otras condiciones relativas a la colocación;

e) Cláusulas penales o sanciones por el incumplimiento del contrato;

f) Cláusulas que determinan la liberación de las responsabilidades de las partes;

g) Cláusulas de jurisdicción y competencia para dirimir las controversias; y,

h) Cualquier otra cláusula acordada por las partes.

7.2.3. Naturaleza.

7.2.3.1. El contrato de underwriting constituye un mecanismo de carácter jurídico financiero que posibilita al sector empresarial el aprovechamiento de los recursos económicos del sector privado para financiar las actividades productivas, mediante la colocación o venta de valores en el mercado. La instrumentación del contrato de underwriting está prevista en la Ley de Mercado de Valores, Art. 164, cuando dispone que el contrato de emisión de obligaciones debe contener, entre otros datos, la mención al contrato de underwriting, si lo hubiere.

El underwriting es un contrato de naturaleza financiera. Tiene por objeto la emisión y colocación de títulos valor.

7.2.3.2. Características del contrato.

El contrato de underwriting tiene las siguientes características:

- a) **El contrato debe ser escrito** y contendrá las cláusulas y datos que determina el Reglamento.
- b) **Es principal**, por cuanto el contrato de underwriting subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. Art. 1.458 C. Civil;
- c) **Es bilateral**, por cuanto las partes contratantes se obligan recíprocamente. Art. 1.455 C. Civil. Hay obligaciones recíprocas entre el emisor y el underwriter;
- d) **Es oneroso**, por cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Art. 1456 C. Civil.
- e) **Es conmutativo**, por cuanto lo que cada parte da se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar;

7.3. Obligaciones de las Partes

7.3.1. Obligaciones principales del emisor:

- a) Pagar al underwriter la comisión pactada;
- b) Asumir los gastos de emisión de los títulos;
- c) Brindar al underwriter todos los datos e información necesaria para la colocación de los títulos valor.

7.3.2. Obligaciones del underwriter:

- a) Pagar al emisor la suma que corresponda por los títulos valor negociados;
- b) Colocar los títulos valor conforme a lo convenido con el emisor;
- c) Realizar la promoción necesaria para la colocación de los títulos valor;

d) Devolver al emisor los títulos valor no colocados, en caso de que no haya asumido la obligación por todos los títulos o no haya asumido con los riesgos de la falta de colocación.

7.4. Que valores son objeto del Underwriting?

Son objeto del contrato de underwriting los títulos que son emitidos en grandes masas con el expreso propósito de captar de manera directa recursos financieros en el mercado público de valores; tales como: las acciones, las obligaciones, los bonos y el papel comercial.

7.5. De las modalidades del contrato de Underwriting.

Los contratos de underwriting pueden ser de tres modalidades:

7.5.1. En firme. Consiste en que la entidad autorizada o el consorcio adquiere inicialmente toda la emisión o el paquete de valores, para colocarlos en el público inversionista, por su cuenta y riesgo. El underwriter asume el riesgo de los valores no vendidos.

7.5.2. Con garantía total o parcial de adquisición. Por esta modalidad, la entidad autorizada o el consorcio, asume el compromiso de adquirir en un determinado tiempo, la totalidad o solamente una parte de la emisión o del paquete; y,

7.5.3. Del mejor esfuerzo. Por esta modalidad la entidad autorizada o el consorcio actúa como simple intermediaria de la compañía emisora o del tenedor, comprometiéndose a realizar el mejor esfuerzo para colocar la mayor parte posible de la emisión o paquete, dentro de un plazo determinado. El underwriter no asume ningún riesgo en la operación.

7.6. Que ventajas ofrece el Underwriting?

La operación de underwriting, como mecanismo de financiamiento, brinda las siguientes ventajas:

- 1.- Viabiliza la emisión de títulos valor como mecanismo de financiamiento;
- 2.- Ofrece un servicio especializado de colocación de los títulos valor;
- 3.- El emisor asegura la obtención rápida de los recursos financieros que requiere para sus proyectos productivos;
- 4.- Evita al emisor los trámites de venta;
- 5.- Contribuye al desarrollo del mercado de valores

Capítulo 8. EL CONTRATO DE AGENCIA

8.1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza

8.1.1. Concepto.- El Código de Comercio en el Art. 481 establece que agencia: *Es el contrato en virtud del cual un empresario comerciante, denominado agente, asume de manera estable y permanente el encargo de promover, explotar y/o concluir negocios comerciales, que pueden estar concretados a un territorio específico, en nombre y por cuenta de otra persona, nacional o extranjera, denominada principal.*

El contrato de agencia consiste en que una parte, denominada agente, se obliga a promover, explotar y/o concluir negocios comerciales, de bienes o servicios, por cuenta de otra denominada principal, de manera estable, continuada e independiente, en una zona determinada, mediante una retribución.

El agente es un conocedor del mercado y ello le permite realizar con éxito la intermediación entre la oferta y la demanda de los productos y servicios del fabricante o comerciante mayorista. Efectúa esta intermediación de manera profesional e independiente, por una retribución, sin mediar relación laboral ni representar al

proponente, sin asumir el riesgo de las operaciones, salvo pacto en contrario.

8.1.2. Requisitos o elementos.

8.1.2.1. Elementos personales.

En el contrato de agencia intervienen:

a) El agente, que es el empresario comerciante que asume de manera estable y permanente el encargo de promover, explotar y/o concluir negocios comerciales.

b) El principal, que es la persona nacional o extranjera por cuenta de quien el agente asume los negocios comerciales.

c) El agente puede actuar por medio de un subagente que él designe, lo que requerirá en todos los casos autorización expresa del principal.

8.1.2.2. Requisitos reales

a) Objeto.- El objeto de este contrato es la promoción, explotación y/o la conclusión de negocios comerciales, en nombre y por cuenta del principal y que pueden estar concretados a un territorio específico.

b) Plazo.-El contrato de agencia tendrá la duración que hayan pactado de manera expresa las partes. Si no se hubiere fijado una duración determinada en el contrato, se entenderá que ha sido pactado por tiempo indefinido.

c) Retribución.- Por la prestación de sus servicios el agente recibirá una retribución. La remuneración del agente puede consistir en una cantidad fija, en un porcentaje variable que se establezca sobre algún otro rubro o factor que las partes determinen, o en una combinación de los dos mecanismos.

Si no hay acuerdo, la retribución se fijará conforme a los usos del comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. *Si éstos no existieren el agente percibirá la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias de las operaciones que ejecute.*

El Código de Comercio en el Art. 493 ha previsto el caso de que un acto u operación se promueva y/o concluya durante la vigencia del contrato de agencia sin la intervención profesional del agente; y, dispone que el agente tendrá derecho a un cincuenta por ciento de la retribución en aquellos contratos en los que tuviera exclusividad para desarrollar las facultades encargadas en una zona determinada o para un grupo determinado de personas.

Puede ocurrir que el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al principal, en cuyo caso el agente tendrá derecho a su retribución económica:

- a)* Cuando el principal lo efectúe directamente;
- b)* Cuando debe ejecutarse en el territorio asignado al agente; o,
- c)* Cuando el principal se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio. Art. 494 C. de Com.

Asimismo, en caso de ejecución parcial del negocio, ya sea por muerte del agente o ya por conclusión de la relación sin causa imputable al agente, éste tendrá derecho a percibir la retribución proporcional al negocio desarrollado que llegue a concretarse.

En qué momento debe ser cancelada la retribución?

El contrato puede establecer o no el momento de cancelación de la retribución al agente. Si lo ha previsto expresamente, se le cancelará en el momento estipulado por el contrato; en caso contrario, la retribución será entrega al agente al momento en que el agente hubiere ejecutado el acto u operación de comercio que da derecho a la misma.

d) Riesgo.- El agente no asume el riesgo de las operaciones comerciales que desarrolla personalmente o a través de sus dependientes.

e) Exclusividad.- En el contrato se podrá acordar que el agente tendrá exclusividad para desarrollar las facultades encargadas en una zona determinada o para un grupo determinado de personas

8.1.2.3. Requisitos formales

a) El contrato de agencia deberá formalizarse por escrito y registrarse para su publicidad;

b) El contrato de agencia contendrá: la especificación de las facultades que se encargue al agente, el tiempo de duración, el territorio en el que se deberá desarrollar, la forma y periodicidad de la retribución económica que percibirá el agente; de considerarse necesario se podrá incluir una descripción del sistema de pago de tal retribución económica.

8.1.3. Naturaleza

De lo expuesto desprenden los siguientes elementos del contrato de agencia: 1) es un contrato mercantil que tiene como objeto la promoción, explotación y/o conclusión de negocios comerciales de bienes y servicios en un mercado determinado; 2) se destacada la independencia y profesionalidad del agente; 3) el agente debe ejecutar el encargo de manera permanente, continuada, estable; 4) el agente asume el encargo en nombre y por cuenta del principal; 5) la actividad del agente se realiza en un territorio específico.

El contrato de agencia tiene las siguientes características jurídico-estructurales: Es solemne, bilateral, oneroso, comutativo, principal, de tracto sucesivo.

8.2. Facultades, obligaciones y prohibiciones de las partes

8.2.1. Facultades del agente

a) El agente podrá realizar su encargo de promover, explotar y/o concluir negocios comerciales por sí o por medio de sus dependientes;

b) El agente está facultado en general para promover y explotar los negocios comerciales del principal, y podrá concluirlos, es decir celebrarlos y ejecutarlos por cuenta del principal, únicamente cuando tenga atribuida expresamente esta facultad.

8.2.2. Facultades del principal

a) En general, el principal podrá servirse de uno o varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos, salvo pacto en contrario;

b) Si el principal concertare negocios directamente o a través de un tercero, en la zona acordada como exclusiva del agente se podrá acordar la obligación del principal de pagar una comisión al agente; ante la falta de acuerdo, no habrá obligación alguna respecto del agente.

8.2.3. Obligaciones del agente

El Código de Comercio en el Art. 487 establece que son obligaciones del agente las siguientes:

a) Cumplir con aquellas instrucciones impartidas por el principal, así como velar por los intereses de éste último, en el desarrollo de la actividad del agente, siempre y cuando no se afecte a su independencia.

b) Ocuparse, con la diligencia profesional exigible a la actividad profesional que ejecuta, a la promoción y desarrollo de

los actos o encargos encomendados así como a la conclusión de los mismos.

c) Comunicar al principal toda la información que disponga, cuando la misma sea necesaria para la buena marcha de su encargo.

d) Llevar una contabilidad independiente.

e) Recibir en nombre del principal cualquier clase de reclamación de terceros sobre defectos o vicios en la calidad o cantidad de los bienes vendidos y/o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiere concluido, y ponerlas de inmediato en conocimiento del principal para que éste le dé instrucciones para resolverlas, en caso de no estar eso previsto en el contrato de agencia.

f) No incurrir en ninguna conducta considerada como de competencia desleal.

8.2.4. Obligaciones del principal

El Código de Comercio en el Art. 488 establece que son obligaciones del principal las siguientes:

a) Dar al agente toda la información necesaria para la ejecución de su encargo.

b) Pagar la retribución económica pactada, así como la reparación pactada o que se establezca, en caso de quebrantamiento del deber de lealtad o de no competencia, de ser el caso. La retribución económica podrá adoptar el nombre que las partes convengan.

c) No incurrir en ninguna conducta considerada como de competencia desleal, conforme a la normativa legal vigente.

d) Comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación comunicada, así como la ejecución parcial o la falta de ejecución de la operación dentro del plazo no mayor a ocho días.

e) Advertirle al agente que el volumen de operaciones o actos será inferior al que éste hubiere podido esperar en los casos que corresponda.

8.2.5. Prohibiciones

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 485, inciso 3º, C- de Com., *podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores, siempre que dicha prohibición no contravenga las disposiciones de la ley que regula el Control del Poder de Mercado.*

8.3. Terminación del contrato de agencia

El Código de Comercio en el Art. 499 establece que el contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato. Ello implica que el contrato de agencia termina: por el desempeño del negocio objeto del contrato; por la expiración o vencimiento del tiempo de duración; por decisión unilateral del principal o del agente; por muerte del principal o del agente; por quiebra o insolvencia del principal o del agente; por la interdicción del principal o del agente.

Cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de agencia unilateralmente. Al respecto, el Código de Comercio en el Art. 497 establece que son justas causas para la terminación unilateral del contrato las siguientes:

a) El incumplimiento de obligaciones estipuladas en el contrato o previstas en la ley;

b) Las violaciones a leyes vigentes en que incurran cualquiera de las partes y que pudieran afectar el desarrollo o ejecución de la agencia;

c) Cualquiera acción u omisión que afecte gravemente los intereses de las partes;

d) La quiebra o insolvencia de cualquiera de las partes; y,

e) La liquidación o terminación de actividades.

La terminación por justa causa será demandada ante el juez competente, y podrá solicitarse, en cualquier momento del juicio, la suspensión de las actividades del agente, lo cual, será ordenado por el juez inmediatamente sin que pueda haber oposición alguna a ello.

8.3.1. Indemnizaciones derivadas de la terminación unilateral del contrato

La falta de justa causa para dar por terminado el contrato de agencia da lugar a reclamar indemnización por los daños y perjuicios que se hubiesen producido.

Cuando el principal no demuestre la justa causa que motiva la terminación del contrato, deberá pagar al agente una indemnización equivalente al promedio de utilidades que le hubiese generado la relación con el principal, multiplicado por el número de años que ésta hubiese durado, más su respectiva fracción. Art. 498 C de Com.

Cuando el agente dé por terminado el contrato sin justa causa, el principal tendrá derecho a la indemnización calculada conforme a lo señalado en el párrafo anterior.

El agente no tendrá derecho a indemnización o pago alguno si el principal demanda la terminación unilateral del contrato por justa causa imputable al agente, basado en actos de competencia desleal, violaciones a la ley o acciones u omisiones que afecten gravemente los intereses del principal.

Capítulo 9. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN O “CONCESIÓN” MERCANTIL

9.1. Concepto.- Requisitos.- Naturaleza

9.1.1. Concepto.-

El Código de Comercio en el Art. 524 caracteriza al contrato de distribución señalando que: *Contrato de distribución es aquel por el cual una parte, llamada concedente o principal, confiere a otra, llamada concesionario o distribuidor, la posibilidad de vender los productos que fabrica o que, a su vez, distribuye con capacidad de delegar la distribución a terceros, en un territorio determinado; así como de prestar servicios, o una combinación de ambos de manera continuada o estable, actuando como empresario o comerciante independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones.*

Mediante el contrato de distribución el productor de bienes (mercancías) o servicios generalmente identificados por una marca, o el distribuidor con capacidad de delegar la distribución a terceros, llamado concedente, confiere a otra persona, llamada concesionario, el derecho para vender esos productos o producir servicios, a su propia cuenta y riesgo, en un territorio o mercado determinado.

En doctrina, se destacan los siguientes elementos del contrato de distribución: 1) el concesionario cede su organización comercial para integrarla a la estructura de comercialización del concedente; 2) el concesionario se sujet a al control del concedente al aceptar la aplicación y observancia de las políticas, recursos y estrategias comerciales del concedente; 3) el riesgo en la venta de los productos o la provisión de los servicios lo asume el concesionario; 4) el concesionario adquiere los bienes con un descuento en relación al precio de venta al consumidor; y, en el caso de los servicios se le reconoce un valor por colocarlos en el mercado; 5) en el contrato

se determina la zona territorial dentro de la que el concesionario puede explotar el negocio; 6) Se establece un tiempo de duración para la ejecución del contrato.

9.1.2. Requisitos o elementos

9.1.2.1. Elementos personales

En el contrato de distribución intervienen las siguientes partes:

a) **Concedente o principal.**- Es la persona que confiere a la otra parte la posibilidad de vender los productos que fabrica o que distribuye con capacidad de delegar la distribución a terceros, así como de prestar servicios, o una combinación de ambos. Es decir el concedente puede ser el fabricante o el distribuidor con capacidad de delegar la distribución a terceros.

b) **Concesionario o distribuidor.**- Es el empresario o comerciante independiente a quien se confiere la posibilidad de vender los productos, así como de prestar servicios, por parte del concedente o principal.

9.1.2.2. Requisitos reales

a) **Objeto.**- El contrato de distribución tiene por objeto la comercialización de bienes y servicios, bien sea directamente por el distribuidor o aprovechando su propia red de distribución.

b) **Plazo.**- El contrato de distribución podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. *Si no se hubiere fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.*

El contrato por tiempo fijo se extinguirá por el cumplimiento del término pactado: No obstante si después de transcurrido este plazo el contrato continúa siendo ejecutado por ambas partes, se

considerará transformado en un contrato de duración indefinida. Art. 549 C. de Com.

c) **Remuneración.**- En el contrato deberá estipularse la forma de remuneración para el proveedor o concedente y ventajas económicas para el distribuidor.

Cuando la remuneración no esté señalada y determinada en los términos del contrato de distribución, conllevará a la terminación del mismo pese a que se encuentre suscrito entre las partes. En todo caso, si el distribuidor hubiese concretado ventas, quedará obligado el proveedor a viabilizar el cumplimiento de las mismas y a concederle al distribuidor una comisión que se considere en un porcentaje aceptable en el mercado para gestiones a nombre de terceros. Art.542 C. de Com.

9.1.2.3. Requisitos formales

Los contratos de distribución se celebrarán por escrito y en ellos las partes deberán indicar con claridad el alcance del ejercicio de la distribución, así como los derechos complementarios que la distribución conlleve. En todo caso deberán señalar: la identificación precisa de las partes en los términos que exige el Art. 530; el contenido y características del negocio; formas de remuneración; causas y efectos de la extinción del contrato; lugar de ejecución del contrato.

Cuando la formalización escrita no se hubiere llevado a cabo por causa imputable a una de las partes, corresponderá a ésta la carga de probar la existencia de las condiciones contractuales que se separan de lo dispuesto en el Código de Comercio. Art. 530, inciso final.

9.1.3. Naturaleza

El de distribución es un contrato comprendido dentro del sistema de distribución de productos o servicios, que se celebra

entre el productor o fabricante y un empresario o comerciante independiente que asume el riesgo y ventura de tales operaciones.

Es un contrato que cumple una función de intermediación entre los fabricantes de productos y los consumidores. Mediante este contrato el fabricante de diversos productos los vende a otra persona denominada distribuidor para que realice las ventas al menudeo a los consumidores en una zona territorial determinada, por su cuenta y riesgo y de manera independiente, percibiendo una contraprestación consistente en el precio de reventa.

El distribuidor es un comercializador conocedor del mercado en la zona determinada, que asume el riesgo de la transferencia de los bienes del productor al consumidor por un valor entre el precio adquirido y el de venta al consumidor, sirviéndose de su propia organización.

El contrato de distribución tiene las siguientes características jurídico-estructurales: es un contrato bilateral, solemne, oneroso, conmutativo, principal, de tracto sucesivo

9.2. Derechos y obligaciones de las partes

9.2.1. Derechos de las partes.- El contrato determinará los derechos de las partes. Entre ellos, la forma de remuneración al proveedor o concedente y las ventajas económicas para el distribuidor; los derechos de propiedad intelectual.

9.2.2. Obligaciones del concedente o proveedor

a) El proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para promover la mejor distribución de los bienes o servicios objeto del contrato.

b) *Está obligado a comunicar al distribuidor con la mayor antelación posible, los hechos que puedan afectar con carácter sustancial el desarrollo de la actividad comercial, o los niveles de abastecimiento del distribuidor, así como todo aquello afecto a los productos que sean*

objeto de la distribución y que pueda generar daños a los adquirentes o consumidores, o daños a terceros; incluyéndose asimismo en esta enumeración, a las variaciones previstas por el proveedor en cuanto a la orientación, imagen o actividad del sistema comercial diseñado por aquel. Art. 534 C de Com.

c) *El cedente o proveedor, especialmente si fuere el fabricante, deberá autorizar expresamente al distribuidor para que éste traslade a aquellos a quienes vende el producto, sea al por mayor o directamente a consumidores, las garantías de fábrica de dichos productos. Art. 539 C. de Com.*

9.2.3. Obligaciones del distribuidor

El distribuidor está obligado a comunicar al concedente o proveedor los hechos de los que tenga conocimiento que puedan afectar a la imagen, prestigio y salvaguarda de los derechos de propiedad industrial o intelectual o al acceso de los consumidores a sus productos y servicios. Art. 534, inciso 2º. C de Com.

9.3. Prohibiciones

La cesión del contrato de distribución podrá ser prohibida por el proveedor, y se entenderá que es un incumplimiento del contrato cualquier mecanismo jurídico por el cual la persona del distribuidor se vea modificada.

El distribuidor no podrá sub-contratar la distribución con un tercero, salvo estipulación contractual en contrario. Art. 546 C de Com.

9.4. Modalidades y reglas sobre abastecimiento y comercialización de los productos

1ª.- *Las partes pueden acordar exclusividad en la distribución de los productos en una zona determinada. Los acuerdos de exclusividad pueden darse respecto de una gama de productos o servicios, o a un grupo de clientes.*

2ª.- Podrá también estipularse la asistencia técnica a los compradores de los productos objeto del contrato, enmarcado en lo dispuesto en la ley que regula el control de poder de mercado.

3ª.- El contrato de distribución podrá autorizar al distribuidor para que éste comercialice los bienes y servicios objeto del contrato, bien sea directamente o a través de su propia red de distribución, en una zona geográfica determinada.

4ª.- El distribuidor organizará sus pedidos atendiendo a un volumen de acuerdo con las circunstancias del momento y será responsable de los cumplimientos de sus compromisos frente a terceros.

5ª.- El proveedor no podrá obligar a la compra de lotes o series de suministros con productos no requeridos por el distribuidor, o a volúmenes de compra que desborden la demanda real del distribuidor o las posibilidades de oferta de éste en las condiciones en que se encuentra en un momento determinado.

6ª.- En caso de divergencia de opiniones entre las partes respecto a los niveles de abastecimiento, la decisión se someterá a los mecanismos de resolución de conflictos previstos por las partes o en la ley.

7ª.- Cuando las partes pacten la entrega de suministros en régimen estimatorio con posibilidad de devolución de las mercancías o ventas con pacto de recompra, el plazo de devolución se adaptará a la caducidad comercial o técnica del producto suministrado.

8ª.- El proveedor se encontrará facultado para ejercer su derecho a la venta directa, salvo pacto en contrario.

9ª.- El proveedor no podrá prohibir al distribuidor el acceso a la venta por internet, salvo por motivos de salud pública, seguridad de los consumidores o prohibición de orden legal.

Se podrán establecer descuentos y bonificaciones sobre el precio de venta de manera previa a su aplicación, los cuales, se harán constar en factura siempre y cuando se respeten las disposiciones comprendidas dentro de la ley que regula el Control de Poder de Mercado.

10^a.- *La cesión total o parcial del contrato de distribución requerirá el consentimiento del proveedor y del distribuidor.*

9.5. Causas y efectos de la terminación del contrato de distribución

El contrato de distribución puede pactarse por un tiempo fijo o por tiempo indefinido, y si no se hubiere fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato se ha pactado por tiempo indefinido; y, de acuerdo a ello el Código de Comercio ha establecido reglas para la terminación. Así:

1^a.- Si el contrato tiene plazo indefinido, cualquiera de las partes puede dar aviso de terminación a la otra con una anticipación de noventa días, que se contarán desde el día siguiente a la fecha de notificación.

2^a.- Los actos y contratos que se celebren durante el período de los noventa días, deberán ser previamente consultados al proveedor, salvo pacto en contrario.

3^a.- El contrato que se hubiese celebrado por tiempo fijo se extinguirá por el cumplimiento del término pactado o por justa causa.

4^a.- El concedente o el distribuidor partes de un contrato de distribución podrán dar por finalizado el contrato en cualquier momento, inclusive en los contratos por tiempo indefinido, sin observar plazo de previo aviso, cuando la otra parte hubiere incumplido de manera grave o reiterada, total o parcialmente, las obligaciones legales o contractuales, siempre que el incumplimiento no fuera subsanado a satisfacción de la parte cumplidora en el plazo establecido en el contrato. Art. 550 inciso 1º C de Com.

A falta de estipulación, se entenderá que la parte que incumple tiene quince días para subsanar su incumplimiento. Transcurridos los quince días y de no haberse subsanado el incumplimiento

fehacientemente, el contrato podrá ser declarado resuelto y la parte cumplidora también tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios correspondientes.

5ª.- El contrato de distribución con duración determinada puede darse por terminado por justa causa antes de la finalización del plazo pactado. En este caso la parte afectada tendrá derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios que acredite haber sufrido como consecuencia de la terminación, entre los que se incluirán: *lo que faltare de amortizar de las inversiones que se hubieren efectuado; y, atendidas las circunstancias, el daño derivado de las relaciones laborales que deban concluirse proveniente de la terminación de ese rubro de distribución.* Art. 551 C de Com.

6ª.- Cuando se dé por terminado el contrato de duración indefinida sin respetar los plazos de previo aviso pactados o legalmente establecidos, sin que haya transcurrido un plazo razonable para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, la parte afectada tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios en los términos de los Arts. 552 y 553 del Código de Comercio.

7ª.- La terminación de los contratos de distribución no obligará al proveedor a indemnizar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido captar durante la relación contractual, salvo pacto en contrario. Art. 554 C de Com. El Art. 555 determina los parámetros para la determinación de esta indemnización. Esta indemnización podrá ser demandada junto con la indemnización general de perjuicios. La acción para reclamar por este rubro prescribe al año a contar desde la terminación del contrato.

Capítulo 10. FRANCHISING O CONTRATO SOBRE FRANQUICIAS

10.1. Antecedentes.- Origen

En la evolución del sistema de comercialización de productos y servicios se ha pasado por los representantes dependientes de la empresa productora, por mayoristas independientes, por distribuidores exclusivos, por la concesión comercial, por el franchising, en su orden.

En lo que respecta a su origen el autor Sidney Alex Bravo Melgar (ob cit pág. 7) enseña que algunos autores sostienen que esta modalidad contractual surgió en Francia, otros que tuvo su origen en el sistema jurídico del Common Law.

Sostiene el autor antes citado que “El Franchising, conocido también como la franquicia comercial,... tiene sus antecedentes más palpables en los inicios del siglo pasado, allá en los Estados Unidos de América antes de la guerra civil conocida como la guerra de la Secesión, aproximadamente por los años 1850 cuando la Singer Sewing Machine Company, cuya sede principal quedaba en Stanford, Connecticut, concedió una serie de franquicias a comerciantes independientes, a fin de que comercialicen sus productos, actividad que aún se sigue patentizando en la actualidad. Los citados comerciantes estaban autorizados a comercializar los productos Singer y a emplear esta marca.

Ya en 1898, la General Motors también adoptó el franchising como estrategia para expandir su red de distribuidores y de este modo la venta de los vehículos de su fabricación. Igualmente, en el año 1899, Coca Cola entregó franquicias a fin de que pudiera embotellarse su producto”, ob cit pág 8.

En Europa, “la Comisión Económica Europea ha legislado el franchising estableciendo un marco de referencia; esta legislación fue dada en febrero de 1989. Así mismo se promulgó el Código de Ética para las franquicias, cuya principal finalidad es la de fijar parámetros en la redacción de los contratos de Franchising, tales como los métodos y formas de pago, tiempos de preaviso para las conclusiones decididas unilateralmente por el franquiciante y la determinación precisa del lugar donde ha de operar el franquiciado” Sidney Bravo Melgar, ob cit pág 9-10.

El Código de Comercio del Ecuador regula al franchising o contrato sobre franquicias en el Capítulo Tercero, Título Séptimo Sistemas de Distribución y otros Contratos Relacionados, del Libro Quinto: De los Contratos Mercantiles (Arts. 558 al 576)

10.2. Concepto

En doctrina se han dado una gran cantidad y variedad de definiciones de franchising, que no es nuestro propósito analizar.

“Para nosotros,- dice Sidney Bravo Melgar, ob cit pág. 20- el Franchising es un contrato comercial... a través del cual una empresa denominada franchisor (franquiciante) transfiere a otra denominada franchisee (franquiciado) el uso de su nombre, marca, colores, signos distintivos, métodos de producción, fabricación, distribución y venta de sus productos, a cambio de un pago inicial conocido por la doctrina universal como Initial Fee, o Droit d'entrée, que además se entiende como un pago inicial que efectúa el franchisee para estar inmerso en el mecanismo del franchising, así mismo a cambio que el citado, periódicamente otorgue al franchisor los royalties correspondientes, que no vienen a ser sino un porcentaje de las utilidades que genera. En la práctica las regalías se otorgan mensualmente y el porcentaje es fluctuante del total de las utilidades netas producidas”.

En otras palabras, el Franchising es un contrato por el cual un empresario, llamado franquiciante, por el pago de un precio, cede a otro, llamado franquiciado, la licencia para la explotación comercial de los productos y servicios de los que es titular, en la que se comprende el uso de su nombre, marca, colores, signos distintivos, fórmulas, técnicas, métodos de producción y comercialización.

El Código de Comercio en el Art. 558 caracteriza al contrato sobre franquicia en los siguientes términos: *La franquicia es un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada el franquiciante u otorgante, en calidad de titular de un negocio, nombre comercial, marca u otra forma de identificar empresas, bienes o servicios, o de un bien o servicio, otorga a otra llamada franquiciado o tomador, la posibilidad de explotar comercialmente, sus derechos de propiedad intelectual, secretos empresariales, entre otros derechos, así como las actividades que se desarrollan con tal nombre, marca u otra identificación o bienes o servicios, dentro de los términos que se especifiquen en el contrato, a cambio de una retribución económica.*

10.3. Naturaleza jurídica

El Franchising es un complejo sistema de asociación empresarial, que se rige por normas de diversas materias, como el derecho comercial, industrial, de competencia, de propiedad intelectual, y persigue la explotación comercial de la producción de bienes y servicios.

En este contrato existe independencia de las partes; es un contrato de cooperación empresarial, sin subordinación.

Son elementos esenciales del contrato de franchising: licencia del uso de marca, nombre comercial, la transferencia del know-how, la posibilidad de explotar comercialmente derechos de propiedad intelectual, secretos empresariales y las actividades correspondientes; la determinación de regalías, la existencia de un manual de operaciones.

10.4. Elementos del contrato

10.4.1. Elementos personales

1. **El franquiciante u otorgante**, que es un empresario independiente, persona natural o jurídica, titular del negocio y de los derechos objeto del franchising.

2. **El franquiciado o tomador**, es el empresario independiente, persona natural o jurídica, a quien el franquiciante cede la licencia para la explotación comercial de sus productos o servicios.

10.4.2. Elementos reales

1. **Objeto.-** El franchising tiene como objeto principal la cesión al franquiciado del uso de la marca de la cual es titular el franquiciante, así como la transferencia del know-how, de ser el caso; en general, el otorgar al franquiciado la posibilidad de explotar comercialmente los derechos de propiedad intelectual, secretos empresariales, entre otros derechos, así como las actividades que se desarrolle con tal nombre, marca u otra identificación o bienes o servicios, por parte del franquiciante.

De conformidad con lo dispuesto por el Código de Ingenios, los derechos patrimoniales como autor “son susceptibles de transferencia a cualquier título y, en general, de todo acto o contrato posible bajo el derecho civil o comercial como bien mueble”, salvo disposición en contrario. Art. 164.

Los autores y demás titulares de derechos están facultados para disponer de sus derechos o autorizar las utilizaciones de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen y con sujeción a las normas del Libro III del Código de Ingenios. Esta facultad podrá ejercerse bajo las siguientes modalidades: licencias libres, licencias abiertas, otros

modelos alternativos de licenciamiento o renuncia. Art. 165 C. de Ingenios.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código de Ingenios en el Art. 375, un registro de marca o una solicitud en trámite de registro podrá ser objeto de licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva, y surtirá efecto a partir de la inscripción ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.

2. Retribución.- Es la contraprestación económica que efectúa el franquiciado al franquiciante. El Código de Comercio en el Art. 562 establece que: *Es un elemento esencial del contrato de franquicia que se determine la retribución económica a favor del franquiciante, la cual podrá establecerse del modo que más convenga a los intereses de las partes.*

3. Territorio.- En el contrato de franchising se determina una zona o territorio en el que podrá operar el franquiciado.

4. Manual operativo.- *Cuando el contrato de franquicia prevea que el franquiciante dé asistencia para la puesta en marcha del negocio objeto de la franquicia, o durante el desarrollo del contrato, éste le deberá proporcionar los "manuales operativos o de funcionamiento" u otros documentos, instrucciones o similares, al franquiciado. Art. 574 C de Com.*

5. Supervisión.- El franquiciante tiene derecho a supervisar el correcto desarrollo del objeto de la franquicia, pudiendo exigir al franquiciado que tome las correcciones que sean necesarias en la explotación del negocio.

6. Plazo de duración.- El contrato de franquicia estipulará el plazo de duración, que podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido.

10.4.3. Elementos formales

1.- El contrato de franquicia se otorgará por escrito y a él se podrán incorporar los anexos que permitan describir con precisión el alcance de la operación de la franquicia.

2.- El Código de Comercio en el Art. 563 dispone que el contrato de franquicia deberá comprender, al menos, lo siguiente: *a) Identificación precisa de las partes... b) Describir el contenido y características de la franquicia; c) Duración del contrato, así como las condiciones de renovación y modificación del mismo; d) La determinación de la retribución que debe percibir el franquiciante; e) Causas y efectos de la extinción del contrato, incluyendo los casos y la forma en que, cualquiera o ambas partes, lo podrán dar por terminado; f) El señalamiento del territorio en el que podrá operar el franquiciado; g) La descripción clara de los derechos, bienes o servicios que se otorgan y los términos en que se lo hace; h) Las garantías de cumplimiento que debe otorgar el franquiciado; i) Los términos de confidencialidad; y, j) Los demás términos y condiciones a los que las partes se someten.*

El Código de Comercio en el Art. 567, establece que en razón de la naturaleza del contrato de franquicia, ésta puede comprender, entre otros, los siguientes requisitos:

- a)* El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial;
- b)* Una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato, o cualquier otra señala o identificación que indique que se ejecutan las actividades de acuerdo a los lineamientos o formas que las desarrolla el otorgante;
- c)* *La comunicación por el franquiciante al franquiciado, respecto a conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular;*

d) El deber de no competir con el franquiciante u otras limitaciones que serán establecidas respetando los términos de la ley que regula el control del poder de mercado; y,

e) La prestación continua del franquiciante al franquiciado en asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo.

En los casos indicados en las letras a), b) y c) el contrato de franquicia incluirá la licencia de uso del derecho de que se trate. Art. 568 C. de Com.

10.5. Características jurídico-estructurales del contrato

El contrato de franchising es solemne, oneroso, comutativo, bilateral, principal, de trato sucesivo; generalmente este contrato es de adhesión, en cuanto a que los contratos de franchising son formularios impresos con cláusulas establecidas por la empresa franquiciante, a las que el franquiciado se adhiere.

10.6. Modalidades de franchising

En doctrina se reconocen múltiples modalidades de franchising. Mas, de acuerdo al objeto, se destacan tres modalidades: industrial, de distribución y de servicios. Sidney Bravo Melgar, ob cit pág 34-37.

10.6.1. Franchising industrial. Consiste en un contrato de colaboración empresarial entre fabricantes de productos. En esta modalidad el franquiciante es el titular de la marca, de las fórmulas y procedimientos, cuya explotación cede a otro fabricante.

10.6.2. Franchising de distribución. En esta modalidad el franquiciante es el productor o el comerciante mayorista de productos que pueden provenir de varios fabricantes, y quien organiza la red de negocios franquiciados.

10.6.3. Franchising de servicios. En esta clase de franchising el franquiciante transfiere el know-how, el saber hacer, las fórmulas, las técnicas, con la correspondiente licencia de marca. Se ubican en esta modalidad de franquicia los servicios de comidas, hoteles, alquiler de vehículos, servicios que llegan al consumidor.

El Código de Comercio en el Art. 559 señala los tipos de franquicia que las partes pueden establecer:

1. Franquicia de productos.- Estas franquicias pueden autorizar la fabricación o producción de determinado producto para su eventual comercialización; o, solamente su comercialización.

2. Franquicia de servicios.- Estas pueden autorizar al tomador que preste determinado servicio bajo el nombre del otorgante y bajo las prácticas comerciales de éste.

3. Otras.- Se reconocen otros tipos de franquicias que las partes pueden establecer, como aquellas franquicias que comprenden una unidad completa de comercialización y explotación.

El Código de Comercio en el Art. 560 establece que: *Se entenderá por acuerdo de franquicia principal o franquicia maestra, aquel por el cual una parte en calidad de franquiciante, le otorga a la otra, el franquiciado principal, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciante. El franquiciado principal asumirá el papel de franquiciante en un mercado determinado.*

10.7. Derechos y obligaciones de los contratantes

10.7.1. Derechos del franquiciante

El Código de Comercio en el Art. 569 establece los siguientes derechos del franquiciante:

- a) Que el franquiciado explote y desarrolle el negocio transmitido bajo la modalidad de franquicia dentro de los métodos y sistemas determinados en el contrato y, en su falta, de los que emanen de la naturaleza de la obligación;
- b) Al pago de la retribución económica por el uso de la franquicia, la cual deberá ser cancelada de acuerdo al sistema de pago y tiempos establecidos en el contrato de franquicia;
- c) A supervisar el correcto desarrollo del objeto de la franquicia, pudiendo exigir al franquiciado que tome las correcciones que sean necesarias; y,
- d) A ser indemnizado por los daños y perjuicios y afectación que pueda recibir su nombre comercial o signo distintivo, derechos de propiedad intelectual u otros, como consecuencia del incorrecto uso de la franquicia.

10.7.2. Derechos del franquiciado

1.- Exigir que el franquiciante le suministre oportunamente el conocimiento, los medios, recursos, fórmulas, productos o servicios pactados, entrenamiento, asistencia, etc., para la explotación objeto del contrato. Al respecto, el Código de Comercio en el Art. 566 establece que: *Salvo disposición en contrario, el contrato de franquicia conlleva la autorización para utilizar el nombre comercial, signos distintivos o cualquier otro tipo de derechos relacionados con el objeto del contrato y que sean necesarios para su cumplimiento.*

2.- El franquiciado tiene la facultad de ejercer todos los derechos que se le han concedido en el contrato en los términos ahí establecidos. *En el contrato podrán concedérsele, entre otras, las siguientes facultades: utilizar la marca, la imagen corporativa y el modelo de negocio de la red de franquicias durante el tiempo establecido en el contrato; aplicar las técnicas y conocimientos que se le haya dado a conocer, tanto para fines de fabricación como para la comercialización*

de los productos o servicios; y, realizar la explotación comercial de la franquicia adecuándola a las situaciones del mercado en el que se le haya permitido intervenir, el cual se presume conocido por el franquiciante.

10.7.3. Obligaciones del franquiciante

1.- Proporcionar oportunamente al franquiciado todos los conocimientos, medios, recursos, marca, fórmulas, productos o servicios, asistencia comercial, técnica, etc., conforme a lo estipulado en el contrato, para la explotación del negocio.

2.- Proporcionar al franquiciado los “manuales operativos o de funcionamiento”, cuando el contrato de franquicia prevea que el franquiciante dé asistencia para la puesta en marcha del negocio objeto de la franquicia.

3.- En general, *el franquiciante se encuentra obligado a transmitir con claridad al franquiciado los aspectos principales que le permitan a éste último implementar la actividad de la forma en que el franquiciante lo ha establecido en el contrato. Art. 570 C. de Com.*

10.7.4. Obligaciones del franquiciado

El Código de Comercio en el Art. 571 establece que: *El franquiciado se encuentra obligado a lo siguiente:*

a) Seguir y cumplir estrictamente los métodos y sistemas relativos al funcionamiento del negocio establecidos por el franquiciante.

b) Usar las materias primas, bienes o servicios que las partes hubiesen establecido en el contrato, respectando la calidad y otros atributos de esta que ahí se aludan; en caso de omitirse este señalamiento, se usarán los materiales que permitan dar un producto o servicio de calidad al cliente.

c) Guardar total secreto sobre las informaciones que tengan el carácter de confidencial según el contrato de franquicia,

incluso de aquellas que reciba a lo largo de la relación con el franquiciante y que se entiendan sometidas a esa reserva.

d) Acondicionar y mantener el local o establecimiento de acuerdo a las normas, imagen de marca y decoración que establezca el franquiciante.

e) Usar los métodos publicitarios y promocionales que se indiquen en el contrato.

f) Reflejar con fidelidad el modelo de franquicia que se haya establecido en el contrato, a fin de que se reconozca que se trata de una unidad con otras que tengan las mismas características y naturaleza, y que provengan, directa o indirectamente, del franquiciante.

g) Tomar en cuenta las indicaciones dadas por el franquiciante, tendientes a corregir el uso de la franquicia.

h) Indemnizar al franquiciante por los perjuicios derivados del incorrecto uso de la franquicia.

i) A todo lo demás que se derive del contrato.

Cabe destacar también que el contrato de franquicia lleva implícito un deber de confidencialidad a cargo del franquiciado, respecto de toda la información, sea verbal o escrita, que reciba durante la etapa precontractual, durante la ejecución del contrato e incluso después de la terminación del mismo. Art. 565 C. de Com.

10.8. Causas y efectos de la terminación del contrato sobre franquicias

En cuanto a los plazos de duración y forma de extinción de los contratos sobre franquicias, el Código de Comercio en el Art. 564 dispone que se aplican las disposiciones del contrato de distribución en todo aquello que no haya sido regulado por las partes. Por tanto, nos remitimos a lo expuesto sobre este punto en el Capítulo 9 Del Contrato de Distribución, párrafo 9.6.

Capítulo 11. CONTRATO DE PERMISO DE USAR CONOCIMIENTO O KNOW-HOW

11.1. Antecedentes.- Origen.

Beltrán Alandete, citado por Sidney Bravo Melgar (ob cit pág 147) enseña que “el Know how es consecuencia de los grandes avances industriales y tecnológicos ocurridos en el mundo luego de la segunda guerra mundial. Acota que debido a las características de dichos avances y en algunas ocasiones por su fugacidad no hace permisible acogerse a los antiguos derechos de patente, sin embargo las empresas en posesión de técnicas no comunes, de nuevas innovaciones, de eficaces métodos de trabajo, etc, guardan celosamente estas innovaciones, ya que les permite lidiar ventajosamente en los mercados respectivos”.

En doctrina se enseña que las dos modalidades contractuales que son utilizadas con mayor frecuencia son la licencia de patente y el know-how. Sobre todo esta última, ante las frecuentes innovaciones y rápidos cambios tecnológicos, ante la existencia de secretos no patentados.

En cuanto al origen, Sidney Bravo Melgar (ob cit pág 147) dice que “El contrato de know how es de origen anglosajón, comenzó a evolucionar en los Estados Unidos de Norteamérica, posteriormente se expandió por diversos países industrializados tales como Inglaterra y Alemania”.

El Código de Comercio regula al Contrato de Permiso de Usar Conocimiento o Know-How en el Capítulo Cuarto, del Título Séptimo Sistemas de Distribución y otros Contratos Relacionados, Libro Quinto De los Contratos Mercantiles (Arts. 577 al 584).

11.2. Concepto

El know how es un contrato mediante el cual el titular de conocimientos y fórmulas secretas, generalmente no patentadas, sobre la fabricación de un producto, los transfiere a otra persona natural o jurídica para su explotación industrial o comercial.

El Código de Comercio en el Art. 577 caracteriza al contrato de know-how en los siguientes términos: *El contrato de permiso de usar el conocimiento o de licencia del know-how es un acuerdo mercantil autorizado y transmitido a otra denominada licenciatario o beneficiario el uso, el cual una persona, denominada licenciante titular del know-how industrial, confidencial, no divulgados e individualizados, para los cuales el licenciante le ha atribuido un valor patrimonial importante para el desarrollo y explotación de su negocio. En consecuencia, el adquirente se obliga por su lado a satisfacer el pago de un royalty o regalía calculado en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con el empleo del know-how licenciado, o una remuneración mediante el sistema que acuerdan las partes.*

El Código de Comercio en el Art. 578 determina el alcance del concepto conocimiento para efectos del contrato de know-how, así: *El conocimiento aludido en el artículo anterior, es aquel que, sin que necesariamente deba reunir los requisitos necesarios para acceder al sistema de patentes, sirve para: a) la fabricación de un determinado producto, por ejemplo, fórmulas, recetas, utensilios y herramientas; b) desarrollar un determinado procedimiento de servicio o atención; o, c) solucionar determinados problemas técnico-empresariales mediante la instalación y organización de un establecimiento industrial o comercial, selección de materias primas y de proveedores, formación de personal especializado y métodos de control de calidad.*

Igualmente, se reputa parte del concepto anterior: la información complementaria obtenida en la explotación de una tecnología protegida por patente, que por sí misma no puede gozar de esta tutela, pero que permite obtener el máximo aprovechamiento del proceso o producto

patentado; y, la información que encierra invenciones patentables, pero que permanece fuera del sistema de patentes, sea porque su titular carece de medios financieros para obtener y mantener patentes paralelas en diversos estados o porque lo considera más conveniente para su política empresarial, dada la brevedad del ciclo vital de la tecnología en cuestión o, por el contrario, su longevidad.

11.3. Naturaleza jurídica

En doctrina hay diversas posiciones respecto a la naturaleza jurídica del contrato de know how (Sidney Bravo Melgar, ob cit pág 151). Para algunos autores se trata de un contrato sui géneris, con un contenido diverso; para otros, es un contrato afin al de compraventa; otros que al contrato de know how debe aplicársele la denominación de contrato de licencia. “Ocupan el primer plano las cualidades correspondientes a los contratos de compraventa, locación de servicios, locación de obra o sociedad, sin que sea posible, de ordinario, encasillar el contrato dentro de un tipo determinado, por ende habrá que considerarlo, por lo común como un contrato sui géneris” Ibídem, pág. 151.

En esencia es un contrato mercantil mediante el que el titular de conocimientos no patentados autoriza y transfiere a otra persona el uso, disfrute y explotación de esos conocimientos, por una regalía o remuneración.

11.4. Elementos jurídico-estructurales

11.4.1. Elementos personales.- Son partes en este contrato:

1.- **Licenciatante**, es la persona natural o jurídica titular de los conocimientos no patentados y fórmulas secretas, que transfiere su uso, disfrute y explotación a la otra parte.

2.- **Licenciatario o beneficiario**, es la persona natural o jurídica a quien se transfiere el uso, disfrute y explotación de los

conocimientos no patentados y secretos de fabricación o elaboración de un producto.

11.4.2. Elementos reales

1.- **Objeto**, es la transferencia de los conocimientos no patentados para explotación industrial, comercial.

2.- **Contraprestación pecuniaria**. El licenciatario o beneficiario pagará al licenciante una regalía calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con el empleo del know-how licenciado, o una remuneración mediante el sistema que acuerden las partes.

3.- **Duración**. El contrato contendrá un plazo de duración.

11.4.3. Elementos formales

El contrato debe ser escrito y contendrá las estipulaciones que acuerden las partes sobre los puntos que determina el Código de Comercio.

11.5. Características jurídico-estructurales del contrato

El contrato de know how es consensual, oneroso, bilateral, conmutativo, principal. Puede ser de trato sucesivo si las prestaciones del licenciatario se pagan periódicamente durante el contrato; o puede ser de ejecución instantánea si se realiza un solo pago.

11.6. Derechos y obligaciones de las partes

11.6.1. Derechos del licenciante

1.- Percibir una contraprestación pecuniaria por parte del licenciatario.

2.- En doctrina se considera que el licenciatario tiene derecho a supervisar el cumplimiento de las estipulaciones del contrato, así como a utilizar sin cargo las modificaciones, mejoras o perfeccionamiento efectuados por el licenciatario.

11.6.2. Obligaciones del licenciatario

- 1.- Transferir al licenciatario los conocimientos técnicos que constituyen el objeto del contrato de know how.
- 2.- Brindar asistencia técnica al licenciatario.
- 3.- No contratar con un tercero, si se hubiere insertado la cláusula de exclusividad.
- 4.- Proporcionar al licenciatario materias primas, equipos o servicios, si así se ha estipulado en el contrato.

El Código de Comercio en el Art. 583 establece que: *Además de las estipuladas en el contrato, son obligaciones del licenciatario, las siguientes:*

- a) Poner a disposición del licenciatario todo el conocimiento que constituya y forme parte del know-how a transmitirse, es decir, dando a conocer las condiciones necesarias para explotar tanto el know-how material como intelectual.
- b) Entregar todos los objetos, así como aquella documentación técnica necesaria para la explotación del know-how, debiendo en todo caso pactarse en el contrato la forma de entrega de esta documentación, el plazo, la finalidad, y la forma de restitución de la misma a la finalización del contrato.
- c) Dar asistencia técnica o de capacitación al personal o trabajadores del beneficiario para de esa forma asegurar el uso y explotación del know-how.
- d) Facilitar al beneficiario, todos los medios para que pueda ejercitar plenamente el know-how.

Asimismo el licenciatario está obligado a no divulgar la información que forma parte del know-how.

11.6.3. Derechos del licenciatario

El licenciatario tiene derecho a exigir que el licenciante ponga a su disposición todo el conocimiento que constituya y forme parte del know-how, a que le entregue todos los objetos y documentación técnica necesaria para la explotación del know-how; que le brinde asistencia técnica y capacitación al personal o trabajadores del beneficiario; y, en general, tiene derecho a que el licenciante le facilite todos los medios para que pueda ejercitar plenamente el know-how.

11.6.4. Obligaciones del licenciatario

El Código de Comercio en el Art. 584 establece que: *Además de las estipulaciones en el contrato, son obligaciones del licenciatario, las siguientes:*

- a) Explotar el know-how en cumplimiento de las normas de calidad en la explotación del mismo;*
- b) No revelar la información protegida por el know-how transmitido, así como no otorgar licencias, ni ceder las mismas, sin autorización del licenciante;*
- c) Pagar puntualmente las regalías; y,*
- d) Una vez finalizado el plazo del contrato, el beneficiario deberá abstenerse en general de ostentar, o utilizar todo lo concerniente a la explotación del know-how, así como devolver la documentación pertinente.*

La obligación del licenciatario de proteger la información que forma parte del know-how que guarda con carácter confidencial está dirigida a impedir que dicha información, legítimamente bajo

el control del licenciatario, sea divulgada a terceros no autorizados para su uso, disfrute o explotación. Art. 579 C. de Com.

Al respecto, el Código de Comercio en el Art. 580 establece que: *No se protegerá la información que:*

- a) Sea del dominio público.
- b) Resulte evidente para un técnico versado en la materia con base en información previamente disponible.
- c) Deba ser divulgada por disposición legal u orden judicial.

En doctrina se considera que también son obligaciones del licenciatario: Comunicar al licenciatario el perfeccionamiento que el empleo del know how le ha producido, si es que en el contrato así se ha estipulado; así como facilitar al licenciatario las labores de supervisión.

Capítulo 12. LA EMPRESA CONJUNTA O JOINT-VENTURE

12.1. Antecedentes

Los comentaristas sostienen que el contrato de joint venture nace en Estados Unidos de Norte América, en el Siglo XVII. Surge ante la necesidad de las empresas de asociarse para compartir riesgos y operaciones por un tiempo determinado.

Últimamente ha cobrado gran importancia con el fenómeno de la globalización de la economía y la conveniencia de las grandes empresas de buscar y obtener nuevos mercados.

El Código de Comercio regula al contrato de Joint-Venture en el Capítulo Primero del Título Octavo La Colaboración

Empresarial, Libro Quinto De los Contratos Mercantiles (Arts. 585 a 600).

12.2. Concepto.- Naturaleza

El Código de Comercio en el Art. 585 define en los siguientes términos al Joint-Venture: *La Empresa Conjunta o Joint-Venture es un contrato de carácter asociativo, mediante el cual dos o más personas ya sean naturales o jurídicas convienen en explotar un negocio en común por un tiempo determinado, acordando participar en las utilidades resultantes del mismo, así como responder por las obligaciones contraídas y por las pérdidas.*

Sidney Bravo Melgar (ob cit pág 258) define así al Joint venture: “El joint venture es el contrato por el cual se unen, por cierto tiempo determinado o indeterminado, dos o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, sin formar ni crear una persona jurídica distinta de sus miembros, para participar de los resultados prósperos o adversos de una actividad económica, realizada en común, dividiéndose el trabajo, los riesgos y responsabilidades”.

El Joint-Venture constituye una asociación de empresas para la realización de un determinado proyecto mediante gestión compartida. Esta asociación puede tener dos formas: 1. societaria; 2. contractual. La cooperación puede darse en el ámbito comercial, financiero, técnico, tecnológico.

La cooperación puede darse entre empresas que realizan actividades similares, entonces se dice que la cooperación es “horizontal”; pero también la cooperación se da entre empresas que realizan actividades complementarias, entonces la cooperación es “vertical”. El Joint-Venture puede ser nacional e internacional. En este segundo caso una firma nacional se asocia con una extranjera.

Los partícipes en la operación de Joint-Venture pueden efectuar aportaciones como ocurre en las sociedades en general;

pueden contribuir para cubrir pérdidas; puede estipularse que determinadas obligaciones asumirá el Joint-Venture. En el contrato se especificará la participación de cada empresa, cómo dividir utilidades, cómo se asumirá las pérdidas, sobre la participación en la gestión.

El Joint-Venture es un contrato de asociación mediante el que dos o más empresas ponen algo en común para la realización de un proyecto o actividad determinado y dividirse los beneficios que resultaren de esta gestión compartida.

El Joint-Venture constituye una asociación empresarial temporal sin que se modifique la estructura jurídica de la sociedad o compañía, como ocurre en los casos de fusión y escisión de compañías.

El Joint-Venture consiste en un emprendimiento conjunto con riesgo compartido. No constituye sociedad con personalidad jurídica propia; no es sujeto de derechos por tanto.

12.3. Características Jurídico-Estructurales

El Joint-Venture es un contrato de carácter asociativo, solemne, principal, oneroso, de tracto sucesivo.

12.4. Elementos del Contrato

12.4.1. Elementos personales

En el Joint-Venture intervienen dos o más personas naturales o jurídicas como coasociados o partícipes.

12.4.2. Elementos reales

1.- Objeto.- Las declaraciones de voluntad de los coasociados están dirigidas a explotar un negocio en común y participar en las utilidades.

2.- **Fondo común.**- Existe un fondo común formado por el aporte de capitales de los partícipes; aunque cabe aclarar que no existe un patrimonio distinto al de sus coasociados.

3.- **Plazo.**- En el contrato se establecerá un plazo de duración.

4.- **Administración.**- En el contrato se establecerá la estructura de dirección, administración y control del Joint-Venture.

12.4.3. Elementos formales

El contrato de Joint-Venture se otorgará por escrito y en él se establecerán las normas relativas a control, dirección, representación, si la responsabilidad frente a terceros por los contratos que se celebran es solidaria o proporcional a sus aportes, a ciertas cuotas, plazo de duración, objeto o propósito.

12.5. Derechos y Obligaciones de las Partes.

Los derechos y obligaciones de las partes constarán en el contrato. Pueden ser relativos a:

- La entrega y pago de las aportaciones convenidas;
- La distribución de utilidades;
- Las pérdidas;
- Responsabilidad frente a terceros;
- Dirección, administración y control de la empresa.

El Código de Comercio en el Art. 590 establece la posibilidad de separación de un socio de la empresa conjunta, en los siguientes términos: *En el evento de que los partícipes del joint-venture no hubiesen cumplido con los compromisos adquiridos, sus co-asociados, salvo disposición contractual en contrario, podrán solicitarle su retiro sin perjuicio de exigirle el pago de los gastos u otros compromisos que ellos hubiesen tenido asumir mientras aquel formó parte de la asociación.*

12.6. Estructura de la Dirección, Administración y Control de la Empresa Conjunta

El Joint-Venture, para la toma de decisiones podrá tener órganos colectivos como consejos, directorios u otras formas similares, cuya conformación, atribuciones, deberes y responsabilidades se establecerán en el contrato.

Las decisiones de los órganos no eliminan la responsabilidad de los partícipes.

Para la administración del Joint-Venture las partes intervinientes designarán un apoderado especial. Este apoderado puede ser uno de los partícipes o un tercero. El poder se otorgará por escritura pública y se registrará en debida forma; debe entenderse en el Registro Mercantil.

Los actos del mandatario obligan a todos y cada uno de los partícipes del joint-venture en los términos del poder conferido: Art. 593 C. de Com.

Si no se hubiese designado mandatario, los actos del joint-venture deberán ser celebrados en conjunto por todos los partícipes.

12.7. Responsabilidad de los Coasociados

El Código de Comercio establece las siguientes reglas sobre la responsabilidad de los coasociados en el joint-venture:

1^a. Los intervinientes en una empresa conjunta o joint-venture responderán de manera solidaria en las pérdidas que arrojare la actividad. La solidaridad implica que el acreedor puede demandar el cobro de las obligaciones a todos los deudores solidarios en conjunto, a algunos o a uno de ellos por la totalidad de la obligación, sin que puedan oponer las excepciones de división, ni de orden o excusión.

Art. 587 C. de Com.

2^a. *Respecto de las acreencias y de las obligaciones, los partícipes de la empresa conjunta, salvo haberlo dado a conocer de forma diferente a aquellos con quienes hubiese celebrado contratos, responderán en forma solidaria, o, según el caso, actuarán como co-acreedores solidarios. Art. 588 C. de Com.*

3^a. *Las relaciones entre los participantes del joint-venture se regirán por lo dispuesto en el contrato que celebren. En caso de discrepancias los montos para compensaciones, reparaciones y otros arreglos similares, estarán en función de la inversión o inyección de capitales que cada uno de ellos hubiese efectuado a lo largo de la duración del joint-venture. Art. 589 C. de Com.*

4^a. *Cuando el mandatario actúe dolosamente en la ejecución de un joint-venture, obligará a los coasociados frente a los terceros, pero no en aquello que constituya una extralimitación del mandato que se le haya conferido. Art. 596 C. de Com.*

5^a. *Si la terminación del joint-venture acarreare responsabilidad por contratos que están pendientes de ejecución, los partícipes responderán solidariamente de la correcta y completa ejecución de dichos contratos. Art. 599 C. de Com.*

12.8. Disolución y liquidación de la empresa conjunta

La duración del contrato se sujeta al acuerdo de las partes; puede tener plazo determinado; puede ser a plazo indefinido; puede terminar cuando las partes así lo decidan.

En doctrina se concluye que la duración del contrato está sujeta a:

- a)* el tiempo necesario para la realización del proyecto;
- b)* al plazo que fijen las partes;
- c)* por el fallecimiento o extinción de uno de los contratantes;

d) por incumplimiento del aporte a la asociación, por uno o más contratantes

En todo caso, el contrato de joint-venture terminará por decisión de los partícipes.

En el caso de que los partícipes decidan dar por terminado el contrato de joint-venture deben notificar de su decisión a aquellas personas respecto de las cuales mantuviesen obligaciones o créditos pendientes.

En el instrumento privado en que conste la decisión de dar por terminado el contrato de joint-venture se detallarán minuciosamente las obligaciones pendientes de ejecución y los créditos pendientes de cobro. Art. 598 C de Com.

Cuando los partícipes deciden la terminación del joint-venture pueden designar a un liquidador de la empresa conjunta. El liquidador puede ser designado de entre los coasociados o puede ser un tercero; inclusive la calidad de liquidador puede recaer en el mandatario que los partícipes hubiesen designado.

La liquidación implica cobrar los créditos que existan a favor de la empresa conjunta, pagar las deudas y, de contar con un haber, repartirlo entre los partícipes. Art. 600 C. de Com.

12.9. Ventajas del contrato de Joint-Venture.

El contrato de joint-venture tiene las siguientes ventajas:

a) Propicia la ampliación de conocimientos tecnológicos y el aprovechamiento de recursos financieros, administrativos y comerciales;

b) Produce la ampliación del mercado para los bienes y servicios de la asociación;

c) Es una forma jurídica flexible, que se adapta a las diversas legislaciones nacionales y extranjeras;

d) Produce la entrada y uso de nuevas tecnologías en el país receptor.

Capítulo 13. CONTRATOS ATÍPICOS

Ante los avances tecnológicos y las grandes transformaciones de la economía mundial que han llevado a la globalización y con ello a la existencia de un mercado cada vez más competitivo, las empresas buscan los medios o mecanismos que les permitan producir y comercializar con éxito a través de la especialización, de las alianzas y de la innovación.

Esta situación y el infinito ingenio humano han generado el surgimiento de algunos contratos atípicos de cooperación empresarial, respecto a los cuales hacemos a continuación una breve descripción.

13.1. Contrato de Swap

13.1.1. Concepto

Sidney Bravo Melgar (ob cit pág 421) comenta que “Francisco Fuentes López afirma que se denomina Swap, en un sentido restringido, a una doble operación **de compra-venta** de divisas o de tipo de interés o de ambas, en virtud de la cual se compra en una fecha la misma cantidad que se vende en otra fecha prefijada y a cambios convenidos de antemano”.

“También se define a la <operación Swap> como un préstamo recíproco de dos monedas diferentes” Ibídem.

El swap es un contrato de futuro y particularmente constituye una negociación sobre futuros financieros

13.1.2. Elementos jurídico-estructurales

Sidney Bravo Melgar expone que “En sus orígenes, el contrato de Swap se celebraba generalmente entre dos empresas, actuando los bancos como mediadores entre ambas, aunque a veces actuaban como representantes indirectos, e ídem asumían los riesgos derivados del incumplimiento de una parte frente a la otra”. Continúa expresando que en la actualidad el contrato de Swap se celebra entre una empresa y un banco o entre dos bancos (ob cit pág 422).

“En conclusión, en el contrato de Swap hay dos partes con intereses similares, aunque con obligaciones diferentes, como dice la doctrina.

13.1.3. Objeto.- Clasificación

En doctrina se enseña que el objeto del contrato de Swap son los tipos de interés o los tipos de cambio de divisas; Y, de ello se desprende también que hay <swap de intereses> y <swap de divisas>; pueden ser mixtos: de intereses y divisas.

Sidney Bravo Melgar comenta que “Las empresas acuden al mercado de Swaps para realizar operaciones de cobertura de riesgos (Hedging) o de carácter negocial especulativo (Trading).

Sus motivos se pueden sintetizar en:

- a)* Cobertura de riesgo de cambio.
- b)* Cobertura de la volatilidad del tipo de interés.
- c)* Obtención de un mayor plazo de financiación.
- d)* Diversificación de la cartera de endeudamiento.
- e)* Obtención de oportunidades de mercado (Arbitraje).
- f)* Penetración de mercados inaccesibles. Ob cit pág. 423.

13.1.4. Características jurídico-estructurales

En doctrina se enseña que el contrato de Swap tiene las siguientes características: es principal, consensual, oneroso, sinalagmático, conmutativo.

13.1.5. Estructura cartular del Swap

La doctrina expone que el contrato de Swap debe contener cláusulas referentes a los siguientes aspectos: preámbulo, denominaciones, intercambios, condiciones previas, sistemas de pago, causas de resolución anticipada, declaraciones y garantías, casos de incumplimiento, convenios, moneda de sentencia, condiciones generales, gastos e impuestos, cesión de derechos, notificaciones, jurisdicción y ley aplicable.

13.2. Contrato de Pool

13.2.1. Concepto

Sidney Bravo Melgar expone que “Federico Videla Escalada, en su obra <Derecho Aeronáutico>, establece que los contratos de Pool son aquellos por los cuales dos o más empresas de transporte aéreo ponen en común sus esfuerzos a la explotación de servicios aéreos determinados y distribuyen los ingresos producidos por ella, vale decir conciernen sus elementos operativos para mejorar sus resultados mediante y a través de esa labor conjunta, recurriendo a diversas bases para la distribución de las utilidades obtenidas, como ha de ser la cantidad de asientos ofrecidos o utilizados, el tonelaje de las aeronaves utilizadas, el kilometraje recorrido etc” ob cit pág 443.

13.2.2. Naturaleza jurídica

El contrato de Pool es de carácter comercial. No se constituye una sociedad o tercera persona jurídica; las compañías que la integran conservan su autonomía. No existe la puesta en común de

bienes ni la aportación conjunta de bienes. Cada compañía opera por sus propios medios y por su cuenta.

13.2.3. Elementos integrantes del contrato de Pool

- 1.- El contrato de Pool se celebra entre empresas de navegación aérea.
- 2.- Tiene una duración temporal.
- 3.- Constituye una explotación mancomunada o conjunta.
- 4.- Existe un reparto del resultado económico de la explotación mancomunada.

13.2.4. Principales características de la finalidad económica del contrato de pool

- 1.- Los socios conservan su naturaleza jurídica independiente y la titularidad de la concesión administrativa de las líneas afectadas.
- 2.- Los horarios, frecuencias y tipo de aeronaves son establecidas de común acuerdo entre los socios.
- 3.- Cada compañía establece su comercialización con independencia de los otros socios. Pueden hacer acuerdos de publicidad conjunta.
- 4.- Los costos del servicio son asumidos por cada compañía.
- 5.- “La distribución de los ingresos de la explotación se realiza en estricta proporción a la producción ofrecida por cada parte con lo que desaparece la idea competitiva” Sidney Bravo Melgar, ob cit pág. 448.

13.3. Renting

Es un contrato a través del cual una de las partes concede a otra, que se constituye en arrendataria, el uso temporal de un bien mueble, por una determinada renta como contraprestación.

Este contrato, según se comenta en doctrina, tiene similitudes con el leasing, pero sin la opción de compra.

En el renting el arrendador no es el fabricante, sino un tercero.

Son elementos esenciales de este contrato: 1) la cesión del uso de un bien mueble; 2) el arrendamiento por un tiempo determinado; 3) la devolución al propietario del mueble al término del plazo; 4) el pago de una renta como contraprestación.

El contrato de renting tiene las siguientes características jurídico-estructurales: Es un contrato principal, comutativo, oneroso, consensual, atípico.

13.4. Engineering

“El contrato moderno de Engineering, es una operación mediante la cual una empresa especializada en la materia traspasa a cambio de una remuneración, a favor de un adquirente, ciertos conocimientos técnicos para elaborar un proyecto de estudio, o hace algunos suministros y, a veces, se encarga de la ejecución misma de la obra o instalación industrial, mediante la celebración de varios actos y contrato ligados entre sí para la consecución del fin económico y jurídico descrito” Bravo Melgar, Sidney, ob cit pág 461

En esta definición se comprenden dos modalidades:

1.- La empresa proporciona al cliente determinados estudios técnicos para el proyecto industrial o la ampliación y modernización de la empresa;

2.- La otra modalidad consiste en que la empresa de Engineering suministra ciertos conocimientos, estudios técnicos y se encarga de la ejecución del proyecto.

Entre los sistemas de ejecución del engineering, la doctrina menciona los siguientes:

1.- El sistema de contrato llave en mano, que consiste en que “la empresa de Engineering efectúa todas las operaciones técnicas necesarias para la construcción del establecimiento o instalación industrial y la entrega con plena capacidad de funcionamiento” Bravo Melgar, Sidney, ob cit pág 463.

2.- Sistema del contrato Producto en mano, es el que “Además de asumir las obligaciones propias del sistema llave en mano, puede comprometerse a garantizar que, después de terminadas las instalaciones, el personal del adquirente podrá hacerla funcionar y alcanzar los objetivos de producción convenidos, utilizando las materias primas y otros insumos indicados en el contrato” Bravo Melgar, Sidney, ob cit pág 463.

3.- Sistema de contrato mercado en mano.- “Esta modalidad implica que la empresa de Engineering proyecta, construye y vende una empresa totalmente terminada y en funcionamiento, garantizando además una proporción de mercado regional, nacional e internacional” Ibídem, pág. 464.

Son elementos esenciales de este contrato: tiene por objeto prestaciones intelectuales que pueden consistir en la cesión de conocimientos técnicos, la elaboración de estudios, planos y proyectos; la ejecución, entrega, instalación de obras civiles, plantas industriales, etc,

Son características jurídico-estructurales: Es un contrato principal, oneroso, comunitativo, consensual, atípico.

13.5. Countertrade

Es un contrato que tiene por objeto la exportación de equipos llave en mano para la fabricación de productos; y, a la vez la recompra de parte de la producción de esa fábrica, en ocasiones como parte de pago.

El autor Bravo Melgar, S, cita como ejemplo de este contrato que una “compañía japonesa, proporcionó una fábrica de automóviles en Suecia, aceptando como pago los coches producidos por ella” ob cit pág 471.

Son elementos esenciales de este contrato: 1) Implica exportación e importación de bienes; es decir tiene lugar entre un exportador y un importador; 2) el objeto del contrato es la venta de equipos para la fabricación de bienes y puede comprender también la recompra de la producción.

El contrato de countertrade tiene como características jurídico-estructurales: Es un contrato principal, oneroso, conmutativo, atípico, de trato sucesivo.

13.6. Management

Es un contrato cuyo objeto es la administración empresarial; y, consiste en que una empresa especializada (manager) asiste a la administración o administra la gestión de un negocio de otra persona, mediante la aplicación de estrategias, medios y técnicas propias, de administración y marketing, por una retribución determinada.

Como elementos principales del contrato de management tenemos los siguientes: 1) El contrato tiene por objeto entregar la administración de un negocio a una empresa especializada; 2) el negocio se puede integrar a una cadena de negocios de la rama y ser identificado con una marca de servicios o nombre comercial común.

El contrato de management tiene las siguientes características jurídico-estructurales: Es un contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, principal, atípico, de trato sucesivo.

13.7. Sponsorship

Es un contrato cuyo objeto es el auspicio o patrocinio publicitario, mediante el cual el patrocinado se compromete a colaborar en la publicidad de los productos del patrocinador, recibiendo como contraprestación una ayuda económica para la realización de su actividad artística, cultural, deportiva, etc.

En otras palabras, la esponsorización consiste en que una empresa (patrocinador) publicita sus productos en las actividades o espectáculos de carácter cultural, deportivo, social que realiza el patrocinado.

Entre los elementos principales del contrato se encuentran: 1) El patrocinador asume el costo total o parcial de las actividades del patrocinado, recibiendo como contraprestación la publicidad de sus productos en asociación con las actividades del patrocinado; 2) en este contrato el patrocinado no interviene como publicista profesional, sino que se obliga a presentar un producto en la realización de sus actividades.

Este contrato tiene como características jurídico-estructurales las siguientes: Es un contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, principal, atípico; puede ser de ejecución instantánea o eventualmente de trato sucesivo.

13.8. Merchandising

Según enseña Bravo Melgar, Sidney (ob cit pág 602), “Muchos autores conceptúan al Merchandising, de distintos modos, así para Grig y Bruel, este vocablo constituye el conjunto de técnicas que facilitan la comunicación entre fabricantes, distribuidor y consumidor en el punto de venta y a la vez potencian la venta del

producto. Ello significa que el Merchandising se halla conformado por todas las acciones de marketing realizadas en el punto de venta".

Este contrato se celebra entre dos partes: 1) La empresa titular de determinado producto o servicio, interesada en introducir en el mercado esos productos o servicios para lo que requiere promoción e identificación comercial. 2) El titular de derechos susceptibles de una explotación económica.

El merchandising es un contrato a través del cual el titular de un derecho susceptible de explotación económica, como su imagen, nombre, voz, sus creaciones, etc, autoriza o transfiere a otra persona la facultad de identificar sus productos o servicios con esos elementos personales.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la doctrina reconoce la siguiente clasificación del merchandising: 1) merchandising de marca; 2) merchandising de obra de autor; 3) merchandising de imagen.

De conformidad con lo dispuesto por el Código de Ingenios, Art. 165, los autores y demás titulares de derechos están facultados para disponer de sus derechos o autorizar las utilizaciones de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen y con sujeción a las normas del Libro III del Código de Ingenios.

El merchandising tiene como características jurídico-estructurales las siguientes: Es un contrato bilateral, consensual, oneroso, comunitativo, principal, atípico, de tracto sucesivo.

13.9. Contrato de Outsourcing

Para Bravo Melgar, S.(ob cit pág 765) "La globalidad, concepto perpetuo existente en el mundo económico, está dando un nuevo rumbo a una estrategia empresarial que requiere nuevas

alternativas para su implementación. Flexibilidad es la clave y el outsourcing una de las opciones”.

“El outsourcing se configura en la relación contractual existente entre un proveedor y un usuario, en la que el proveedor asume la responsabilidad de una o varias funciones relacionadas con las tecnologías de la información (IT). Generalmente la relación se caracteriza por la transferencia de ciertos activos (hardware), de cierto personal o de ambos por parte del proveedor externo. Para otros entendidos en el tema en tratamiento el outsourcing es la transferencia de todo o parte del trabajo de una empresa a otra externa mediante un contrato de servicios” Bravo Melgar, S. ob cit pág. 766.

La doctrina enseña que el contrato de outsourcing tiene como antecedente la subcontratación.

El autor antes citado manifiesta que un ejemplo de outsourcing “es el de la compañía Apple, fabricante de computadoras. Sabedora de que no podía ser la mejor en la fabricación de chips, ordenadores, monitores, cables, teclados, etc, para su afortunadísimo Apple II, Apple Computer hizo uso del outsourcing para el 70% de sus costes de fabricación y de sus componentes...” ob cit pág 767.

Son elementos esenciales del outsourcing: 1) el contrato posibilita la convergencia y aprovechamiento de las tres dimensiones que conllevan a una ventaja competitiva: la especialización, las alianzas e innovación; 2) permite a una empresa el uso estratégico de recursos externos; 3) constituye un medio para lograr una organización empresarial más dinámica e interconectada que le brinda más posibilidades para el éxito.

13.10. Forfaiting

Bravo Melgar, S. enseña que “El forfaiting es un sistema de financiación de operaciones de exportación. Consiste en el descuento por el exportador de las letras aceptadas o pagarés emitidos por el

importador como precio de lo exportado. El descuento se efectúa en un banco del país del exportador, mediante la venta del papel mercantil. El banco, a su vez, suele venderlos a una entidad financiera especializada; ambas partes estudian la solvencia del importador y del avalista, que suele ser un banco del país del importador. El descuento del también llamado papel forfaiting se desconecta del contrato base de exportación. Los vencimientos oscilan entre tres y seis años desde la fecha de emisión del efecto mercantil, cuyo valor no ha de ser inferior a una cuantía determinada (por ejemplo, veinte mil dólares). El coste varía entre el siete y el diez por ciento anual. Se trata, pues, de una especie de descuento internacional". Ob cit págs. 790-791.

Son elementos esenciales del contrato de forfaiting: 1) consiste en la venta de documentos financieros, con vencimientos de plazos medios, correspondientes al pago de bienes y/o servicios exportados, sin recurso alguno contra el exportador; 2) tiene lugar como consecuencia de un contrato de compraventa de bienes; 3) consiste en la compra de cartas de crédito de exportación y/o cobranzas avaladas. Bravo Melgar S, ob cit pág.789-791.

13.11. Forward

"Un Forward es un contrato bilateral y sinalagmático; comprende a dos partes; en virtud de este contrato se obliga al titular a la compra de un activo por un precio determinado en una fecha preestablecida" Bravo Melgar,S, ob cit pág 803.

La finalidad de los forward es prever y cubrir los riesgos que pueden generarse por fluctuaciones inesperadas en el precio de productos o en variables económicas, como el tipo de cambio monetario o en las tasas de interés activo. Por ello, en la práctica se dan dos modalidades:

1.- El **forward de divisas**, que es una transacción de cambio a futuro mediante el cual una institución se compromete a comprar o vender divisas a un tipo de cambio específico.

2.- **Forward Rate Agreement (FRA)**, que es un contrato mediante el cual las partes acuerdan el tipo de interés que se va a pagar sobre un depósito, con un vencimiento específico en una determinada fecha futura. Bravo Melgar, S., ob cit pág 804.

13.12. Confirming

El objeto de este contrato es el de establecer un servicio de gestión de pagos a los proveedores de una empresa, a través de una entidad financiera. El contrato se celebra entre la entidad financiera y la empresa cliente.

Como enseña la doctrina, la empresa que establece este servicio de pagos a sus proveedores mejora su imagen y confianza ante sus proveedores al estar avalados los pagos por una entidad financiera; evita los inconvenientes de la emisión y cobro de pagarés, cheques, letras de cambio. El proveedor por su parte puede cobrar sus facturas al contado, eliminando el riesgo de quedar impago.

“A diferencia del Factoring, el Confirming es un servicio de gestión de pagos y no un servicio de gestión de deudas” Bravo Melgar, S. ob cit pág 819.

Son elementos esenciales del confirming: 1) Es un servicio prestado por entidades financieras que consiste en la gestión de pagos a los proveedores de una empresa; 2) los proveedores tienen la posibilidad de cobrar sus facturas con anterioridad a la fecha de vencimiento.

Capítulo 14. CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

14.1. Normativa

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita en Viena el 11 de abril de 1980, se encuentra en vigor en el Ecuador desde el primero de febrero de 1993; la última codificación de la Convención se publicó en el R O-S 153 del 25 de noviembre del 2005.

14.2. Ámbito de aplicación de la Convención

La Convención regula los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Son tres los elementos esenciales que configuran a este contrato: 1) la compraventa; 2) el objeto del contrato son las mercaderías; 3) se destaca la internacionalidad del intercambio.

14.2.1. La compraventa.

La Convención no define a la compraventa que regula. En nuestra legislación, el C. Civil en el Art. 1732 define a la compraventa como “un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero”.

De lo dispuesto por el artículo 30 que establece la obligación del vendedor de entregar las mercaderías y transmitir su propiedad, así como de lo dispuesto por el artículo 53 de la Convención que establece la obligación del comprador de pagar el precio de las mercaderías, se deriva el concepto clásico de la compraventa.

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 3 de la Convención, se consideran compraventa los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas.

En opinión de Pilar Perales Viscasillas, los contratos que requieren producción, montaje y entrega se regulan en su integridad por el artículo 3.1 de la Convención. Ob cit pág 561.

El contrato queda excluido de la convención cuando el comprador proporciona una parte sustancial de las materias necesarias para esa manufactura o producción. En doctrina se discute sobre la interpretación del término sustancial; y, al respecto, Pilar Perales Viscasillas concluye que “una vez rechazado el criterio de la esencialidad, y barajando los otros dos posibles criterios, esto es, el económico, o cuantitativo, o una combinación, es preciso determinar la cuantificación exacta de lo que se entiende por sustancial”, ob cit pág. 549.

También quedan excluidos de la Convención los contratos en que se suministre mano de obra o prestación de servicios

14.2.2. Mercancías

La Convención se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías; esto es se refiere a bienes muebles. Por tanto, quedan excluidos los bienes inmuebles, los bienes incorporales como los créditos.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 2 de la Convención, quedan expresamente excluidas las compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico; es decir para consumo; también las compras que se realizan en subastas; las judiciales, las de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; la venta de buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves y electricidad.

Para la aplicación de la convención no se tendrá en cuenta el carácter civil o comercial de las partes o del contrato. Art. 1.3

14.2.3. Carácter internacional de la compraventa.

El carácter internacional de la compraventa se origina en el hecho de que el contrato se celebre entre partes que tienen establecimientos en Estados diferentes y cuando esos Estados sean contratantes, o las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Art. 1.

La Convención establece que no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por ellas antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Art. 1.2.

En el caso de que una de las partes tenga más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, debiendo tenerse presente las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Art. 10.

Si una o ambas partes carecen de establecimiento se tendrá en cuenta su residencia habitual Art. 10.

14.3. Qué aspectos del contrato regula la convención. Aplicación.

La Convención no regula todo lo atinente al contrato. El Art. 4 establece que la Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato.

La Convención no regula lo referente a la validez del contrato, ni de los usos, como tampoco lo atinente a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

Asimismo, la Convención no se aplica a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías. Art. 5.

En el contrato de compraventa internacional de mercaderías las partes podrán excluir la aplicación de la Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Art. 6.

14.4. Interpretación de la Convención y del contrato.

La Convención establece tres preceptos para su interpretación: 1) tener en cuenta su carácter internacional, 2) la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación; y, 3) la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Art. 7.1.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la Convención y que no estén expresamente resueltas en ésta, se dirimirán, en primer lugar, de conformidad con los principios generales de la Convención; y, a falta de estos principios, se hará uso del derecho nacional. Art. 7.2

El Art. 8 de la Convención establece tres reglas para la interpretación de los contratos:

1.- Las declaraciones de las partes deberán interpretarse conforme a su intención, cuando la otra parte la haya conocido o no haya podido ignorar esa intención.

2.- Si no fuere aplicable la regla anterior, las declaraciones de las partes “deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte”.

3.- En tercer lugar, “Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias

pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

14.5. Requisitos de forma

En lo que se refiere a requisitos de forma del contrato, la Convención establece las siguientes reglas:

1.- “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. Art. 11.

2.- De conformidad con lo dispuesto por el Art. 96, el Estado contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito, podrá declarar en cualquier momento que las disposiciones de la Convención autorizando una forma que no sea la escrita no se aplicarán en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

3.- “El artículo 12 dispone asimismo que las partes no podrán dejar de lado por mutuo acuerdo la exigencia de la forma escrita introducida por la declaración que autoriza el artículo 96” Lorenzetti, Ricardo L., ob cit tomo I, pág. 424.

Respecto a la modificación del contrato, el Art. 29 de la Convención establece las siguientes reglas:

1.- “1.- El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.

2.- Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará

vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos”.

14.6. Formación del contrato

La Segunda Parte de la Convención (artículos 14 al 24) regula la formación del contrato estableciendo reglas sobre la oferta y la aceptación.

En relación a la oferta se establecen las siguientes reglas:

1.- La oferta debe ser dirigida a una o varias personas determinadas, ser suficientemente precisa y debe indicar la intención de obligarse en caso de aceptación

La oferta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y de manera expresa o tácita señala cantidad y precio o prevé un medio para determinarlos.

2.- La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario. Según la doctrina, se adopta la teoría de la recepción.

3.- Se puede retirar la oferta, aun cuando sea irrevocable, si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

4.- La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si llega al destinatario antes de su aceptación; de lo contrario no surte efecto.

Sin embargo la oferta no puede ser revocada si está sujeta a plazo, o es irrevocable o si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

5.- “La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente” Art. 17.

Respecto a la aceptación de la oferta destacamos las siguientes reglas:

1.- En qué consiste la aceptación?. Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. Art. 18. La aceptación requiere de actos positivos, pues el silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2.- En qué momento se perfecciona el contrato?. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente; y, conforme lo establece el Art. 23, el contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta.

3.- El Art. 12 dispone que la aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

14.7. Obligaciones del vendedor y obligaciones del comprador

El vendedor está obligado a: 1) entregar las mercaderías; 2) transmitir (transferir) su propiedad, Y, 3) entregar los documentos pertinentes. Art. 30. La Convención regula los supuestos que se pueden dar respecto a cada uno de estos elementos.

En cuanto a la entrega de la mercadería el Art. 31 regula tres situaciones:

1.- Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de mercaderías (venta con expedición), la obligación de entrega del vendedor consistirá en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador.

2.- En la venta sin expedición, cuando el contrato versare sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas, y las partes sepan al momento de la celebración que esas mercaderías se encuentran o deben ser

elaboradas en un lugar determinado, la obligación de entrega por parte del vendedor consiste en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar.

3.- En los demás casos, la obligación del vendedor se cumple poniendo las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato

El Art. 33 determina los momentos en que debe cumplirse con la entrega de la mercadería, que puede ser en la fecha prevista, en el plazo que se haya determinado o pueda determinarse; en cualquier otro caso dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

La obligación principal del comprador es pagar el precio de las mercaderías, así como recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención. La obligación de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago. Arts. 53, 54.

En cuanto al lugar de pago, éste será el que establezcan las partes, o el establecimiento del vendedor, o el lugar en que se efectúe la entrega.

En relación al tiempo en que debe realizarse el pago, éste debe efectuarse cuando el vendedor ponga las mercaderías y los documentos correspondientes a disposición del comprador o en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la Convención.

14.8. Acciones por incumplimiento

14.8.1. Acciones del comprador en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor.

De acuerdo con la enseñanza de Ricardo Luis Lorenzetti, a estas acciones se las puede agrupar de la siguiente manera:

1.- “1) Acciones que persiguen la conservación del contrato:

a) El otorgamiento de un plazo de gracia para el cumplimiento de las obligaciones (art. 47.1), y,

b) El cumplimiento específico de la obligación (art. 46), cuando haya sido incumplida o cuando las obligaciones no han sido entregadas, o cuando han sido entregadas mercaderías defectuosos. En los dos últimos casos de incumplimiento parcial, el acreedor puede solicitar una reducción del precio (art. 50) sobre la parte no entregada (art. 51.1), o sobre la parte defectuosa (art. 50). También puede peticionar el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento parcial.

2.- Acciones que persiguen la terminación del contrato:

a) Resolución por incumplimiento esencial (art. 49.1);

b) Resolución por vencimiento de plazo de gracia (art. 49.1), y

c) Resolución anticipada por incumplimiento evidente (art. 71.1) y por declaración del vendedor (art. 72.3)

3.- Remedios que persiguen el saneamiento del perjuicio sufrido:

d) El pago de los daños (art. 45);

e) El ejercicio del derecho de retención sobre las mercaderías (art. 86), o sobre el precio de la venta (art. 88.3), y

f) El pago de los intereses por la suma adeudada (art. 78) o por el precio pagado (art. 84.1)" ob cit , tomo I, págs.. 436, 437.

En lo referente a derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, el Art. 45 de la Convención dispone:

1.- "1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

a) Ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52; y,

b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2.- El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

3.- Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia".

14.8.2. Acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.

En caso de incumplimiento por parte del comprador, el vendedor podrá:

1.- Fijar un plazo supletorio (plazo de gracia) para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumben. (art.63.1)

2.- Exigir al comprador el cumplimiento específico de sus obligaciones. (art.62)

- 3.- Exigir la indemnización de daños y perjuicios.
(art.61.1.b)
- 4.- Solicitar la resolución por incumplimiento esencial del contrato. (art.64)
- 5.- Solicitar la resolución por vencimiento del plazo suplementario o de gracia. (art.64)
- 6.- Solicitar la resolución anticipada. (art.72)
- 7.- Ejercitar el derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado. (art.85)
- 8.- Reclamar el pago de intereses. (art.78)

14.9. Resolución del contrato

La resolución del contrato de compraventa, ya sea por parte del comprador o del vendedor, procede si la parte que ha incumplido con las correspondientes obligaciones ha incurrido en incumplimiento esencial, el que, según lo define el artículo 25 de la Convención tiene lugar “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

El comprador puede declarar resuelto el contrato si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato. Igualmente, puede declarar la resolución, aunque no haya incumplimiento esencial, si el vendedor no cumplió con sus obligaciones en el plazo de gracia. Puede perderse el derecho a la resolución si no se lo ejercita en un plazo razonable. Art. 49

Según lo dispuesto en el artículo 64 de la Convención, el vendedor puede declarar resuelto el contrato si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato. Asimismo, puede el vendedor declarar la resolución del contrato, aun cuando el incumplimiento no sea esencial, si el comprador no cumple sus obligaciones dentro del plazo de suplementario de gracia. Este derecho debe ejercerlo dentro de un plazo razonable.

Procede también la resolución del contrato en las ventas con entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega; en este caso, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega. Art. 73.

El Art. 72 de la Convención contempla la posibilidad de declarar resolución del contrato en forma anticipada, al disponer:

1.- “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2.- Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3.- Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”.

Respecto a la resolución anticipada del contrato de compraventa, Ricardo Luis Lorenzetti comenta que “Resulta complejo encontrar un fundamento claro a la regla por la cual se configura un incumplimiento antes de que sea obligatorio cumplir…

Desde nuestro punto de vista –dice Lorenzetti–, el fundamento debe situarse en el acreedor: es una acción preventiva que se concede a la parte cumplidora, puesto que no tendría sentido obligarla a seguir cumpliendo cuando la parte contraria no lo hará” ob cit tomo I, pág. 444.

14.10. Indemnización de daños y perjuicios

La Convención en el Art. 74 dispone: “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya ocurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya ocurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.

La indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante y se aplica al incumplimiento esencial o no esencial de cualquier obligación.

La Convención en el Art. 77 consagra el deber de colaboración del acreedor para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. “Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

En el caso de que una parte no paga el precio o cualquiera otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, esto sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios. Es decir que, la indemnización de daños y perjuicios puede comprender también el pago de intereses, conforme a lo dispuesto en el Art. 78.

La Convención en el Art. 84 establece que si el vendedor estuviere obligado a devolver el precio deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

Para Jorge Oviedo Albán “la indemnización de perjuicios para el perjudicado por el incumplimiento del contrato regulada en el artículo 74 de la Convención, no está limitada a eventos en que el vendedor conocía o debía conocer y no declaró.

Así entonces, no se justifica la regulación de los saneamientos, como el de vicios ocultos, toda vez que en los instrumentos modernos de contratación, la presencia de tales defectos ocultos en la cosa constituye una de las situaciones que constituyen incumplimiento de las obligaciones del vendedor y por ello, se reitera, acogen un sistema unitario de remedios sobre la base de la falta de conformidad, al entender al incumplimiento de una forma amplia como toda desviación del programa contractual que no se reduce al contenido prestacional manifestado en dar o hacer referido a la falta de entrega de la cosa y del precio, sino que abarca también el cumplimiento defectuoso o tardío, tal como aparece concebido en el artículo 7.1.1 de los Principios de UNIDROIT...” ob cit pág. 157-158. Por lo expuesto, el sistema unitario en caso de incumplimiento de contrato comprende: 1) el no cumplimiento de las obligaciones; 2) el cumplimiento tardío; y, 3) el cumplimiento defectuoso de las prestaciones.

14.11. Los Incoterms (International Commerce Terms)

Los incoterms son términos diseñados por la Cámara de Comercio Internacional de París en 1936 para su utilización en operaciones internacionales de compraventa. La última versión ha sido realizada en 1990.

Para Aníbal Sienralta Ríos, citado por Aldo Eduardo León, “La finalidad esencial de Los Incoterms es determinar claramente

el punto en que una de las partes transmite el riesgo a la otra, a fin de garantizar el derecho de pago y el de libre disposición de las mercaderías. Definen la responsabilidad de los contratantes y el lugar físico de su cumplimiento de una forma simple y segura, eliminando cualquier zona gris en la entrega o puesta a disposición de las mercaderías”, ob cit pág. 440.

A continuación hacemos una referencia breve a los términos usados con mayor frecuencia:

1.- EXW (Ex Works). En Fábrica

Significa que la única obligación del vendedor es poner a disposición las mercaderías en su fábrica o local, sin obligarse a su carga y transporte.

2.- FAS (Free Along Side Ship). Franco al Costado del Buque

Este término implica que el vendedor tiene la obligación de poner las mercaderías al costado del buque, sin asumir responsabilidad de carga.

3.- FOB (Free on Board). Franco a Bordo

El vendedor se obliga a entregar las mercaderías a bordo de la embarcación; es decir cargadas en el buque.

4.- CIF (cost, insurance and freight). Costo, seguro y flete

Este término implica que el vendedor asume la obligación de entregar la mercadería en el puerto de embarque, pagar los costos y fletes correspondientes para llevar la mercadería al punto de destino acordado con el comprador; así como asegurar las mercaderías y pagar la prima.

5.- DEQ (delivered ex quay). Entregado en muelle

El vendedor se obliga a entregar las mercaderías en el muelle designado por el comprador, así como a pagar los gastos y fletes que ello conlleva.

6.- DES (Ex ship o delivered ex ship). Sobre Embarque o a bordo

El vendedor se obliga a poner las mercaderías a bordo del buque, asumiendo responsabilidad hasta su llegada al puerto de destino acordado con el comprador. Aldo Eduardo León, ob cit pág. 440-441.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

Código Civil

Código de Comercio: R.O.-S-497 de 29 de mayo de 2019.

Código Orgánico Monetario y Financiero

Ley de Mercado de Valores

Código Orgánico General de Procesos

Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos (R.O.-S-517 de 26 de junio de 2019)

Código Orgánico Integral Penal

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación -Código de Ingenios-

Ley de Compañías

Ley de Propiedad Horizontal

Ley de Concurso Preventivo

Aguirre Guzmán, Vanesa. Tutela Jurisdiccional del Crédito en Ecuador. Quito, Ediciones Legales, 2012.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. DERECHO CIVIL.- Tomo IV FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. Santiago, Editorial Nascimento, 1.942.

Alvarez-Correa D Eduardo. CONTRATOS BANCARIOS. Bogotá, Universidad de los Andes, 1991.

Andrade Ubidia, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano, Tomo I y II. 2da. Edición. Quito, Ediciones Legales, 2004.

Bacre, Aldo. Ejecución de sentencia. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2010.

Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Decimaséptima edición, Bogotá, Librería del Profesional, 2008.

Bravo Melgar, Sidney Alex. Contratos Modernos Empresariales. Lima, Ediciones Legales, 2016.

Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, 2 tomos, 16^a. Edición a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

Claro Solar, Luis. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO. TOMO DECIMO. DE LAS OBLIGACIONES I Y II. Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1.936.

Díaz Bravo, Arturo, en: LEASING o Arrendamiento Mercantil. Quito, Superintendencia de Compañías, 1994.

Díaz Bravo, Arturo, en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI, tomo IV, vol. 1. Bogotá, Editorial Temis, 2010.

Durán Díaz, Oscar Jorge. Los Títulos de Crédito Electrónicos-su desmaterialización. México, Editorial Porrúa, 2009.

Escobar Gil, Rodrigo.- En: LEASING, Superintendencia de Compañías, Quito, 1994.

Espinosa M. Galo Dr.-DICCIÓNARIO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-Quito, Don Bosco, 1983.

Etcheverry, Raúl Aníbal, en: Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial IV edición. Quito, Corte Nacional de Justicia, 2016.

Laurent, F. PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL.- Tomo 17. Puebla, Editor B. Gutiérrez, 1914.

León, Aldo Eduardo, en: Derecho Mercantil, Asunción, LA LEY, 2010.

López de Goicochea Francisco.- LA LETRA DE CAMBIO.- México, Editorial Porrúa S.A., 1.974, 4a. edic.

Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos, 3 tomos. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

Meza Barros, Ramón.- MANUAL DE DERECHO CIVIL. DE LAS OBLIGACIONES. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1.963.

Morales Casas Francisco. FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD Y LOS NEGOCIOS BANCARIOS. Bogotá, Ediciones Jurídica Radar, 1991.

Orbe C. Héctor F. Dr.-LA LETRA DE CAMBIO EL PAGARE A LA ORDEN Y EL CHEQUE EN LA REALIDAD PROCESAL ECUATORIANA.- Imprenta Editorial, 1976.

Oviedo Albán, Jorge. Derecho Privado y Globalización, Tomo 3, CONTRATOS. Bogotá, Ibañez, 2008.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge.- TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. Tomo Séptimo. LAS OBLIGACIONES (Segunda Parte). La Habana, Cultural S.A., s.f. Traducción española de Mario Díaz Cruz.

Pothier, Robert Joseph. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1.961.

Remolina Angarita, Nelson, en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI, tomo IV, vol. 2. Bogotá, Editorial Temis, 2010.

Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios, 5^a. Edición. Bogotá, Legis Editores, 2004.

Rodríguez Rodríguez Joaquín. DERECHO MERCANTIL,
TOMO I. México, Editorial Porrúa, 1974, 11a. edición.

Trujillo Calle Bernardo.- DE LOS TITULOS VALORES.-
Bogotá, Editorial el Foro de la Justicia, 1985, 6a. edición.

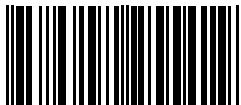
Valencia Zea, Arturo. DERECHO CIVIL. Tomo III. DE LAS
OBLIGACIONES. Cuarta Edición. Bogotá, Editorial Temis, 1974

Vega Vega, José Antonio. Derecho Mercantil Electrónico.
Madrid, Editorial Reus, 2015.

Zavala Baquerizo Jorge Dr.-DELITOS CONTRA LA FE
PUBLICA.- Guayaquil, EDINO, 1993



ISBN: 978-9942-25-541-9



9 789942 255419