



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“NATURALEZA JURIDICA DE LA FIGURA DEL CONSORCIO EN EL
SISTEMA JURIDICO ECUATORIANO”

Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de

“Abogado de los Tribunales de Justicia de la República”

Autor:

Mateo José Cabrera Gaibor.

Director:

Dr. Olmedo Piedra Andrade.

Cuenca – Ecuador

2020

Tabla de contenido

Resumen	1
Introducción	3
CAPÍTULO I.....	7
Antecedentes de la figura jurídica del Consorcio en el Ecuador	7
1. Generalidades y concepto.....	7
2. Naturaleza Jurídica.	13
3. Teorías de la Personalidad Jurídica.	15
4. Elementos y Características.....	25
5. Tipos de Consorcios.	27
CAPITULO II	31
La figura jurídica del Consorcio en la legislación comparada.	31
1. Perú.	32
2. Argentina	40
3. Colombia.....	46
CAPITULO III.....	56
Naturaleza Jurídica del Consorcio en el Ecuador a partir de la última reforma al Código de Comercio, Registro Oficial No.497, fecha 29 de mayo de 2019.....	56

1. Generalidades	56
2. Concepto.....	57
3. Requisitos	62
4. Marco Jurídico.....	66
5. Elementos y Características:.....	75
6. Personalidad Jurídica.....	78
CAPITULO IV.....	82
Responsabilidad de los Consorcios frente a terceros	82
1. Responsabilidad Civil.....	82
2. Responsabilidad Contractual.....	90
3. Responsabilidad extracontractual.....	110
4.Responsabilidad contractual y extra contractual	125
CAPÍTULO V	135
Conclusiones.....	135
Bibliografía	214

Resumen

El objetivo del presente trabajo conlleva al estudio del contrato de consorcio desde una visión en la legislación ecuatoriana, ya que se tiene presente que se ha llevado a un cambio fundamental de dicha figura, un modelo contractual antes atípico; presentaba un vacío legal, referente a su estructura jurídica, así como también sobre la personalidad jurídica, llegando a ser debatido por varios tratadistas sin consenso alguno en el plano local, respecto de si estos contratos constituían o no personas jurídicas; eran capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones, inclusive asemejándole a un contrato de sociedad Civil. Sin embargo, actualmente se encuentra regulado en el recién expedido Código de Comercio, donde se establece sus distintos elementos, características, personalidad jurídica; responsabilidad contractual como extracontractual, que en contexto traen consigo seguridad jurídica para quienes integran un consorcio, como para sus acreedores.

En definitiva, un modelo contractual recientemente reconocido, donde el legislador ha procurado aparte de solventar el vacío legal en el Ecuador, regular una necesidad de una figura contractual actualmente empleada en el sector de la pequeña y mediana empresa como modelo eficaz en temas de operatividad y eficientes en el desarrollo de proyectos. Por ello es preciso analizar los efectos legales.

Abstract

This work's objective involves the study of the consortium contract from the Ecuadorian legislation point of view since it's known that a fundamental change has taken place regarding this legal figure, which was a former atypical contract model. This figure showed a legal void regarding its law structure and legal existence. This caused several debates by many scholars in the local field without reaching any consensus on whether these contracts created a legal entity in the eyes of the law or not; if they were capable of acquiring rights and obligations. It was even compared to a civil society contract. However, nowadays it's regulated in the newly issued Code of Commerce, where its different elements, characteristics, legal existence, contractual and non contractual liability are established, which brings law confidence for those who form a consortium, as well as for their creditors. In summary, a recently acknowledged contract model, where the legislator has procured not only to solve a legal void in Ecuador, but also to regulate a necessity for a contract figure currently used by small and medium companies as an efficient model for performance and effective project development. Therefore, it's accurate to analyze the legal ramifications.



Translated by



Mateo Cabrera

Introducción

La presente disertación hace referencia al tema del contrato de consorcio en la legislación ecuatoriana, recientemente recogido en el ya promulgado Código de Comercio; constituye un modelo contractual empresarial, de carácter eminentemente privado, que consiste en un acuerdo entre dos o más personas sean estas naturales, jurídicas o empresas, con la finalidad de unir esfuerzos y conocimientos, optimizando una actividad económica, a su vez aportando eficacia y eficiencia operativa en el desarrollo de distintos proyectos.

El consorcio empresarial resulta una alternativa a la que recurren muchos empresarios que se dedican a una misma actividad económica u otra complementaria, para conformar una organización en común y así mejorar el desempeño de sus integrantes de manera conjunta.

En la legislación vigente se reconoce a un contrato de características consensual, que se constituye con la sola voluntad de quienes están interesados en la conformación del consorcio; solemne por el hecho que su constitución se deberá realizar mediante escritura pública; plurilateral ya que lo que recoge la norma son figuras contractuales conformado por varios sujetos, dos o más personas naturales, jurídicas o empresas.

Por otra parte, no se hace mención respecto de la temporalidad de estos contratos, cabe mencionar que el Código de Comercio establece que el objeto del contrato estará encaminado a las actividades que devengan de un contrato, proyecto o concurso, por cuanto se creería que una vez concluido, el consorcio se entendería disuelto, sin embargo, la ley no hace referencia a este tema.

Los modelos contractuales de agrupaciones empresariales como los consorcios constituyen figuras de cooperación inter empresarial que tiene como objetivo mejorar la gestión, la productividad y la competitividad de sus participantes, sin embargo en este tipo de contratos no se habla de un asociación propiamente ya que la voluntad de quienes integran los consorcios no está encaminada al *animus societas* como lo es en el caso de un contrato de sociedad civil, si no como ya se lo ha mencionado, únicamente tienen esa voluntad de unir esfuerzos y

conocimientos, optimizando una actividad económica, no constituyen personalidad jurídica por cuanto su naturaleza es eminentemente contractual.

El interés que responde el estudio de la figura del consorcio en la legislación ecuatoriana va dirigida a discurrir el panorama legal y sus distintos efectos jurídicos a consecuencia de su reconocimiento en el Código de Comercio, con lo cual lleve a la comprensión desde su conformación, así como también los respectivos elementos de fondo y forma necesarios para su validez y vigencia que delimitan la naturaleza de este contrato; de igual manera será importante determinar los efectos jurídicos en materia de responsabilidad que reconoce el actual Código de Comercio y que deba hacer frente la figura del consorcio ante sus acreedores, determinando así un panorama legal claro en materia de obligaciones, todo desde una óptica profesional así como también académica.

La metodología empleada en el presente trabajo se determina por un análisis desde una revisión en la legislación ecuatoriana, que cuenta con el pronunciamiento de varios tratadistas, académicos, profesionales del derecho que han hecho alusión al tema del contrato de consorcio, inclusive existe un pronunciamiento por parte de la Ex Corte Provincial del Azuay donde se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de los consorcios en la legislación ecuatoriana. Cabe mencionar que anterior a la entrada en vigencia del actual Código de Comercio el criterio expuesto sobre los consorcios era dividido sin llegar a consensuar tanto en la práctica como en la doctrina sobre la verdadera naturaleza jurídica de este contrato,

Por otra parte, se ha propuesto una revisión a la legislación comparada con la finalidad de observar el tratamiento que se emplea a este tipo de figuras contractuales, así como su regulación, sus efectos jurídicos con la finalidad de contrastar con la realidad vigente en el Ecuador en el tema referente al contrato de consorcio.

Por lo tanto, se ha propuesto la división del trabajo en cinco capítulos direccionados a comprender la naturaleza jurídica del consorcio, su estructura normativa y de cómo se entienden actualmente regulados estos contratos en la legislación ecuatoriana; así por otro lado sus distintos efectos jurídicos. Primer capítulo aborda el tema sobre los antecedentes de la figura del consorcio en el Ecuador, como se

reconocida dicha figura antes de la entrada en vigencia del actual Código de Comercio, que se proponía sobre su naturaleza jurídica elementos y características.

Cabe mencionar que anteriormente antes de la entrada en vigencia del Código de Comercio, no existía una norma legal que determine la naturaleza jurídica del consorcio, dejando la puerta abierta a diversas interpretaciones al respecto, llevando a la práctica a libre disposición de una fusión de elementos de diferentes contratos como el de un contrato de sociedad civil, y que eran empleados, ya sea por beneficio propio o por desconocimiento de las partes, lo cual trajo problemas generando una inseguridad jurídica en la atmosfera de este contrato.

En el capítulo dos, se aborda el tema dentro de la legislación comparada entre ellos Perú, Argentina y Colombia; se ha tomado como referencia por la importancia y el realce que tienen estas legislaciones en materia mercantil, dejando ver el marco jurídico del consorcio, su definición y la respectiva naturaleza jurídica que es propicio para comprender el alcance y la naturaleza de este contrato en estos países y con ello contrastar con lo hoy vigente en el Código de Comercio en referencia al contrato de consorcio en el Ecuador y con ello determinar sus diferencias o similitudes en cuanto al panorama legal y al tratamiento de este contrato entre estas legislaciones.

En los capítulos tres y cuatro el análisis se centra efectivamente, en la naturaleza jurídica del consorcio en el Ecuador a partir de la última reforma al Código de Comercio, Registro Oficial No. 497 de fecha 29 de mayo de 2019, el cual consta en siete artículos, en el título octavo, capítulo segundo donde se recoge sus distintas generalidades, así como su concepto, requisitos legales establecidos para su conformación que determinaran su vigencia y validez; así también referente al tema de su naturaleza jurídica como elementos y características.

Por otra parte, un cuarto capítulo dirigido específicamente materia de responsabilidad, porque de lo que se vislumbra en la normativa vigente se hace referencia a la posibilidad de responder al acuerdo consorcial, frente a un posible panorama de obligaciones tanto contractual como extracontractualmente y efectivamente resulta preciso revisarlo y profundizar aquello a detalle por la importancia del mismo.

Sin embargo la manera de emplear los distintos mecanismos legales, legítimos, es lo que nos atiende en la parte final, a efectos de materializar y determinar la responsabilidad de las obligaciones del consorcio frente a terceros, puesto que una parte comprende el planteamiento de la demanda dirigida a un consorcio en la que saltan varios cuestionamientos, como el tema de competencia del juez; citaciones; designación de un procurador, etcétera; por otro lado en fase de ejecución el acreedor, a quien puede o deberá ejecutar las obligaciones.

CAPÍTULO I

Antecedentes de la figura jurídica del Consorcio en el Ecuador

1. Generalidades y concepto

En el Ecuador hasta antes del 29 de mayo de 2019, fecha en la que se promulgó en el Registro Oficial No. 497 el nuevo Código de Comercio, no existía un cuerpo normativo que desarrolle o a su vez recoja el concepto de consorcio, así como su respectiva naturaleza jurídica. Si bien se lo anunciaba en diferentes leyes o reglamentos, únicamente en la esfera del Derecho Público se daba un acercamiento hacia esta figura, que era poco clara y ambigua, y no se mencionaba nada respecto de su naturaleza jurídica; esto derivó en un debate para analizar la naturaleza jurídica de esta forma contractual atípica en el sistema jurídico ecuatoriano. En el Derecho Privado, el Código Civil no hace referencia al Consorcio, lo que generaba un vacío legal frente a este contrato.

Como resultado del vacío legal generado en el sistema jurídico ecuatoriano en relación al consorcio, se trajo una incompreensión frente a este contrato, por un lado se manifestó un razonamiento apegado al criterio de que se trata de una figura eminentemente contractual, donde las partes únicamente atienden a lo estipulado, constituyendo a su vez cuantos derechos y obligaciones correspondan entre consorciados por lo que no provoca la creación de un nuevo ente jurídico; mientras que otra parte de la doctrina manifestaba su discrepancia respecto de la tesis número uno en el que señalaban que el Consorcio se trata de un contrato que se asemeja a un tipo de sociedad, ya que los elementos que lo constituyen son semejantes con los cuales se conforman el contrato de sociedad reconocido en el sistema ecuatoriano según el Código Civil, por ende, el efecto jurídico que trae consigo fue que el consorcio constituye personalidad jurídica al momento de su conformación, es decir; da origen a una persona jurídica autónoma e independiente de los sujetos consorciados capaz de adquirir derechos cuanto de contraer obligaciones.

El vacío que representaba esta figura, no era únicamente el tema de la naturaleza jurídica si no a su vez abarcaba el tema del concepto que no reconocía el sistema

jurídico ecuatoriano, peor aún un marco jurídico; se optó en todo caso frente a este vacío legal, analizar a esta forma contractual apegados al criterio propuesto por la doctrina y la jurisprudencia como a su vez la legislación comparada que gran aporte trajo en tema de discusión al momento de analizar en el Ecuador al consorcio, como una figura nueva y contemporánea en los nuevos modelos de gestión y colaboración empresarial.

Pues bien si partimos de un desarrollo como antecedente del tratamiento que se le empezó a dar a la figura del consorcio dentro del Ecuador, se puede hacer alusión en un primer plano dentro de la esfera del Derecho Público como una rama del Derecho que viene a regular, mediante un compuesto de normas, las relaciones jurídicas entre individuos o entidades de carácter privado con los distintos órganos que representan al Estado, las mismas que son de carácter imperativo entre este vínculo de lo público y lo privado, donde como ya se lo manifestó en el párrafo anterior se dan ciertos lineamientos y la forma de conformación en referencia de este contrato, que como se observa, lo recoge el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, norma de carácter orgánico en la pirámide de la jerarquía normativa, y establece que los consorcios serán entidades dotadas de personalidad jurídica, es decir la ley les dota de capacidad para adquirir derechos cuanto contraer obligaciones.

Artículo 285 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece que las mancomunidades y los consorcios podrán frente a la ley conformarse, *“con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración, en los términos establecidos en la Constitución y de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en este Código.”*¹, además afirma el artículo siguiente de la misma ley artículo 286 que *“Las mancomunidades y consorcios son entidades de derecho público con personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines específicos determinados de manera expresa en el convenio de creación.”*². Como se puede observar en este contexto el panorama de la figura del consorcio en base a esta ley, señala expresamente que se trata de una figura dotada de personalidad jurídica, con

¹ Código Orgánico de Organización Territorial y Autónoma y Descentralización. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre del 2010.

² Código Orgánico de Organización Territorial y Autónoma y Descentralización. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre del 2010.

respectiva autonomía tanto administrativa como financiera por lo que a simple vista no genera mayor conflicto en referencia a su estructura normativa, ya que al afirmar que el consorcio posee personalidad jurídica los efectos legales y jurídicos van encaminados a lo que señala la ley en tema de responsabilidades, personalidad jurídica, dotándole además de la capacidad de adquirir derechos cuanto de contraer obligaciones y a su vez de ser representado judicialmente a la cabeza de un representante legal, esto en el ámbito del Derecho Público. Por lo tanto, no existe disquisición en cuanto a la naturaleza jurídica y las normas aplicables para su conformación.

Otro de los cuerpos de ley que reconoce a la figura del consorcio en el ámbito público es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 26 que establece la capacidad como oferentes para participar dentro de los procesos de contratación con el estado; *“En los procedimientos a los que se refiere esta Ley los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio.”*³ La misma norma recoge en varios de los artículos siguientes los distintos requisitos de formalidad para la conformación y la presentación en estos procesos contractuales con el Estado, con los que deberá cumplir el consorcio que como requisito previo señala se lo realizará mediante escritura pública en la que deberá constar la designación de un representante legal según el artículo 3 literal d) de la *“Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública INCOP No 046-2010 para el Registro Único de Proveedores en Contratación Pública.”*⁴

Siguiendo con el detalle de los distintos cuerpos legales, que reconocen al consorcio, se encuentra de la misma manera como simple nominación, el artículo 124 de la *“Ley de Economía Popular y Solidaria,”*⁵ en el cual incluyen a los consorcios como medio alternativo para constituir una integración económica dentro de distintos negocios en conjunto.

Como se puede apreciar dentro de las leyes citadas no definen al contrato de consorcio con excepción del (COOTAD), que establece incluso la naturaleza

³ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto del 2008

⁴ Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública INCOP No 046-2010 para el Registro Único de Proveedores en Contratación Pública

⁵ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Registro Oficial 444 de 10 mayo del 2011

jurídica de esta figura contractual; sin embargo en las demás leyes se generaba cierta ambigüedad por el hecho únicamente de mencionarlo o clasificarlo al consorcio como figuras jurídicas que reconoce el sistema jurídico ecuatoriano, sin una normativa expresa y poco menos sin establecer un concepto claro y pertinente de esta figura jurídica, que es a lo que ha llevado hasta antes de la promulgación del nuevo Código de Comercio el tratamiento del consorcio en base a estos diversos vacíos que presentaba la ley en referencia a la naturaleza jurídica, generando una inseguridad jurídica tanto entre quienes lo conformaban como a sus acreedores.

Como resultado frente al vacío normativo que se presentaba respecto a la naturaleza jurídica del consorcio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tal situación llevó a varios tratadistas a discutir sobre este tema y sostenían que el consorcio tiene la característica de ser una figura atípica, es decir que no se encuentra conceptualizada ni definida, partiendo de que no existía una normativa específica en la que se indique las características esenciales, elementos de fondo y forma o a su vez la manera de entenderse estructurado, puesto que únicamente la manera que se desarrollaba este contrato era en base a la práctica. Citando en palabras de Rodrigo Jijón Letort, se podía observar que el criterio iba apegado en torno al vacío legal existente de la figura del consorcio manifestando que: “...*al no existir una definición legal que zanje cualquier divergencia, todos quienes han tenido que aplicar en la práctica este concepto del consorcio lo han interpretado a su manera.*”⁶, era clara la postura de este tratadista.

Como reitero, lo único que se generó es un vacío normativo debido a la ausencia de reglamentación legislativa, por ello, era necesario encuadrar jurídicamente la figura del consorcio, lo cual, con la promulgación del nuevo Código de Comercio, fue fundamental, normarlo para evitar la inseguridad jurídica en la atmosfera que giraba en torno a este contrato y para conocer a su vez régimen al que deberán sujetarse los consorcios en el Ecuador actualmente.

Es importante dentro de este marco de investigación, como antecedente establecer las distintas definiciones de las cuales se tomó referencia en algún momento, con la intención de analizar la atipicidad de esta figura, como a su vez la naturaleza

⁶ Rodrigo Jijón. *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador*. Tesis de Grado Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1982, p. 4.

jurídica, elementos y características, encuadrando una idea de cómo se recogía a este contrato en el criterio de distintos tratadistas. Lo que cabe hacer hincapié de la importancia y la necesidad de contar un concepto que delimite una figura contractual, garantiza la debida aplicación de la regla sobre las que se conforma como a su vez a las que se entendería obligado con ello evitaría acarrear inseguridad jurídica, que en algunos de los casos se puede ver traducida en un uso inadecuado de la denominación de este contrato y otros caracteres de que atentan contra su propia naturaleza.

La real academia de la lengua española conceptualiza al consorcio como: “1. participación y comunicación de una misma suerte con una o varias personas. 2. Unión o compañías de quienes viven juntos principalmente los cónyuges 3. Agrupación de entidades para negocios importantes.”⁷ Como se observa, de los tres conceptos, la que más se relaciona en materia del consorcio es la última, entiéndase por consorcio como la agrupación de entidades de varias personas naturales o jurídicas que sin duda miran una finalidad primordial.

El tratadista José Ignacio Narváez menciona que los consorcios constituyen “...la asociación de dos o más empresarios que desarrollan una misma actividad económica o actividades conexas o complementarias, para explotar un determinado negocio bajo una organización común que no absorbe ni interfiere la de cada uno de los asociados ni su independencia jurídica o económica.”⁸ La postura del tratadista es clara, define con cierta autonomía el rol activo de los sujetos consorciados.

STANCANELLI citado textualmente del texto “*El Consorcio como Institución Jurídica*” el consorcio: “...es un instrumento que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para el desarrollo en común de cierta actividad, que consistiría en la realización de obras o en la prestación de determinados servicios a través de la asociación de los sujetos interesados en tales resultados...”⁹. Asimismo, Francesco Messineo apunta que “...el consorcio tiende a disciplinar la

⁷ Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). web 21/5/20. Consultado en: <https://dle.rae.es/consorcio?m=form>.

⁸ NARVAEZ, José Ignacio. *La Asociación por partes de Interés en Colombia*. Bogotá, Legis Editores, 1983. Citado en Roberto Caizahuano. “Consorcio” Pág. 187

⁹ Mateo Ramon. *El consorcio como institución jurídica*. España: Editorial CEPC, 1970, p.11

actividad económica de una pluralidad de empresarios con una organización común, dirigida a regular la actividad de los consorciados.”¹⁰

ZANOBINI citado textualmente, se refiere al consorcio como *“Como una asociación de personas jurídicas públicas, o de propietarios privados, constituida para atender fines e intereses de la administración pública.”¹¹* Este concepto extiende su concepción tanto en personas naturales o jurídicas capaces de conformar esta figura contractual.

Cabanellas también se refiere al consorcio como *“Forma de asociación en que dos o más empresas se reúnen para actuar unidas, bajo una misma dirección y reglas comunes, aunque conservando su personalidad independiente jurídica”¹²*

Haciendo alusión al tema de las concepciones que giran en torno a la figura del consorcio sumamos a lo expuesto el criterio dado por la Corte Constitucional colombiana ha señalado que *“...el consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importantes, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, Anuar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.”¹³*

Como se nota no existe una definición unívoca en relación a la figura del consorcio por lo que resulta necesario exponer toda una pluralidad de criterios que sume a este trabajo, con la finalidad de contextualizar al consorcio visualizando la semejanza en algunos de ellos y lo más importante, los elementos que constituyen dichas definiciones con lo que permita demostrar frente a esta variedad de criterios, si es acertado la forma como se lo conceptualiza en el actual Código de Comercio.

¹⁰ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1971. Tomo IV, Págs. 16-24 en RIVAS MONTOYA, Luis. El consorcio Comercial en Colombia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1986.

¹¹ Mateo Ramón. *El consorcio como institución jurídica*. (CIUDAD): Editorial CEPC, 1970, p.11

¹² Cabanellas de Torres, G. (2003) Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Tomo VI. 31 edición Revisada actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires; Editorial Heliasta, pag. 88

¹³ Fallo Corte Constitucional de Colombia de 22-IX-94 en Concepto No. 2000022290-1. Internet. web

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/18522/dPrint/1/c/0: 14/05/2020>

En síntesis, se puede decir que el consorcio dentro del ámbito privado es una figura de colaboración empresarial que consistiría en un acuerdo mediante el cual dos o más empresarios, o personas naturales o jurídicas, realizan actividades económicas similares o complementarias entre sí, con la finalidad de asociarse a fin de desarrollar una organización común entre los sujetos consorciados y que permita mejorar el rendimiento de dichas actividades.

Elementos y características que cabe puntualizar; de acuerdo al criterio expuesto por los distintos tratadistas y la definición que se ha podido realizar, comprende un contrato de colaboración en el ámbito empresarial; plurilaterales, que hacen alusión a que pueden estar conformados por varios o múltiples personas sean estas naturales o jurídicas que conllevan una actividad en común; de esta manera se puede dejar anunciado varios elementos cuanto características según el criterio de varios tratadistas, sin embargo valdrá precisarlo conforme a lo que se recoge según la ley de Comercio vigente actualmente en el Ecuador.

2. Naturaleza Jurídica.

Con lo que respecta a la naturaleza jurídica de esta figura contractual como antecedente puedo manifestar que en el caso de la legislación ecuatoriana hasta antes de la entrada en vigencia del Nuevo Código de Comercio se manejaban dos criterios dentro de la doctrina e inclusive existe un pronunciamiento de los jueces de la Ex Corte Suprema de Justicia en referencia a este tema que robustecían el debate a una de las dos tesis, sin embargo el criterio no era unívoco frente a la atipicidad de este contrato; por una parte una de las posturas manifestada por varios tratadistas, hacían alusión que el consorcio es un contrato de naturaleza contractual en el que los sujetos interesados en la conformación de un consorcio estipulan cláusulas de acuerdo a lo convenido entre ellos, como es el caso del aporte a realizarse por los mismos para la consecución de un fin determinado, además de la relaciones y obligaciones; sin embargo se manifiesta que a su conformación no dan origen a un ente colectivo independiente de los sujetos consorciados por lo que no constituye el consorcio una persona jurídica. Lo importante bajo esta postura se supo manifestar que cada sujeto mantendrá su autonomía e independencia jurídica,

por lo tanto responden en la individualidad de cada miembro siempre y cuando se haya pactado así al momento de constituir el contrato de consorcio y más no recaerá sobre la organización empresarial como tal; por lo cual resulta una verdadera opción de quienes no estén interesados en la conformación de una compañía o sociedad, es decir el consorcio no constituye un ente colectivo dotado personalidad jurídica.

Por otro lado uno de los criterios que tuvieron gran incidencia y respaldo al momento de analizar y definir la naturaleza jurídica del consorcio, es la que el consorcio constituiría un tipo de sociedad al momento de su conformación por su semejanza con los elementos esenciales con los que se constituye un contrato de sociedad, siendo estos según lo señala el artículo 1597 de Código Civil “1) *dos o más personas estipulan poner algo en común; 2) con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan;*”¹⁴ elementos que concuerdan con la figura del consorcio como así lo supieron manifestar los jueces en sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia en el año 2004 que estudió la naturaleza jurídica del consorcio, en la que se llegó a afirmar que los elementos que constituyen este último, son los de la esencia misma de una sociedad, reafirmando el criterio de la semejanza de ambas figuras y sumando a la postura de que la naturaleza jurídica de los consorcios constituía una personalidad jurídica al igual como resultaría en el contrato de sociedad. “...*la esencia de la sociedad radica en el hecho de que dos o más personas pongan algo en común para dividirse los beneficios que provengan de la actividad societaria que son elementos que concuerdan con los elementos constitutivos del consorcio empresarial...*”, es por ello que manifestaron lo siguiente: “...*los consorcios son sociedades civiles, que poseen personalidad jurídica y deben obrar a través de sus representantes legales.*”¹⁵ Juicio especial No. 7-2003 que por contratación pública siguió Juan Vivar Idrovo, en representación del Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados en contra del Ilustre Municipio de Cuenca.

Así pues se evidencio que a criterio del entonces máximo órgano de justicia del Ecuador, el consorcio cumpliría con los requisitos del contrato de sociedad establecidos en el artículo 1957, 1959 del Código Civil siempre que este, esté

¹⁴ Código Civil. Artículo 1957. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁵ Jorge Egas Peña. “*El Consorcio*”. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Revista de Derecho Societario* No 8. Ecuador. 2005, p. 105.

conformado por dos o más personas naturales o jurídicas que se asocien para llevar a cabo un fin común, a realizarse con el aporte por cada sujeto consorciado, con lo cual les reporta una utilidad apreciable en dinero que será repartida entre cada uno de los socios según el porcentaje pactado. En definitiva, fue uno de los criterios como lo mencione, con más fuerza con respecto al tratar de definir la naturaleza jurídica del consorcio y que fue fuertemente discutido en el momento entre abogados y jueces e inclusive varios doctrinarios.

Sin embargo, en el actual Código de Comercio se define la naturaleza jurídica del consorcio dejando de lado estas dos posturas planteadas que en definitiva nunca tuvieron un asentamiento univoco en referencia al tema del consorcio; cabe señalar la nueva ley de Comercio ahora recoge al consorcio como un ente de naturaleza netamente contractual, el cual no constituye personalidad jurídica, pero ello será pertinente analizarlo más adelante.

3. Teorías de la Personalidad Jurídica.

Se destaca por un lado una de las posturas de varios tratadistas en referencia a la naturaleza jurídica del consorcio como un contrato de características netamente contractuales y manifestaban que no se trata de un tipo de sociedad si no eminentemente de una figura contractual, señalando además que uno de los argumentos en los cuales se centra esta tesis entre quienes apoyaban esta postura, es que no se puede asemejar a un contrato de sociedad por el hecho de que al consorcio se lo asocia como una unión únicamente temporal de varias empresas sin el ánimo de asociarse es decir no existe el *affectio Societatis*¹⁶ “...sostienen que no existe en esta forma de asociación empresarial un auténtico deseo de asociación por cuanto el consorcio es de carácter transitorio. De ahí que algunos autores prefieren hablar, en el ámbito de los “contratos de unión”, más bien de *ius fraternitatis* o *animus cooperandi*, y no de *affectio societatis*, reservando dicho elemento al concepto de sociedad.”¹⁷

¹⁶ Referirse a la voluntad de varias personas de mantenerse en sociedad. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 31 de mayo 2019. Recuperado: <https://dej.rae.es/lema/affectio-societatis>.

¹⁷ Katerine Maroto. Personalidad Jurídica de los Consorcio. Quito-Ecuador. USFQ,2016, p. 59

Juan Luis Colaiacovo tratadista argentino señala que el consorcio es un contrato “...que no provoca la creación de un nuevo ente jurídico y que puede existir apenas en el ámbito de las estructuras internas de las empresas consorciadas”.¹⁸ Por lo cual se establece bajo estos criterios que se trata simplemente de un contrato y que no da origen a una sociedad como sujeto de derechos, por ende no está inmerso en una personería jurídica, las obligaciones se estipularán en conveniencia de los intereses de los consorciados que serán de común acuerdo convenidas en dicha figura, mediante cláusulas, las mismas que se han de cumplir con la finalidad de alcanzar el objetivo en común.

Lo corrobora en efecto la ley 26.005 de la legislación argentina artículo 2, señalado textualmente que los consorcios, denominados “Consortios de Cooperación” se definen como: “Las personas físicas o jurídicas, domiciliadas o constituidas en la República Argentina, podrán constituir por contrato “Consortios de Cooperación” estableciendo una organización común con la finalidad de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros, definidas o no al momento de su constitución, a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.”¹⁹ Por lo tanto son figuras constituidas para el mejoramiento y la eficacia de sus actividades de agrupaciones empresariales o de personas físicas naturales; proyectar el nivel empresarial mediante la conformación de varios entes que concuerdan en una voluntad común y el aporte de cada miembro interesado. Pero lo importante y queda claro en contexto, en el artículo siguiente manifiesta que: “Los Consortios de Cooperación que se crean por la presente ley no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho. Tienen naturaleza contractual.”²⁰

Por otra parte en referencia a las legislaciones que reconocen al contrato de consorcio se encuentra la legislación colombiana en el que el tratadista Jaime Arrubia en su texto “Los Consortios Públicos y Privados” refiere que: “El consorcio es un contrato de colaboración entre dos o más empresarios con la

¹⁸ Juan Colaiácovo et al. *Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresaria Internacional*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2015, p. 39.

¹⁹ Consortios de Cooperación. Artículo 2. Ley 26.005 del 10 de enero Buenos Aires. 2005. Web 21/5/20

²⁰ Consortios de Cooperación. Artículo 2. Ley 26.005 del 10 de enero Buenos Aires. 2005. Web 21/5/20

finalidad de unir esfuerzos para lograr un determinado objetivo, generalmente la construcción de una obra, la prestación de un servicio o en general la ejecución de una empresa determinada sin que se establezca una sociedad entre ellos, por lo tanto el contrato de consorcio refiere que se trata de un concepto indefinido y que no es un contrato de sociedad, sino más bien se trataría de una figura atípica en el derecho privado colombiano, que puede ubicarse como una especie de los contratos denominados por la doctrina, como contratos de colaboración empresarial.”²¹

Es clara la postura del tratadista al momento de definir al contrato de consorcio manifestando que se constituye en la suma de voluntades entre dos o más empresarios para la consecución de un determinado proyecto sin que de ello devenga una sociedad, si no que más bien se trata de una figura atípica dentro del derecho privado, además expresa que este tipo de contratos se lo concibe como una especie de modelos contractuales de Colaboración Empresarial que conlleva la independencia de los sujetos consorciados es decir no constituyen un ente colectivo dotado de personalidad jurídica.

Corroborando con lo manifestado por el tratadista Arrubia, en la ley 1819 de la legislación colombiana manifiesta respecto de los contratos de “Colaboración Empresarial” donde a manera de caracterización recoge a los consorcios, uniones temporales, joint venture y cuentas de participación. Por lo tanto, a los consorcios dentro de la legislación colombiana se los reconoce como un contrato de colaboración empresarial tal como lo manifiesta la ley citada, siendo todos aquellos contratos con una modalidad aplicable tanto en el ámbito privado cuanto, en lo público, bien pueda hacerlo con personas naturales o jurídicas.

Los contratos de Colaboración Empresarial según la legislación colombiana son: *“...tipos de acuerdos que buscan aunar esfuerzos entre dos o más partes que tienen experiencia en determinadas áreas, con el objetivo de alcanzar un fin común, como puede ser la ejecución de un proyecto, la expansión de un negocio, entre otros.”²²*

²¹ Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcio públicos y privados. Editorial Temis. Bogotá, 1985. Pag12, 15 y 16.

²² Lloreda Camacho. Guía Legal de Contratos de Colaboración. PROCOLOMBIA.CO. Web. 14/5/20
https://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Guia_de_Contratos_de_Colaboracion_WEB.PDF

Además de ello termina manifestando que los acuerdos de colaboración no requieren de la constitución de una persona jurídica entre las partes del contrato manteniendo con ello su independencia jurídica, las partes en ningún momento entran a ser socios o accionistas de una sociedad conjunta, “...sino que únicamente ejecutan esfuerzos conjuntos para la realización de un propósito común, lo que hace de estos acuerdos instrumentos más flexibles y dinámicos, y por regla general con una vocación de temporalidad más limitada que la de una sociedad.”²³

En el tema de responsabilidades de los sujetos que constituyan los contratos de colaboración empresarial dentro de los cuales se encuentra inmerso la figura del consorcio en la legislación colombiana se ha señalado por parte del Consejo de Estado que: “...los efectos y consecuencias que se desprendan de actos y contratos celebrados por un consorcio involucran a todos sus integrantes y no solo a esta agrupación de manera autónoma, pues carece de capacidad legal. De ser el caso, el Consejo aclaró que las medidas cautelares dirigidas en contra de uno de sus miembros no pueden ser extendidas al consorcio.”²⁴ Por lo tanto se reconoce una responsabilidad solidaria de los sujetos consorciados.

Dentro de las figuras contractuales que se encuentran bajo esta denominación de Contratos de Colaboración encontramos:

1. Los Joint Venture
2. Contrato de Franquicia
3. Agencia Comercial
4. Distribución
5. Consorcio
6. Unión temporal
7. Cuentas en participación
8. Licencias de uso de derechos de autor

²³ Lloreda Camacho. Guía Legal de Contratos de Colaboración. PROCOLOMBIA.CO. Web 14/5/20
https://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Guia_de_Contratos_de_Colaboracion_WEB.PDF

²⁴ Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. Sala de Casación Civil de Colombia. Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda. vs. Granbanco S.A. Bancafé. Web 14/5/20
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_75992042253af034e0430a010151f034.

Por lo tanto los contratos de Colaboración Empresarial en palabras del profesor Jaime Arrubia no tienen “...la intención de permanecer unidos sino únicamente por el tiempo necesario para desarrollar la empresa o proyecto mientras que la sociedad tiene un objeto social estable, permanente y duradero.”²⁵ El argumento principal para esto, radica en el caso del consorcio empresarial, es que se constituye para un tiempo limitado, para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, luego de lo cual desaparecen es decir no existe este *affectio societatis*. Por ello se puede afirmar que dentro de esta legislación se maneja la perspectiva únicamente de una figura de naturaleza contractual y no apunta hacia un tipo de sociedad.

En el caso de la jurisprudencia contenciosa administrativa de Colombia también se ha pronunciado un análisis en referencia a la naturaleza jurídica de los consorcios manifestando que no constituyen entes con personalidad jurídica: “El Consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Co.). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (art. 500 del C. de Co.). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma carece de personería jurídica (C. de Co., arts. 498 y 499). Ni la ley lo considera Cuenta en Participación, que, además, carece de personería jurídica (art. 509 del C. de Co.) De otra parte, el Registro del Consorcio como Establecimiento de Comercio en una Cámara de Comercio constituye un mero instrumento de publicidad que no genera por ley personería jurídica.”²⁶

Para concluir, dentro de la legislación colombiana, los consorcios constituyen por lo tanto según el doctor Guillermo Dávila Vinuesa: “...unión de dos o más personas, se unen para presentar conjuntamente una propuesta dentro de un proceso de selección con el fin de obtener la adjudicación y, por ende, celebrar y ejecutar un contrato estatal. La propuesta y en caso de darse, la suscripción del contrato, están a cargo del consorcio y no de cada uno de sus integrantes pero manteniendo su individualidad aunque vinculados solidariamente.”²⁷ Cabe señalar

²⁵ Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcio públicos y privados. Editorial Temis. Bogotá, 1985. Pag12, 15 y 16.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/07 del 6 de julio de 2007. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-512-07.htm#_ftn16 (acceso: 28/10/2016).

²⁷ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación estatal. Editorial Legis. Bogotá. 2001.pag, 68

que en caso de la adjudicación de contratos estatales se manifiesta que: “...cuando se constituye un consorcio para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, los dineros depositados en nombre de sus integrantes, como anticipo para la ejecución del pacto, están exentos de cualquier medida cautelar.”²⁸

Como se observa el criterio que se recoge dentro de estas legislaciones frente al contrato de consorcio es dirigida hacia una figura de naturaleza contractual que no da origen a un sociedad, los sujetos interesados en la constitución de un consorcio únicamente estipularán de acuerdo a la conveniencia para un proyecto o la prestación de un servicio estableciendo o un fin determinado, guardando consigo su independencia sin que con ello den origen a un ente colectivo con personalidad jurídica teniendo coherencia con lo señalado en la ley como se observó en las legislaciones planteadas.

En el caso del Ecuador más bien el criterio era dividido y la perspectiva específicamente de quienes defendían esta tesis sostenían que no puede considerarse al consorcio una forma de sociedad si no que únicamente, se trata de una figura eminentemente contractual, por el hecho de que no cumple con todos los requisitos para constituir una sociedad civil así Jorge Egas Peña, en un artículo publicado el 2006 sostenía que “...los consorcios no constituyen sociedades civiles por el hecho de que no cumplen con los requisitos de dicha figura, manifestando que: “...1) el consorcio tiene una duración transitoria, limitada al negocio en particular que une a sus miembros, los cuales no tienen *affectio societatis*, 2) en el consorcio no hay aportes, por lo que no se constituye un fondo común; y, 3) el consorcio no está destinado a obtener y distribuir ganancias entre los participantes.”²⁹

En varias legislaciones si bien se recogen en sus respectivas normas al contrato de consorcio como ya se lo revisó en dos de ellas, en este capítulo, se observó que dichas normativas se direccionan al criterio de la tesis número uno, esto es, que se trata únicamente de una figura eminentemente contractual, como es el caso de

²⁸ Código de Procedimiento Civil - Colombia. Art. 684 numeral 4. Web 14/5/20.

²⁹ Jorge Egas Peña. *El Consorcio*. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Óp. cit.*, p. 107.

Argentina ya revisado, donde se deja en firme por disposición expresa que los *“consorcios no constituyen sociedades ni personas jurídicas”*³⁰

Otro caso que se puede observar es dentro de la legislación brasileña donde se refiere expresamente en la ley 6404 de 1976 en los artículos 278 y 279 con respecto a los consorcios, estableciendo que no constituyen entes dotados con personalidad jurídica *“...las compañías o cualquier tipo de sociedad, pueden constituir consorcios para ejecutar determinada actividad, pero no conlleva esto personalidad jurídica y únicamente se obligan por lo estipulado en el contrato”*³¹

La jurisprudencia venezolana en sentencia de la Sala Político Administrativa del 23 de enero de 2003 bajo el mismo razonamiento sentenció que: *“El consorcio carece de personalidad jurídica y patrimonio propio. En tal sentido, los consorcios al no tener personalidad jurídica no pueden equipararse por analogía a las llamadas sociedades irregulares, a las cuales el derecho sí les reconoce personalidad jurídica, en tanto que las mismas están constituidas con base en una estructura societaria, pero sin cumplir con las formalidades registrales previstas por el Código de Comercio”*³²

Así como se observa en las distintas legislaciones, varios criterios por parte de la doctrina, afirman que al ser una figura adaptada del derecho anglosajón en los distintos sistemas, se lo reconoce y se sigue una corriente que apunta a una figura netamente contractual donde las partes llamadas a celebrar dichos contratos, lo hacen en ejercicio de la autonomía de la voluntad mediante cláusulas, donde manifestarán las obligaciones a ejecutarse con un fin o un proyecto determinado; pero lo que recalcan es que dicha figura no va a constituir una personalidad jurídica y que su vigencia responde hasta la conclusión de dicho contrato. También recabando los conceptos analizados por varios tratadistas citados se establecería que los aportes que se pueden presentar por cada uno de los miembros del consorcio no

³⁰ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1142. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

³¹ Jorge Ibáñez. *Modelos de Cláusulas para Contratos de Unión Temporal o Consorcio*. Pág. 13 <http://www.tesauro.com.co/CAPACIDAD/CONSORCIO%20UT%20CAMARA%20COMERCIO%20BOGOTA.pdf>. Web 14/5/20

³² Heli Saúl Rincón. “La personalidad jurídica del Consorcio en Venezuela”. *Comercium et Tributum*. Volumen 1. Edición No. 1, 2008, p. 6. <http://www.urbe.edu/publicaciones/comercium/pdf/vol-1/1-la-personalidad-juridica-del-consorcio-venezuela.pdf>. Web 14/5/20

constituirían un fondo común o social, es decir, se asignan bienes a favor del consorcio donde dichos bienes permanecen en propiedad de cada miembro.

Por otro lado la postura que contraria a la que se acabó de revisar, de que los consorcios constituyen figuras de naturaleza contractual, es el supuesto planteado por otra parte, al manifestar por varios tratadistas que los consorcios son considerado nuevos tipos de asociaciones, entes capaces de adquirir derechos cuanto de contraer obligaciones, es decir entes con personalidad jurídica, así Caballero afirma que el consorcio está dotado de la misma manifestando que: “...puesto que al gozar de personalidad será un centro de imputaciones jurídicas, un sujeto capaz de adquirir derechos ..., por lo que respecto de actividades meramente privadas será una persona jurídica propia del derecho privado ...,Advierte además que el consorcio es un nuevo tipo de asociación, tanto en el ámbito del Derecho privado como del Derecho público, distinto por consiguiente de todos los tipos de personificaciones conocidas hasta ahora.”³³ Por lo tanto al consorcio bajo esta premisa se lo consideraría, un nuevo tipo de sociedad que tiene su alcance tanto en el derecho público como en lo privado, como así lo manifiesta el tratadista al afirmar que los consorcios son nuevos tipos de sociedades, lo que llevaría a especificar desde este contexto, los elementos que constituirán a los consorcios, como a su vez la naturaleza jurídica, deduciendo que dicho contrato se subsumiría bajo las reglas de la sociedad civil creando un ente con respectiva personalidad jurídica.

Si revisamos las normas concernientes al contrato sociedad en la legislación ecuatoriana, bajo las cuales según la premisa de esta tesis se deberían constituir el consorcio, según el artículo 1957 Código Civil describe que: “Sociedad es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”³⁴ si bien esta postura en el Ecuador era entre la anterior planteada la que tenía bastante relevancia, pero resulta que ahora en la actualidad con la nueva ley de Comercio esta tesis queda desvirtuada, ya que se señala expresamente en dicha ley, que los consorcios son figuras de naturaleza contractual y no constituyen personalidad jurídica. Sin

³³ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p.29.

³⁴ Código Civil. Artículo 1957. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

embargo, el tratamiento que se empleaba en los consorcios antes de la promulgación del Código de Comercio era contrario con lo que actualmente se expresa; como es el caso del consorcio PASCUALES-MANGLERO "...constituido el 19 de octubre del 2016 en la notaria sexagésimo tercero del cantón Guayaquil, en las cuales comparecen como sujetos interesados las compañías COFEKA. CIA.LTDA, en calidad de representante legal Kamal Jadallah Khamashta Ziedan; por otra parte la compañía CONZAK S.A., su representante Jurguen Gustavo Mosquera Zwirner.-

CLAUSULA SEPTIMA: DETALLES DE VALORES DE APORTES.- Los valores que cada una de las partes aporten al fondo común operativo para la constitución del presente CONSORCIO PASCUALES-MANGLERO es el siguiente: La Compañía CONZACK S.A, el veinte por ciento (20%) y que se encargara del suministro de materiales eléctricos; y, por su parte la compañía COFEKA CIA. LTDA, el ochenta por ciento (80%), que se encargara del suministro de equipos para la ejecución del proyecto, montaje eléctrico, mecánico y la obra civil.”³⁵ En relación al contrato de sociedad según el Código Civil artículo 1959 establece que: *“No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero.”*³⁶. En este caso del consorcio citado se observa el aporte realizado por cada compañía, aporte que servirá en este caso para la ejecución de un proyecto, señalando a su vez el porcentaje de beneficio en lo que respecta a cada uno; y es con ello bajo estas prácticas con respecto a estos dos elementos tanto aporte y el reparto de beneficios estipulados en porcentajes señalados por los sujetos que conformaban el consorcio, tal cual como se lo recoge en el Código Civil referente al contrato de sociedad como lo señala el artículo 1959, del cual, de esta manera se llegaba a la conclusión mediante este análisis que el consorcio guardaba su semejanza con el contrato de sociedad por esta analogía que existen en ambos contratos.

Sin embargo, es una postura que quedara al margen frente a la reforma del Código de Comercio donde se recoge un marco jurídico expreso, que acertado o no determina la naturaleza jurídica de los consorcios en el Ecuador.

³⁵ Consorcio Pascuales-Manglero. Registro Único de Contribuyentes Sociedades. (SRI). Web 04/6/19 <https://www.cnelep.gob.ec/wp-content/uploads/2016/06/CONSTITUCION-CONSORCIO.pdf>

³⁶ Código Civil. Artículo 1959. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Cabe manifestar que el marco jurídico que hacía frente a la aplicación de una normativa de los consorcios en relación al vacío legal que existía, a manera de sustento jurídico era haciendo alusión a la libertad de asociación consagrada en la Constitución, que les faculta el derecho asociarse tanto personas naturales o jurídicas, ya que se consideraba a los consorcios nuevas formas de asociación y además por el principio de la autonomía de la voluntad que se encuentra recogido en el artículo 8 del Código Civil que establece que: “*A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley*”³⁷. Así pues, los sujetos interesados en la conformación de un consorcio en lo privado, lo harían de común acuerdo, en sujeción a las normas citadas y les posibilitaría en la libertad de pactar cláusulas que consideren pertinentes para el mejor desempeño en este caso del negocio jurídico que antelaba a la conformación de un consorcio, siempre que con ello no contrariaran la ley y el orden público.

Por lo tanto los consorcios si bien eran contratos atípicos estaban llamados a producir efectos jurídicos, ya que era una figura latente en la práctica en el Ecuador, que se suponía devenían de actos que eran acordes a derecho dentro de la legislación ecuatoriana, el contrato de consorcio, se observaría como una figura que deviene de actos que suponían una intención voluntaria de asociarse, en este caso por quienes se entienden son los sujetos interesados, los mismos que constituirán relaciones jurídicas y más no actos nulos o inexistentes. Estos contratos partían desde una mirada apegada a Derecho, que se aseveraban cumplían los requisitos legales necesarios para darle validez a estas formas contractuales, como es propio de un negocio jurídico, con lo cual legitimaban a estas figuras dentro del sistema jurídico ecuatoriano y que partían en apego de los elementos esenciales (comunes y específicos), los de la naturaleza y accidentales, elementos propios de un contrato.

Por lo tanto los consorcios en apego a lo descrito en los párrafos anteriores se encontraban perfectamente facultados y habilitados en el ámbito privado, tanto las personas naturales o jurídicas a constituirse en sociedad, sin importar distinción de sociedades nominadas o innominadas, en el caso de los consorcios al ser una figura atípica, reconocida como una nueva sociedad estaba perfectamente legitimado para los interesados desde un marco constitucional y según la autonomía

³⁷ Código Civil. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

de la voluntad de los mismos recogido según el Código Civil para la conformación de los consorcios, cuyo efecto al constituirse como sociedad devendría de reconocerle personalidad jurídica, solventando con ello el vacío legal existente.

Y es a lo que apuntaba la tesis número dos al querer demostrar la naturaleza jurídica de esta figura en base al razonamiento expuesto, haciendo referencia que el contrato de consorcio constituye un tipo de sociedad, lo cual le hacía que se encuentre sujeto a las reglas de una sociedad civil según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por las semejanzas existentes según lo analizado por parte de la doctrina en los elementos esenciales que constituyen ambos contratos.

A esto también se sumaba el criterio expuesto por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia que fue origen de múltiples debates respecto al tema entre quienes se alineaban a favor o en contra de la tesis sostenida en la referida sentencia. Por esta razón, era la importancia misma de acoger un criterio frente a esta falta de un criterio uniforme en el Ecuador con lo cual determinaría así su naturaleza jurídica y un marco jurídico con lo cual se buscaba erradicar la inseguridad jurídica frente a esta figura.

Es así como se discutía frente a la atipicidad del consorcio en el Ecuador en relación a las teorías que hablaban sobre la naturaleza de los consorcios con lo cual no se determinó un criterio uniforme, lo único que ahondo fue una inseguridad jurídica frente a quien intentaban constituirse en consorcio.

4. Elementos y Características.

En lo referente a los elementos del contrato de consorcio dentro de la legislación ecuatoriana se señala por un lado según el artículo 35 de la Resolución No. 72-2018 del Servicio Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Edición Especial 245 de 29 enero del 2018 donde se observa los elementos que deben contener la figura del consorcio para poder ser oferente de los procesos de contratación con la Administración Pública. Estos elementos se entendían que son también aplicables dentro de la práctica, determinados al uso para constituir a los consorcios fuera del ámbito de lo público, por lo que en la rama del Derecho privado no existía

regulación alguna en referencia a este tema. Sin embargo el criterio apuntaba que los consorcios en el Derecho Privado al ser considerados sociedades civiles por la semejanza que existía y se manifestaba entre los distintos criterios jurídicos entre los elementos esenciales que constituyen ambos contratos, de tal forma que para constituirse en consorcio en la legislación ecuatoriana antes de la entrada en vigencia del Código de Comercio frente a la atipicidad, sería en apego a las reglas de los contrato de sociedad que era la tesis con más sustento que se proponía frente a la ambigüedad de este contrato.

A ello se apegaba el criterio expuesto de la doctrina que afirma, que se lo puede recabar como manera de antecedente para tener un panorama bajo la concepción en la cual se encontraba la figura del consorcio frente al vacío legal; que para comprender sus efectos jurídicos del consorcio era necesario al momento de constituirlo aplicar las normas concernientes al contrato de sociedad ya que los elementos que constituyen ambos contratos son muy semejantes, esto es lo que básicamente se afirmaba por una parte de la doctrina, elementos que eran básicamente dos; 1) el aporte en común de todos los socios sea estos según lo establece la sociedad recogida en nuestra normativa en dinero, industria o trabajo apreciable en dinero; 2) el reparto de utilidades, beneficios y pérdidas naturalmente; mismos que constituyen la esencia misma de la sociedad y que de acuerdo al análisis de la naturaleza jurídica del contrato de consorcio estos mismos se miraban como esenciales al momento de conformar un consorcio, tal cual se lo manifiesta en la resolución de los jueces de la Ex Corte provincial Mercantil en la que resuelven que, Los consorcios son sociedades civiles, y poseen personalidad jurídica y que deberán actuar a través de su representante legal.

En referencia a las características del contrato de consorcio se lo reconocía como un contrato atípico, que en suma, es una de las particularidades que se puede decir insistente en varias de las legislaciones que no reconocen al contrato de consorcio, en el caso de la legislación ecuatoriana si bien ahora se reformo la Ley de Comercio donde se menciona al este contrato, anteriormente de la promulgación se manejaba el criterio de que dicha figura encajaba perfectamente con los elementos esenciales de un contrato de sociedad civil, por lo que le constituiría de esta manera su reconocimiento dentro de la legislación ecuatoriana, y por ende permitiría la comprensión de sus efectos jurídicos; pero además cabe afirmar que no solo era el

tema de los elementos sino también en las distintas características, al referir frente al análisis del consorcio que se trataba de un modelo contractual consensual, solemne, temporal, oneroso, y plurilateral, mismas que se decía eran coincidentes en referencia al contrato de sociedad por lo que se afirmaba de su semejanza no solo en los elementos constitutivos sino también en relación a las características en ambos contratos.

Estas eran las posturas que estaban presentes en el Ecuador al momento de analizar la figura del consorcio, sin embargo, es necesario manifestar que nunca existió ninguna postura en firme que se regule por lo que quedó únicamente en meras expectativas que nunca constituyeron en derecho.

5. Tipos de Consorcios.

Los tipos de consorcios que se reconocían en la legislación ecuatoriana, hace alusión a los consorcios públicos y privados; en el caso de los públicos se puede manifestar que existe cierta regulación expresa no del todo clara, que reconoce al contrato de consorcio, tanto en los elementos de los que se encuentra conformado según las normas citadas con anterioridad, como a su vez el tema de la naturaleza jurídica, determinando que son figuras jurídicas de derecho público con personalidad jurídica. En contraposición a ello, en la rama del Derecho privado no ocurría lo mismo, como se ha revisado los consorcios se constituían en la práctica de quienes estaban interesados en ejecutarlo, mas no existía una norma expresa que regule su constitución, mucho menos el tema de la naturaleza jurídica, es por ello que si bien se encuentran consorcios privados constituidos en el Ecuador se dio por una práctica, carente de regulación, lo que subsano más bien se puede decir era el criterio en apego a la doctrina, que en algunos los consorcios presentan la designación de un representante legal o a su vez de un apoderado general menciones propias de tratadistas.

Lo que cabe recalcar y lo importante de esta ambivalencia de posturas era que al fin de cuentas no se establecían con exactitud, los efectos jurídicos de este contrato bajo que regulación se entendía normados, lo que llegó a generar una inseguridad jurídica.

Gaspar Caballero Sierra establece en su texto “Los consorcios Públicos y Privados”; “...son de naturaleza pública donde manifiesta que no existen socios sino más bien una unión entre diferentes entes administrativos con o sin la intervención de particulares. EL mismo tratadista manifiesta también que la característica de esta figura va encaminada a la realización o prestación de ciertos servicios públicos, así como obras que puedan ser ejecutadas por dicha entidad.”³⁸

En cambio, en el caso de los consorcios privados Vinicio García manifiesta que “...cuando mira el beneficio propio y exclusivo de quienes lo conforman, nos encontramos ante un consorcio privado.”³⁹ Es decir que los beneficios en la búsqueda de utilidades, rendimientos distribución o pérdidas lo perciben los agrupados dentro de dicha figura son de carácter particular.

Los consorcios privados por lo tanto son aquellas figuras que miran la actividad productiva encaminada a determinado fin y que conlleva el beneficio personal de quienes lo conforman, los mismos que pueden ser agrícolas, mineros, industriales.

La clasificación de los consorcios según el objeto de contrato para el cual están llamados a ejecutar puede variar; como se tiene presente estos nuevos modelos contractuales como el contrato de consorcio, han venido a ser una figura de gran realce y de mucha aceptación dentro del plano empresarial y más aun particularmente mirando con beneficio al poder mejorar la capacidad productiva y competitividad frente a transnacionales que se proyectan en el territorio local o simplemente para desarrollar con más eficiencia determinadas actividades que van a ser de común acuerdo establecida por quienes celebren dicho contrato siendo una herramienta importante.

El consorcio es una figura jurídica relevante en el mundo de los negocios que permite a las pequeñas y medianas empresas involucrarse en proyectos importantes del sector público y privado y aumentar su competitividad.

³⁸ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p. 34

³⁹ Vinicio García. “*Los Consorcios en la Contratación Pública Ecuatoriana*”. *Celebración de Contratos Administrativos*. Genaro Eguiguren (ed.). Quito: Corporación Editora Nacional, 2001, p. 98.

Los consorcios por su objeto sin duda van encaminados a ejecutar grandes obras, como pueden ser la construcción de carreteras, represas, aeropuertos, puentes etcétera.

Por ejemplo, el caso de la ejecución de obras o servicios públicos que se presenten dentro la legislación ecuatoriana deberán realizar los distintos oferentes dentro de los cuales se reconoce a la figura del consorcio, deberá ceñirse a los procesos de licitación que les permita concursar y poder ser designados mediante concurso público para la ejecución de determinada actividad u obra pública ofertada por el Estado. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) recoge en su artículo 26 quienes respecto de los oferentes inscritos sean estas personas naturales o jurídicas a los procesos precontractuales podrán presentar sus ofertas de manera particular donde se reconoce al consorcio como oferente para la participación de dichos concursos y en concordancia a su vez con el artículo 67 de la misma ley manifiesta que: *“En cualquier proceso precontractual previsto en la Ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que se debe constar la designación de un apoderado”*⁴⁰

Jorge Conde sostiene que *“...es necesario precisar cuál es el objetivo contractual, así como también se debe delimitar las actividades que han de realizarse, tanto la actividad principal como las accesorias, para la ejecución y concreción del objeto.”*⁴¹

Cabe señalar que Los consorcios por su objeto sin duda van encaminados a ejecutar grandes obras, como pueden ser la construcción de carreteras, represas, aeropuertos, puentes, la prestación de un servicio, entre otros, esto en el ámbito

⁴⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 67. Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013.

⁴¹ Arias-Schreiber Pezet, Max y Arias-Schreiber Montero, Ángela “Los Contratos Modernos”. Gaceta Jurídica Editores. Tomo I. 2da. Edición. Lima, Perú, pg. 155. Citado en Jorge Conde. Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento. Lima: Vox Juris, 2014, p. 21.

privado, como se observa, no hay limitante alguno respecto para determinar en específico el objeto del contrato, dicho elemento es una mención imprescindible de la escritura de constitución, partiendo del mismo surge el intento de obtener un lucro que sea repartible entre todos los sujetos consorciados. En el caso de los consorcios que resulten adjudicatarios en unos procesos de contratación pública, la ley señala que el objeto social del contrato debe ser exclusivo para ejecutar el contrato en el cual resultó adjudicado. Por ejemplo, el caso de la ejecución de obras o servicios públicos que dentro de la legislación ecuatoriana se adjudiquen a los consorcios, son actividades de determinada actividad u obra pública que es ofertada por el Estado.

Dentro de las actividades más recurrentes en las que se encuentran inmersos los consorcios se hallan las siguientes: a) Prestación y ejecución de obras y servicios públicos; b) Adquisición de maquinaria; c) Exploración y explotación de hidrocarburos; d) Exportación; e) Cualquier otro fin que acuerden las partes.

CAPÍTULO II

La figura jurídica del Consorcio en la legislación comparada.

Es necesario realizar una aproximación dentro de las distintas legislaciones de América Latina como se lo ha propuesto en el esquema de este trabajo con respecto a la figura del consorcio, ya que si bien lo reconocen en varias de ellas como una forma asociativa, su naturaleza jurídica varía; se lo concibe en la mayoría de estas legislaciones como formas de cooperación empresarial o agrupaciones empresariales, en los que sus efectos van encaminados al desarrollo de un proyecto determinado, efectivizando actividades de manera conjunta; cabe recalcar que con ello no crean un ente colectivo distinto al de sus miembros, más bien varias de las legislaciones recogidas son expresas, al manifestar que los consorcios son figuras eminentemente contractuales, no dan origen a una personalidad jurídica al momento de conformación, en varias de las legislaciones, se suman al criterio que va encaminado en apego a la tesis número uno es decir una figura de carácter contractual por lo que se descartó que el consorcio pueda constituir una persona jurídica.

Es por ello necesario ahondar en las legislaciones propuestas con la finalidad tocar todas aquellas normas que recojan al contrato de consorcio afirmando así el criterio en relación a su naturaleza y como resultado de ello se determine con mayor claridad el marco jurídico aplicable hacia estas formas asociativas, además se hará un acercamiento con cada concepto recogido en cada normativa, pudiendo distinguir elementos y características de cada una de ellas en referencia al consorcio, así como otras distintas formas de agrupaciones empresariales que se reconocen al igual que los consorcios dentro de un mismo capítulo, de esta manera enfatizar el análisis de esta figura con el fin de dilucidar su correspondiente naturaleza jurídica.

1. Perú.

Siguiendo con una tradición romanista se ha escogido entre varias legislaciones Perú, donde se reconocen a los contratos de colaboración empresarial dentro de los cuales se recoge a la figura del consorcio y a los contratos de asociación en participación. La República del Perú en los últimos años ha generado importantes avances en el desarrollo de un marco jurídico aplicable a los contratos de colaboración empresarial mediante los cuales se gestionan negocios importantes dada la facilidad que ofrecen estos contratos como lo es que los inversionistas puedan desarrollar actividades en campos donde se requieran recursos y tecnologías avanzadas de lo cual mediante los contratos de agrupaciones empresariales se aporta con cada uno un objeto, maquinaria, conocimiento etcétera, efectivizando y potencializando dichas actividades. Lo importante por ende será el conocer el planteamiento dentro de esta legislación frente a estas formas asociativas, las normas aplicables, el marco jurídico y lo más importante hacer hincapié en relación de la naturaleza jurídica como tal, estableciendo un panorama mucho más claro en torno a estos tópicos planteados.

Cabe recalcar que, en la legislación peruana, luego de haber desaparecido el régimen de sociedades civiles del Código Civil peruano que regulaba en sus artículos 1468 y siguientes se reformulo, y posteriormente pasaron a ser recogidos por la ley General de Sociedades, donde actualmente esta ley, la 26.887 regula con el denotativo de contratos asociativos en su libro quinto. En los primeros artículos 438 y 439, se establecen las generalidades comunes a todos los contratos asociativos, en los cuales se encuentran inmersos los contratos de asociación en participación y el contrato de consorcio.

Respecto del consorcio, *“...cabe destacar que si bien la actual Ley General del Sociedades (LGS) constituye el marco jurídico general regulatorio de los consorcios en el Perú, en el ámbito del Derecho Público las contrataciones del Estado, la Ley de Contratación Estatal (LCE) y su reglamento (RLCE) han creado*

*un marco jurídico propio y especial para los consorcios que contraten con la Administración pública.*⁴²

Pero con lo que concierne a esta investigación versara exclusivamente sobre el contrato de consorcio en el marco del Derecho Privado dentro de la legislación peruana, recogida en la (LGS) en la cual de manera expresa se regula dicho contrato, Por otro lado se omitirá la definición del consorcio dada por la Ley de Contratación Estatal de Perú, ya que el estudio se basa en el consorcio específicamente en el ámbito privado; únicamente el estudio se enfatizara en las dos figuras de asociación empresarial recogidas por la Ley General de Sociedades dentro de las cuales se encuentra a la figura del consorcio.

Cabe destacar que en la legislación peruana como antecedente respecto de los contratos asociativos en la ley General de Sociedades norma que se derogo en 1997 solo se encontraba regulando al contrato de asociación en participación, pero frente a las nuevas prácticas comerciales cuanto contractuales indicaban un uso frecuente de nuevos modelos contractuales adaptados de otros sistemas como son los contratos de joint venture y los consorcios, los mismos que operaban desde sus inicios como figuras innominadas, pero que luego en la misma ley ya vigente en el sistema peruano se los llegaría a reconocer, mismas que se les añadiría dentro del capítulo concerniente de los contratos asociativos con su respectivo marco normativo, naturaleza jurídica, responsabilidades de los sujetos asociados, es decir establecieron un marco legal claro y pertinente para la constitución de dichos contratos.

En un principio el fundamento que se manejaba alrededor de estas formas de contratación establecía que no era necesaria su regulación, ya que los propios sujetos llamados a celebrar dichos contratos como deberían ser estos quienes acuerden según la voluntad de cada sujeto asociado, es decir, se apuntaba que dichas figuras sean constituidas en base a la autonomía de la voluntad de los sujetos interesados, sin que con ello se cree un ente colectivo distinto al de los socios, es por ello que se preponderaba, la tesis con la que se establece a la figura del consorcio como una forma eminentemente contractual que atendía a la voluntad de las partes

⁴² Hugo Huayanay. "El Contrato de Consorcio en la Legislación Peruana". *Revista de la Facultad de Derecho de la UNMSM*. Lima: UNMSM, 2001, p. 12.

para su formación y el contenido del contrato el cual se establecería de acuerdo a lo estipulado por las partes, pudiendo afirmar que el criterio que se maneja en esta legislación se aleja de una idea de un contrato tipo sociedad, dejando de lado la tesis de un ente con personalidad jurídica.

Frente a la atipicidad de estas figuras contractuales, se presentó y reformulo la ley General de Sociedades donde se optó por incluir al contrato de consorcio como una figura asociativa que actualmente se encuentra regulado bajo el acápite de los contratos asociativos con sus distintas particularidades, y lo establece en el artículo 438 de La ley General de Sociedades del libro quinto: *“Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.”*⁴³

Como se puede recabar son figuras asociativas que parten de un interés en común por parte de sus asociados, cabe recalcar que no se reconoce una personería jurídica y tampoco se atiende al principio de publicidad por lo que no se obedece a una inscripción en el registro mercantil, tal cual lo desarrolla el artículo citado, por ende se deduce de estas características que comprende los contratos asociativos se establecen como normas comunes con respecto a los contratos que se desarrollen bajo este capítulo, son normas vinculantes tanto para el contrato de consorcio así como para los contratos de asociación en participación. En relación a la naturaleza jurídica de estas figuras la norma es taxativa, ya que manifiesta que los contratos asociativos no están dotados de personalidad jurídica lo que correspondería deducir al ser esta una norma general para los contratos que se encuentren bajo este capítulo como lo son los consorcios, no son entes con personalidad jurídica si bien son figuras asociativas no constituye una asociación como tal es decir se conforman por la agrupación de dos o más sujetos pero no forma un ente colectivo con personalidad jurídica, al contrario, más bien se atiende hacia una forma eminentemente contractual.

⁴³ Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 438. Ley 26.887 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20. <http://www.smv.gob.pe/sil/LEY0000199726887001.pdf>

Con lo que respecta a la aportación de bienes en relación a los contratos asociativos, la ley General de Sociedades en el artículo 439 norma general para este tipo de contratos establece que *“Las partes están obligadas a efectuar las contribuciones en dinero, bienes, o servicios establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en las utilidades.”*⁴⁴ Lo que guardaría relación con lo que la norma establece respecto del contrato de sociedad en el Código Civil ecuatoriano, ya que en el mismo artículo 1957 y siguientes señala que *“...las personas llamadas a celebrar deberán poner algo en común ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero.”*⁴⁵ A más de ello igual establece que la participación de los beneficios que en el caso de la ley General de Sociedades será de beneficio para cada socio.

Como se observa la Ley de General de Sociedades en la legislación peruana, no le reconoce personalidad jurídica en el capítulo de los contratos asociativos, donde se recoge al consorcio, como lo revisare en el marco normativo específicamente, no se le dotaría de una personalidad jurídica si no que más bien se lo concibe como una figura netamente contractual.

1.1 Marco Normativo.

En Perú la ley General de Sociedades 26.887 en su libro quinto regula a los contratos asociativos en sus artículos 438, 439 además de ello cabe manifestar que los artículos mencionados serán reglas generales establecidas para los contratos que se desarrollan bajo ese capítulo como son los consorcios y los contratos de asociación en participación, es decir son normas generales comunes a estos contratos.

⁴⁴ Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 439. Ley 26.887 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20. <http://www.smv.gob.pe/sil/LEY0000199726887001.pdf>

⁴⁵ Ley General de Sociedades No 26887. Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. Pág. 83, 1997. Web 14/5/20. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>

Ley General de Sociedades en su artículo 438 conceptualiza a los contratos asociativos donde manifiesta que: *“Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.”*⁴⁶ Como se observa, se desprende de este artículo y siendo taxativo en la norma, establece que dichos contratos no generan una persona jurídica, dejando claro la naturaleza jurídica de los contratos que se desarrollan bajo este acápite.

Las características que podemos desarrollar respecto de los contratos asociativos según la legislación peruana tenemos;

1. Es un contrato cuya principal actividad es crear y regular relaciones de participación.
2. La celebración del contrato no crea una personalidad jurídica.
3. El contrato debe constar por escrito.
4. No está sujeto a registros públicos.

Otra de las características que es fundamental, hace referencia a los bienes que constituyen el contrato de sociedad, en la que cada socio según el artículo 439 señala que: *“Las partes están obligadas a efectuar, las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en las utilidades. La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios, se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato. A falta de estipulación, rigen las normas para los aportes establecidas en la presente ley, en cuanto le sean aplicables.”*⁴⁷

⁴⁶ Ley General de Sociedades N° 26887, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. Pág. 83, 1997. Web 14/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>

⁴⁷ Ley General de Sociedades No 26887, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. Pág. 83, 1997. Web 14/5/20 <http://www.smv.gob.pe/sil/LEY0000199726887001.pdf>

5. Por lo tanto, la otra característica fundamental está en que: Las partes están obligadas a aportar las contribuciones sean estas en dinero, bienes o servicios según lo hayan estipulado en el contrato.

Queda claro el panorama respecto de su constitución y en cuanto a los aportes que cada miembro debe efectuar y contribuir, que según las características de los contratos de sociedad de acuerdo a lo revisado en el capítulo anterior, este aporte del cual describe la norma se entendería como el fondo social que se forma a raíz de la celebración de estos contratos pero que la legislación peruana no lo recoge.

Siguiendo con el análisis de la misma ley en su capítulo quinto el artículo 440 y siguientes hace referencia al contrato Asociación en Participación otra figura bajo el capítulo de los contratos asociativos.

Contrato de asociación en participación. - El artículo 440 de la LGS establece que la asociación en participación es: *“El contrato por el cual una persona, denominada asociante, concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.”*⁴⁸

Es un contrato que si bien no es materia de estudio pero que la norma lo sitúa dentro de este acápite lo que resulta necesario mencionarlo.

Contrato de consorcio. - el artículo 445 de la Ley General de Sociedades define al contrato consorcio: *“Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.”*⁴⁹ Por lo tanto se puede

⁴⁸ Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 440. Ley 26.887 de 7 de octubre de 2014. Web <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>

⁴⁹ Ley General de Sociedades N° 26887, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. pág. 83, 1997. Web 14/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>

apreciar que el contrato de consorcio constituye una figura de carácter asociativo, nominado y típico al encontrarse establecido en la ley General de Sociedades.

Dentro de las características que podemos rescatar:

1. Desarrollo en conjunto y participación activa y directa de las partes en el negocio.
2. Obtención de un fin económico.
3. Inexistencia de un patrimonio común y carencia de personalidad jurídica.
4. Vinculación directa de las partes con terceros, individualmente y en conjunto.
5. Administración centralizada con intervención de las partes.

Con lo respecta a los bienes en referencia al contrato de consorcio se ceñirán de acuerdo a lo manifestado en el artículo 439 como una norma general para estos contratos, además el artículo 446 de la misma ley señala también que *“Los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, continúan siendo de propiedad exclusiva de éstos. La adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad.”*⁵⁰ Que concuerda con lo que establece el Código Civil peruano en su artículo 969 al manifestar la noción de copropiedad *“...existe copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”*⁵¹ es decir que si los bienes de dicho consorcio permanecen de manera ligada hacia los socios consorciados existe copropiedad. Es claro entonces que los bienes, estos seguirán siendo de cada sujeto consorciado.

Las responsabilidades de los distintos socios del consorcio y su relación con terceros, el artículo 447 determina: *“Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros,*

⁵⁰ Ley General de Sociedades No 26887, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. pág. 83, 1997. Web 14/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>.

⁵¹ Código Civil, Decreto Legislativo No 295, Décimo Sexta Edición Oficial: marzo 2015, Lima-Perú. pág. 308. Web 14/5/20 <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>.

la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.”⁵²

Es clara la norma en cuanto dice a las responsabilidades de cada miembro. Por lo tanto concluyendo con el análisis del marco jurídico del consorcio en la legislación peruana, se puede decir que el contrato de consorcio es una figura mediante la cual las partes consorciadas van a actuar de forma directa en la ejecución del negocio que hayan estipulado, asumiendo con ello responsabilidades de manera individual o solidaria según sea el caso y sus relaciones con terceros, además de ello se establece una autonomía por cada miembro y con lo que respecta a los bienes que han sido aportados por cada sujeto consorciado seguirán en la potestad de cada consorciado.

Lo trascendental frente a este análisis cabe hacer hincapié, es que los contratos asociativos en general señala expresamente la Ley General de Sociedades, que éstos no generan una persona jurídica, por tanto, la asociación en participación y el consorcio no tienen personalidad jurídica ya que esta legislación determina su naturaleza eminentemente contractual.

1.2. Definición

Según la Ley General de Sociedades en el artículo 445 se define al contrato del consorcio, establece que: *“Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.”*⁵³

⁵² Ley General de Sociedades No 26887, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. pág. 83, 1997. Web 14/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>.

⁵³ Ley General de Sociedades No 26887, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. pág. 83, 1997. Web 14/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>

Por lo tanto recogiendo un poco de lo que se plantea en la norma en relación de esta figura se reafirma puntos determinantes ya que se establece como un contrato mediante el cual las partes intervienen en forma directa en el negocio o empresa en el cual se pretenda, es un contrato que atiende a la voluntad de las partes, y por lo tanto hace asumir responsabilidad en la individualidad de cada sujeto o de forma solidaria, según lo acuerden en el mismo, por lo que se deduce que no pueden ser actuarios en el caso de un proceso legal todos los miembros del consorcio siempre y cuando no hayan estipulado la solidaridad en el mismo, más bien lo general según la norma es que cada miembro consorciado actúe en individualidad, en las obligaciones, es decir a título personal pese a que hayan sido contraídas por el consorcio.

1.3 Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica del contrato de consorcio dentro de la legislación peruana según lo que se ha desarrollado y analizado en la Ley General de Sociedades que recoge a dicha figura en el capítulo Quinto que se refiere a los contratos asociativos dentro de los cuales se menciona a los contratos de Asociación por Participación y el contrato de consorcio figuras estas normadas bajo las reglas de los contratos asociativos que según el artículo 438 “...*el contrato asociativo no generara una persona jurídica*”⁵⁴ por lo que las figuras no cuentan con personalidad jurídica y propiamente en el tema que nos compete la figura del consorcio; de esta manera se deja claro y de forma expresa en la ley la naturaleza jurídica del consorcio en esta legislación, por lo que se reitera que se trata de una figura de carácter asociativo, nominada y típica.

2. Argentina

La República Argentina es el país de Latinoamérica con un gran desarrollo jurídico en relación a las distintas formas de asociación empresarial o como la ley de aquella

⁵⁴ Ley General de Sociedades N° 26887, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. pág. 83, 1997. Web 14/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>

los define “Contratos Asociativos” dentro de las cuales se reconocen a ciertas entidades de carácter asociativo como son la Agrupación de Colaboración Empresarial, la Unión Transitoria de Empresas, Negocios en Participación y los Consorcios de Cooperación. No es sino hasta la década de 1970 donde se tuvo las primeras regulaciones sobre los contratos asociativos, que en principio fueron utilizados básicamente en áreas de actividad económica, en temas referentes a la construcción entre otras actividades; la primera ley 19.550 fue promulgada en abril de 1972 de lo que se puede recabar, y es donde se mantuvo los primeros antecedentes normativos en relación a estas figuras como lo fueron los contratos de negocios en participación, la Unión Transitoria de Empresas, las Agrupaciones de Colaboración aunque estas tenían un capítulo aparte en dicha ley.

Los consorcios de colaboración, tenían una ley independiente que era la 26.005, aunque si bien ya se encontraban recogidas en la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, esta se modificó y se la independizó bajo esta normativa, la misma que fue promulgada el 10 de enero del 2005.

Dos normas que luego pasaron a confluir y ordenarse, ahora en la actualidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 26.994 promulgada en agosto del 2015, el cual llegó a regular las relaciones de Derecho Privado y las cuestiones comerciales entre los distintos sujetos de Derecho. Bajo esta situación de cambios la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 como se manifestó fue primero modificada en su denominación bajo el nombre de Ley General de Sociedades y es esta ley, la que luego se trasladaría al nuevo Código Civil y Comercial 26.994 sería la que englobaría los llamados "Contratos Asociativos" que se incluyen en el capítulo 16, abarcando desde artículo 1442 hasta el artículo 1478.

En Argentina el término consorcio se ha venido utilizado por más de tres décadas por la legislación, para conceptuar a los consorcios como asociaciones de empresas con fines destinados a participar en procesos de licitaciones públicas, actividades carácter privado entre otros aspectos y que se ha establecido de manera expresa un marco jurídico pertinente, manifestando claramente la naturaleza jurídica sin dejar abierta la posibilidad de generar una inseguridad jurídica en torno a este contrato.

2.1 Consorcio de Colaboración en Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 26.994 define al Consorcio de Cooperación en el artículo 1470: *“Hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.”*⁵⁵

Por lo que se observa según lo determina esta ley, que el Consorcio de Cooperación nace de una organización en común la misma que se forma por personas físicas o jurídicas ligadas por un contrato constitutivo que deberá contener los elementos estipulados en el artículo 1474 compuesto por 17 literales en la ley 26.994 como lo es:

“(…) el nombre y datos personales de los miembros individuales, y en el caso de personas jurídicas, el nombre, denominación, domicilio y, si los tiene, datos de inscripción del contrato o estatuto social de cada uno de los participantes. Las personas jurídicas, además, deben consignar la fecha del acta y, la mención del órgano social que aprueba la participación en el consorcio; b) El objeto del consorcio; c) El plazo de duración del contrato; d) La denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda “Consorcio de cooperación”; e) La constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto respecto de las partes como con relación a terceros; f) La constitución del fondo común operativo y la determinación de su monto, así como la participación que cada parte asume en el mismo, incluyéndose la forma de su actualización o aumento en su caso; g) Las obligaciones y derechos que pactan los integrantes; h) La participación de cada contratante en la inversión del o de los proyectos del consorcio, si existen, y la proporción en que cada uno participa de los resultados; i) La proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre; j) Las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto. Debe preverse la obligatoriedad de celebrar reunión para tratar los temas relacionados con los

⁵⁵ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1470. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

negocios propios del objeto cuando así lo solicita cualquiera de los participantes por sí o por representante. Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de las partes, excepto que el contrato de constitución disponga otra forma de cómputo; k) La determinación del número de representantes del consorcio, nombre, domicilio y demás datos personales, forma de elección y de sustitución, así como sus facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, formas de actuación. En caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato, el nuevo representante se designa por mayoría absoluta de los miembros, excepto disposición en contrario del contrato. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder; l) las mayorías necesarias para la modificación del contrato constitutivo. En caso de silencio, se requiere unanimidad; m) Las formas de tratamiento y las mayorías para decidir la exclusión y la admisión de nuevos participantes. En caso de silencio, la admisión de nuevos miembros requiere unanimidad; n) Las sanciones por incumplimientos de los miembros y representantes; ñ) Las causales de extinción del contrato y las formas de liquidación del consorcio; o) Una fecha anual para el tratamiento del estado de situación patrimonial por los miembros del consorcio; p) La constitución del fondo operativo, el cual debe permanecer indiviso por todo el plazo de duración del consorcio.”⁵⁶

Como se observa podemos recabar varios elementos que se recoge en la ley 26.994 artículo 1474 para la constitución de los consorcios establece:

1. La constitución de un fondo común.
2. La designación de la participación de cada sujeto consorciado, lo que le faculta la participación que cada miembro asociado a efectos de los resultados.
3. Designación de uno o varios representantes. (que es un atributo propio de las personas jurídicas)

⁵⁶ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1474. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Se miran como elementos indispensables al tratamiento de los consorcios en la legislación argentina al momento de su conformación por que resultan los de su esencia a más de los ya referidos en dicha norma.

Los consorcios de cooperación en la legislación argentina deben otorgarse según el artículo 1473 de la ley 26.994 que una vez cumplido con el contenido del contrato: *“...debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, e inscribirse conjuntamente con la designación de sus representantes en el Registro Público que corresponda.”*⁵⁷ Además de aquellos elementos para su constitución, el consorcio contará con el designio de un representante quien actuará conforme las facultades determinadas en el contrato o en el estatuto social tal cual lo determina esta ley. Con lo que respecta con el objeto del consorcio los miembros crearan un fondo común. Finalmente, los miembros del consorcio responderán frente a terceros a prorrata de las obligaciones constituidas en nombre del consorcio.

Además de lo mencionado también se puede recalcar que dentro de la constitución del contrato de consorcio se establecerán según las directrices de la ley 26.994 con relación a lo que tiene que ver a la contabilidad, que según el artículo 1475.- *“El contrato debe establecer las reglas sobre confección y aprobación de los estados de situación patrimonial, atribución de resultados y rendición de cuentas, que reflejen adecuadamente todas, las operaciones llevadas a cabo en el ejercicio mediante el empleo de técnicas contables adecuadas. Los movimientos deben consignarse en libros contables llevados con las formalidades establecidas en las leyes. Se debe llevar un libro de actas en el cual se deben labrar las correspondientes a todas las reuniones que se realizan y a las resoluciones que se adoptan.”*⁵⁸

Además de ello en lo que respecta a la responsabilidad de los sujetos consorciados artículo 1477.- *“Responsabilidad de los participantes. El contrato puede establecer la proporción en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en*

⁵⁷ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1473. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁵⁸ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1475. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

nombre del consorcio. En caso de silencio todos los miembros son solidariamente responsables.”⁵⁹

Finalmente, este capítulo concluye con lo que sería las causales de extinción de los Consorcios de Colaboración artículo 1478.- “...a) *el agotamiento de su objeto o la imposibilidad de ejecutarlo; b) la expiración del plazo establecido; c) la decisión unánime de sus miembros; d) la reducción a uno del número de miembros. La muerte, incapacidad, disolución, liquidación, concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de alguno de los miembros del consorcio, no extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente.”⁶⁰*

1.2 Definición.

El contrato de consorcios se encuentra expresamente definido por el artículo 1470 de la Ley 26.994 como un “...*contrato en el que las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.”⁶¹* Por lo tanto son contratos que tienden a efectivizar, el trabajo en conjunto de los sujetos consorciados de acuerdo al objeto del contrato para el cual haya sido estipulado, además se señala expresamente en la misma ley artículo 1473 los elementos con los cuales deberán cumplir los sujetos interesados para constituirse en consorcio, además son contratos en los que se establece específicamente en el artículo 1442 no constituyen personalidad jurídica. Es claro en la legislación argentina la estructura normativa de la figura del consorcio.

1.3 Naturaleza Jurídica.

⁵⁹ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1477. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁶⁰ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1478. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁶¹ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1470. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Cabe manifestar que la naturaleza jurídica de los Consorcios de cooperación dentro de la legislación argentina se encuentra recogida de manera expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 26.994 en el capítulo 16 bajo el designio de los “Contratos Asociativos” que vienen a ser normas de carácter general para todos los contratos bajo este acápite, dentro de los que tenemos: Agrupación de Colaboración Empresarial, la Unión Transitoria de Empresas, Negocios en Participación y los Consorcios de Cooperación.

Las disposiciones generales para estos contratos según el artículo 1442 señala que: *“...a estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.”*⁶²

Es claro la ley 26.994 ha negado la condición de sujeto de derecho a las formas de asociación empresarial manifestadas en el párrafo anterior que comprende a partir del artículo 1442 y siguientes de la ley 26.994 al manifestar que son tipos de contratos que no constituyen personas jurídicas, son contratos de naturaleza eminentemente contractual, no forman un ente independiente con personalidad jurídica es decir no son ni sujetos de derechos, ni sociedades.

3. Colombia

Dentro de la legislación colombiana se pretende dar una visión respecto de los Contratos de Colaboración Empresarial entre los cuales se reconoce los joint venture, contratos de colaboración, las asociaciones en participación y los consorcios, este último siendo la materia de estudio de este trabajo.

Desde el punto de vista jurídico lo que se busca es establecer si los contratos de consorcio, son entes con personalidad jurídica independientemente de los sujetos consorciados, lo que implicaría como efecto dentro de la legislación el reconocer capacidad procesal a los consorcios empresariales, es decir que puedan ser actores dentro de procesos judiciales sin necesidad de que lo hagan individualmente cada uno de sus miembros; como ya se lo ha revisado, la conformación de estas figuras

⁶² Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1442. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

buscan anuar esfuerzos entre los sujetos intestados que ostentan experiencia en determinadas áreas y que, comúnmente este tipo de figuras llevan consigo a la realización de un fin, un proyecto o la prestación de un servicio determinado, potencializando sus actividades; lo importante cabe recalcar bajo este tipo de figuras de unión de sociedades o colaboración, es que si al momento de ser celebrados este tipo de contratos específicamente en la figura consorcial llegan o no a ser sujetos capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones.

Cabe hacer referencia a manera de antecedente dentro de esta legislación, tanto los consorcios como las uniones temporales antes de que expidiera la ley 80 de 1993 que fue la primera normativa en regular a este tipo de figuras, eran considerados al igual que varias de las legislaciones que se han revisado como modalidades contractuales atípicas, lo que determino que carezcan de toda previsión legal, sin embargo lo que si resulta común a nivel de Latinoamérica es que la constitución de este tipo de figuras se ha realizado como resultado de una práctica reiterada por la connotación de sus efectos legales.

Frente a esta práctica como se reitera respecto de la constitución de estas figuras de carácter societario y ante una falta de una regulación normativa, la ley 80 de 1993, como antecedente fue la primera en recoger a estos contratos, en su artículo sexto otorgándoles capacidad para contratar, en relación a entidades de la Administración Pública: *“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.”*⁶³ Reconociéndoles así y clasificándolos como sujetos con capacidad para celebrar contratos de carácter administrativo, es decir figuras con capacidad para contratar; pero sin duda una norma no del todo clara ya que no hace alusión respecto de su naturaleza jurídica dejando con ello un vacío normativo, asumiendo que los miembros consorciados que lo conforman no perderían su individualidad jurídica lo que conllevaría un grado de responsabilidad de manera solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

⁶³ Ley General de Contratación de la Administración Pública. Artículo Sexto. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Web 14/5/20
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/normatividad/documento/13987>

La misma ley 80 de 1993 en su artículo 7 recoge en una especie de conceptualización que más bien parece hacer alusión a una descripción respecto de sus elementos constitutivos de los consorcios, manifestando que: “...*Consortio es cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.*”⁶⁴

Si bien se recoge a la figura del consorcio bajo el designio de esta ley podríamos deducir que no se trata de un ente dotado de personalidad jurídica si no que más bien, una modalidad de contrato que no se encuentra tipificado en la legislación colombiana, dejando amplia disposición para determinar las cláusulas y los efectos del contrato, asumiendo con ello una responsabilidad solidaria frente a la indivisibilidad de los sujetos consorciados que no conforman un sujeto capaz de adquirir derechos cuanto de contraer obligación alguna.

3.1 Marco Normativo.

Es preciso un acercamiento de las distintas normas que recogen a la figura del consorcio para de esta manera observar si efectivamente hacen mención o no respecto de su naturaleza jurídica, si son entes con personalidad jurídica o simplemente una figura eminentemente contractual bajo esta legislación, además de comprender el alcance que le dan a la misma dentro de esta legislación.

Dentro de los distintos cuerpos normativos la Ley 80 de 1993 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que de lo que se ha revisado, es la única que actualmente define a esta figura en el artículo 7 y establece que los consorcios se conforman: “...*cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones*

⁶⁴ Ley General de Contratación de la Administración Pública. Artículo Séptimo. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Web 10/5/20
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/normatividad/documento/13987>

derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”⁶⁵

Ley de carácter público que recoge las reglas y principios que rigen los contratos que se celebran con entidades estatales. Pero sin embargo no es del todo clara haciendo alusión respecto del contenido esencial de la figura del consorcio, más bien lo que hace la presente ley es una relación descriptiva de esta figura, señalando los elementos que lo conforman, proveyendo la posibilidad como un posible adjudicatario dentro de los procesos contractuales, de ser participe dentro de la administración pública, de tal modo que es una norma poco clara ya que no hace referencia respecto de la conformación cuanto la naturaleza jurídica de los consorcios.

Por lo tanto, se parte de una ley que presenta un vacío legal frente a la figura del consorcio, estableciendo un concepto poco claro en referencia a este contrato, lo cual debería ser una norma precisa que abarque con detalle expresamente la estructura jurídica del consorcio valga hacer hincapié, se trata de una norma de carácter público.

Frente al ser participe dentro de los procesos contractuales con las entidades de la administración pública por su actividad económica se vuelve un sujeto activo para efectos de los tributos del impuesto a la renta, es a lo que lleva hacer mención a la segunda norma que reconoce a la figura del consorcio, si bien no son contribuyentes directos del impuesto fiscal, las figuras consorciales deberán proporcionar *la información financiera y fiscal relacionada con el contrato y su actividad*, tal cual lo determina La ley 1819 2016 en contra de la evasión y elusión fiscal; ley en que es regulada, en el artículo 20 bajo la denominación de los Contratos de Colaboración Empresarial dentro de los cuales se encuentra los consorcios, uniones temporales, joint venture y cuentas en participación; “...no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios. Las partes en el contrato de colaboración empresarial, deberán declarar de manera independiente

⁶⁵ Ley General de Contratación de la Administración Pública. Artículo Séptimo. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Web 10/5/20

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/normatividad/documento/13987>

*los activos, pasivos, ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos incurridos en desarrollo del contrato de colaboración empresarial. Para efectos tributarios, las partes deberán llevar un registro sobre las actividades desarrolladas en virtud del contrato de colaboración empresarial que permita verificar los ingresos, costos y gastos incurridos en desarrollo del mismo.”*⁶⁶

Dentro de las principales disposiciones tributarias aplicables a los consorcios también tenemos, la Ley 488 de 1998, Art. 115. *“Son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, las uniones temporales y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.”*⁶⁷

También se encuentra el Artículo 66 de la ley 488 de 1998 del Estatuto tributario, *“...para que se considere responsable del IVA a los consorcios y uniones temporales cuando en forma directa sean ellos quienes realicen actividades gravadas.”*⁶⁸ Es decir quien asume el pago del IVA son los consorcios frente a una actividad gravada. Sin embargo, en materia fiscal el Concejo de Estado se pronunció acerca de los consorcios manifestando que dichas figuras no poseen personalidad jurídica: *“No es cierto que en materia tributaria la inscripción de cámaras de comercio, el registro tributario, la expedición del NIT y la asimilación de sociedades regulares, que se mencionan en el escrito del recurso del accionante, impliquen reconocimiento de una personalidad jurídica de la que, por su naturaleza, carecen los entes consorciales”*⁶⁹

⁶⁶ Ley de Reforma Tributaria Estructural. Artículo 20. Ley 1819 del 29 de diciembre de 2016. Web 10/5/20 <https://gydconsulting.com/userfiles/Ley-1819-29-dic-16-Reforma-Tributaria-Diario-Oficial-50101.pdf>

⁶⁷ Estatuto Tributario Republica de Colombia. Artículo 115. Ley 488 de del 24 de diciembre de 1998. Web 10/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co049es.pdf>

⁶⁸ Estatuto Tributario Republica de Colombia. Artículo 66. Ley 488 de del 24 de diciembre de 1998. Web 10/5/20 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co049es.pdf>

⁶⁹ Paola Chavarro. (2004). Los Consorcios en Colombia. (tesis de pregrado). Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia.

En síntesis en lo que respecta al ámbito del Derecho Público, no deja del todo claro en relación de los consorcios, sino más lo que hace esta rama del derecho dentro de la legislación colombiana, describe a una figura como adjudicatario dentro de los procesos precontractuales por un lado, como sujeto de las obligaciones tributarias, o como agente de retención, percepción del pago del IVA frente a las actividades gravadas que realice; lo que cabe recalcar es que no se hace mención de su constitución, elementos esenciales y más aun no hace referencia en relación a la naturaleza jurídica, sino más bien el Concejo de Estado determina que son entes que no poseen personalidad jurídica, pero sin embargo existe la falta de determinación en la ley, si se trata de un ente con personalidad jurídica o de una figura eminentemente contractual, por lo que el criterio que presenta esta legislación es bastante ambiguo no es del todo claro con relación al tratamiento de los consorcios.

Por otro lado cabe hacer referencia que los consorcios son figuras societarias que persiguen entre otras cosas la optimización de recursos, efectivizarían del trabajo en sociedad, entre otras actividades, que son de orden especialmente privado, es por ello que en relación a esta rama del derecho, se ha pretendido hacer un sondeo general de las distintas normas para determinar si se reconoce al contrato de consorcio dentro de esta legislación; entre la normativa principal en referencia está el Código de Comercio colombiano en el libro II título primero, referente a las sociedades comerciales dentro de las cuales únicamente reconoce a las sociedades colectivas, sociedades en comandita, sociedades de responsabilidad limitada, y las sociedades anónimas; no están incluidos en ninguna de estas formas de asociación los consorcios.

Al igual el Código Civil dentro de esta legislación se observa en el libro cuarto título XXVII en relación a las sociedades civiles que únicamente se reconocen artículo 2087. *“La sociedad, sea civil o comercial puede ser colectiva, en comandita o anónima.”*⁷⁰ Nada hace mención en relación de la figura de los consorcios.

⁷⁰ Código Civil Colombiano de la Republica de Colombia. Artículo 2087. Ley Actualizada 30 diciembre de 2018.

La legislación actual colombiana como se ha revisado, tiene un bagaje muy restringido y limitado en referencia del consorcio, es poco clara frente al marco normativo, lo cual no obliga a definir la conformación de los Consorcios, en consecuencia, no existen normas establecidas que regulen a esta figura en relación con la celebración, constitución, aportes de los sujetos consorciados, naturaleza jurídica de los mismos con las excepciones del caso en lo público, pese a que no es un modelo de obligatoria aceptación, los empresarios encuentran en estas figuras el respaldo frente a su intereses como modelos de actividades empresariales de manera conjunta, por lo tanto siendo una figura de práctica generalizada y que está a la vanguardia de los nuevos modelos contractuales dentro este sector de las sociedades, es que se ve en la necesidad de que se reconozca a este tipo de contratos determinado pero con claridad su naturaleza jurídica clarificando un vacío legal existente en la actualidad evitando así generar una inseguridad jurídica frente a la constitución de los consorcios.

3.2 Definición

Como ya se ha referido la única norma en la legislación colombiana en la cual se encuentra desarrollando una especie de concepto en relación a la figura del contrato de consorcio que hace más bien alusión a una relación descriptiva igual que en las otras legislaciones citadas de esta figura, señalando los elementos que lo conforman, ostentando la posibilidad como un potencial adjudicatario dentro de los procesos contractuales dentro de la administración pública, a lo que me permito citar en correspondencia con la ley 80 de 1993 en su artículo 7 recoge que: *“... Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”*⁷¹

⁷¹ Ley General de Contratación de la Administración Pública. Artículo Séptimo. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Web 15/5/20
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/normatividad/documento/13987>

De las características que podemos recabar:

1. Se encuentran constituidos por una pluralidad de sujetos
2. La posible adjudicación de un contrato con la administración pública
3. Responsabilidad solidaria.

Por sujeto comprendo que pueden llegar a ser quienes ostenten la calidad de persona bien pueda ser personas naturales o jurídicas, capaces de adquirir derechos cuanto de contraer obligaciones.

3.3 Naturaleza Jurídica.

Con lo que concierne a la naturaleza jurídica del contrato de consorcio en la legislación colombiana no existe norma expresa en referencia al marco normativo, que lo caracterice como un ente dotado de personalidad jurídica, es decir una calidad de persona capaz de adquirir derechos cuanto, de contraer obligaciones, por lo que asumiría a mi criterio una figura asociativa eminentemente contractual.

Al igual la jurisprudencia contenciosa administrativa de Colombia unificando el criterio con lo que respecta a la figura del consorcio en el caso del CONSORCIO GLONMAREX cuya representación estaba a cargo el señor Jesús Ernesto Saldarriaga Escobar, quien manifestó obrar en calidad de representante legal del Consorcio GLONMAREX, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo Colombiano, quien formuló demanda en contra de la Nación Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y del Consorcio Sáenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles —SADEICO S.A, con el propósito de que se declare nula la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996 mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. 25 de 1996 al Consorcio Sáenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles Ltda. SADEICO S.A.

(...)el actor pidió que se condene a la Nación Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reparar los perjuicios materiales que le fueron ocasionados por la no escogencia como contratista, en el referido procedimiento administrativo de selección, del Consorcio GLONMAREX, el cual se encontraba en primer lugar de elegibilidad; así pues, por concepto de lucro cesante solicitó el pago de la suma de mil ciento sesenta y tres millones de pesos \$1.163'000.000,00, correspondiente a la utilidad proyectada por la ejecución del

contrato y a título de lucro cesante deprecó que le sea reconocida la cifra de diecisiete millones ochocientos trece mil ochocientos ochenta y seis pesos \$17'813.886, correspondiente a los gastos en los cuales el actor afirma que incurrió para la elaboración de la oferta; asimismo, solicitó que las anteriores sumas sean indexadas y pagadas en los términos previstos en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo. (...) La parte demandada, Consejo Superior de la Judicatura dio oportuna contestación al mismo mediante escrito en el cual manifestó que algunos de los hechos contenidos en la demanda son ciertos, respecto de otros negó su veracidad y en torno a los restantes expuso que no se trataba de hechos sino de apreciaciones subjetivas del actor o de transcripciones incompletas de apartes de los pliegos de condiciones, así como de diferentes documentos de la licitación como el informe de evaluación de las propuestas, entre otros; de igual manera, la entidad demandada se opuso a todas las pretensiones elevadas por la parte actora y propuso cuatro excepciones que denominó y sustentó del modo que a continuación se refiere: (i) “inexistencia del demandante”, en consideración a que el consorcio GLONMAREX sólo se conformó con el propósito de participar en la licitación pública No. 25 de 1996, por manera que al no haber sido adjudicatario dentro de dicho procedimiento administrativo, desapareció su razón de ser, la cual no incluía la posibilidad de presentar demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)El Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá D.C Sección Tercera, después de relacionar y de valorar las pruebas allegadas al plenario, decidió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto del Consorcio GLONMAREX, comoquiera que éste carecía de capacidad jurídica para actuar dado que no constituía una persona jurídica distinta de las sociedades que lo integraban; señaló el Tribunal Administrativo a quo que...En el documento en virtud del cual se otorgó la representación legal del consorcio no se previó la facultad de accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues en forma expresa se consigna que ella operaría sólo para el evento en que el consorcio resultara beneficiado con la adjudicación de la licitación en cuestión, de lo cual se sigue que (...) Como en el consorcio no hay solidaridad por activa, ni tampoco se incluyó la facultad al representante legal de promover acciones jurisdiccionales, la única forma de acudir ante la jurisdicción contenciosa por parte de los consorciados era a través del poder

que otorgara cada una de las personas que lo integraron, individualmente consideradas”⁷²

Es claro el pronunciamiento del Tribunal Administrativo al manifestar que los sujetos consorciados a través de su representante no pueden entablar una demanda a nombre del consorcio sino más bien en la individualidad de cada miembro asumiendo en la necesidad de conformar un litisconsorcio por parte de los sujetos consorciados ya que estos carecen de capacidad procesal por el hecho que no ostentan la calidad de persona moral capaz de adquirir derechos cuanto de contraer obligaciones o a su vez de ser representados judicialmente o extrajudicialmente es decir no son entes en los que la ley les reconozca personalidad jurídica para ser sujetos procesales dentro de un juicio.

⁷² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/07 del 6 de julio de 2007.
http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-512-07.htm#_ftn16 (acceso: 28/10/2016).

CAPÍTULO III

Naturaleza Jurídica del Consorcio en el Ecuador a partir de la última reforma al Código de Comercio, Registro Oficial No.497, fecha 29 de mayo de 2019

1. Generalidades

Es importante la promulgación del nuevo Código de Comercio, ya que este tuvo como antecedente uno que data desde el 30 de julio de 1906; efectivamente por decreto supremo del general Eloy Alfaro, entró en vigencia el Código de Comercio que hasta antes del 29 de mayo del 2019 estuvo aún vigente.

Lo trascendente de este nuevo Código de Comercio, y la prioridad que se da en la nueva normativa, es que se corrigieron las falencias de la ley, buscando el legislador regular y controlar sectores que guardan profunda relación con el quehacer mercantil nacional, así como con los agentes que en él intervienen. Al igual se observa una regulación referente a las actividades monopólicas, publicidad engañosa, los grupos económicos, la protección a la propiedad intelectual, entre otras cosas; sin embargo, se cree que se busca dinamizar las transacciones bajo el principio de transparencia recogido en el actual código y, sobre todo, regular el concepto de comercio justo. La ley promulgada en el Registro Oficial consta de siete libros con un total de 1.348 artículos que regulan entre otras cosas la actividad mercantil y los actos de comercio en general; personas e instrumentos del comercio; títulos valores y crédito; obligaciones, contratos mercantiles, contratos de seguro y de transporte.

La ley en vigencia incorpora la aplicación de principios como la libertad de actividad comercial, transparencia, buena fe, licitud de la actividad comercial, responsabilidad social y ambiental; comercio justo, equidad de género, solidaridad, identidad cultural, respeto a los derechos del consumidor, creando una atmósfera moderna en las nuevas directrices comerciales a la vanguardia del dinamismo comercial. También recoge un marco normativo para el comercio electrónico que

contiene la regulación del nacimiento de los contratos por medios electrónicos, y reconoce el descuento en títulos de crédito como forma lícita de percibir ganancias entre otras cuestiones, que resulta de tal importancia revisarlas y analizarlas para entender el nuevo panorama de la reciente regulación comercial bajo el Código de Comercio.

Como antecedente normativo se observa que en el anterior Código de Comercio no se hacía referencia alguna de esta forma contractual, no existía una regulación de esta figura que atiende a actividades de colaboración u organización empresarial, lo que origina dentro del sistema jurídico ecuatoriano un vacío legal en relación a este contrato, tampoco se contaba con una normativa específica que describa la naturaleza jurídica, lo que llevó a una práctica con desconocimiento de una estructura jurídica, en cuanto a sus elementos, características, requisitos etc.

Ahora en el actual Código de Comercio se recoge taxativamente a la figura del Consorcio, dentro de los Contratos de Colaboración Empresarial que comprende desde los artículos 601 hasta el 607 bajo el denominativo de “Consorcio Mercante” donde se establece un marco jurídico, propiciando un concepto de este contrato; en términos generales también se observan los distintos elementos bajo los cuales se conforma, requisitos de ley, necesarios para su validez, así como sus distintas características; además se alude a la naturaleza jurídica del acuerdo consorcial que se analizara en detalle en este capítulo.

2. Concepto

El nuevo Código de Comercio, bajo el nombre de Consorcio Mercante, hace alusión a un modelo contractual, de actividad comercial, y/o Mercantil. Si se observa el significado gramatical que atiende a la palabra *mercante* en el diccionario de La Real Academia de la Lengua Española lo define como: “*adj. Que merca. 2. adj. mercantil. 3. m. mercader*”.⁷³ Por cuanto es preciso el adjetivo que recoge el Código de Comercio para singularizar a este modelo contractual, una figura que desarrolla

⁷³ Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.^a ed.). Consultado en: <https://dle.rae.es/consorcio?m=form>

actividades económicas de manera conjunta entre sus consorciados, mismas que son de naturaleza eminentemente comercial u/o mercantil.

El artículo 601 Código de Comercio define al consorcio. - *“El consorcio o acuerdo consorcial, consiste en un contrato mediante el cual dos o más personas, sean estas naturales o jurídicas, o empresas, se unen entre sí con el objeto de participar de manera unívoca (consorcial) en un determinado concurso, proyecto o contrato o en varios a la vez.”*⁷⁴

Lo que define el Código de Comercio respecto del consorcio, determina una figura de naturaleza eminentemente contractual, se instituye mediante un contrato (*escritura pública*) la misma que tendrá efecto de carácter vinculante en todo lo suscrito para aquellos quienes las conforman; la norma además describe al Consorcio como un contrato de característica plurilateral que alude a la posibilidad de conformarse por varias personas, sean estas naturales, jurídicas o empresas; sin embargo según se recoge en la doctrina referente a los contratos plurilaterales, esta característica, es propia de los contratos de organización empresarial entre los cuales se encuentra la figura del consorcio, que suponen una relación de negocio entre varios sujetos que buscan desarrollar una actividad económica de manera conjunta, mismos que están encaminados al cumplimiento de un determinado proyecto, contrato, concurso o actividades que haya sido adjudicado a estos modelos contractuales.

Por otra parte, se habla de la empresa como un elemento constitutivo para la conformación de los consorcios en el Ecuador, ya que estos modelos contractuales atienden a figuras de colaboración u organización empresarial, donde el actor principal es la empresa, en provecho de aunar esfuerzos de cooperación entre empresas, generando una asociación que tiene como objetivo mejorar procesos de productividad, gestión y principalmente, optimizar la competitividad en el mercado nacional e internacional.

El Código de Comercio dentro de la estructura normativa referente al consorcio, si bien no especifica el objeto del consorcio, sin embargo, se deduce que este, estará

⁷⁴ Código de Comercio. Artículo 601. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

sujeto a lo dispuesto a la voluntad de quienes lo conformen, de acuerdo a las actividades que vayan a efectuarse, de ahí que podrán suscribir proyectos, contratos, incursionar en concursos, según la actividad a la que esté destinada prestar los servicios la figura del consorcio, por cuanto se garantiza una libertad comercial, con lo cual le permite que incursionen en la diversidad de actividades comerciales u/o mercantiles.

Sin medida de lo expuesto, el artículo 8 del Código de Comercio enumera ciertos actos comerciales y/o mercantiles que podrán estar direccionado a las actividades del consorcio; sin embargo, cabe recalcar, quedará a la libre voluntad de los consorciados establecer al momento de constituirse en un acuerdo consorcial, singularizar el objeto social del contrato.

Dentro de las actividades que se puede observar se encuentran:

- a. *La compra o permuta de bienes muebles, con destino a enajenarlos en igual forma.*
- 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 seguro;*
- l. Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza;*
- 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.*

Se tendrán como actos de comercio todos los relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.⁷⁵

Cualquiera que fuese el objeto del contrato al cual se direccionen las prestaciones del consorcio, en el caso de un contrato de seguros; transporte de bienes y personas, o un contrato de operación logística etcétera, el consorcio estará siempre regulado

⁷⁵ Código de Comercio. Artículo 8. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

bajo las reglas del Código de Comercio, en cuanto, a los actos y declaraciones de voluntad, temas de responsabilidad, oferta y perfeccionamiento de los contratos etcétera; sin embargo, será preciso definir el objeto de las prestaciones, con lo cual se garantiza la singularidad de sus actividades.

El inciso último del artículo citado, menciona que se entenderán actos de comercio a aquellas actividades que están relacionadas con empresas comerciales, se podrá destacar que el objeto del consorcio, si bien no se encuentra definido, este puede especificarse en efecto de la práctica, según las prestaciones del consorcio.

En definitiva, quedará a libre disposición el objeto del contrato del consorcio, dejando abierta la posibilidad a la diversidad de actividades consorciales, aunque creo que estarán encaminadas de acuerdo aquellas actividades para lo cual se dio origen a dicha figura.

Sin embargo, cabe mencionar que, dentro de los contratos de organización empresarial, se da una particularidad entre los sujetos que las conforman; una voluntad colectiva, que se encuentra presente tanto al momento de constituirse, así también como al momento de efectuar sus actividades, por cuanto se garantiza que el objeto del contrato estará consensuado entre todos quienes se entienden conformar un consorcio, así mismo como de su participación.

Es necesario tener en cuenta que dentro de una estructura de una figura de organización empresarial, deben encontrarse presente tres elementos fundamentales; *“ordenación de la titularidad de las relaciones activas y pasivas; ordenación de los elementos objetivos patrimoniales; ordenación de órganos o figuras destinados a promover la consecución de los fines sociales.”*⁷⁶ Si bien el nuevo Código de Comercio no especifica el objeto del contrato del consorcio, efectivamente, serán los sujetos consorciados quienes determinen la ordenación de los objetivos, en propósito del fin social para el cual les motivo a consorciarse.

Sea cual fuere el objeto del contrato, las obligaciones que se contraigan, desde su conformación, con terceras personas, deberán ser cumplidas de acuerdo a lo pactado según las modalidades de la obligación (puras y simples; condicionales; a plazo), caso contrario deberá tenerse presente, que en caso de incumplimiento, será

⁷⁶ Juan M. Farina; *Contratos Comerciales Modernos*; (2º. ed.); Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma. (1999); p 774

responsable el consorcio por las relaciones contractuales contraídas, por cuanto será necesario observar más adelante los efectos de las obligaciones recogidas en el Código Civil libro IV cuando se trate el tema de la responsabilidad contractual.

Cabe manifestar, que habrá que partir siempre desde un principio general, recogido en el artículo 1561 del Código Civil, Título XII del Libro IV en materia contractual que establece: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*⁷⁷ Naturalmente que la relación derivada de los contratos no tendría eficacia ni serviría de nada si su cumplimiento no fuese obligatorio, porque de otro modo el contratante de buena fe estaría siempre a merced del contratante malicioso, los contratos tienen fuerza de ley entre quiénes lo celebran.

El Código de Comercio reconoce a la figura del consorcio con la capacidad para celebrar contratos, por lo tanto, se entiende a una figura consorcial, el poder hacer frente a las obligaciones contractuales, sea desde una situación activa dentro de la obligación, es decir como acreedor o caso contrario como deudor o sujeto pasivo de la situación jurídica convenida; será preciso por lo tanto observar toda regla concerniente a las obligaciones, así también a su naturaleza (dar, hacer, no hacer); conformación, perfeccionamiento de los contratos; en cuanto a la unidad o pluralidad de vínculos (sujetos), así como también los efectos que acarrear su incumplimiento, con ello se determinara un posible panorama de responsabilidades del consorcio de constituirse en sujeto pasivo de una relación contractual, situación que deviene precisamente de la naturaleza jurídica que se atribuya a esta figura jurídica.

3. Requisitos

Entre los requisitos para la conformación del Consorcio Mercante que recoge el Código de Comercio, establece que deberá efectuarse mediante escritura pública según el artículo 604.-

⁷⁷ Código Civil. Artículo 1561. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

“El acuerdo consorcial deberá constar por escritura pública y en él, independientemente de otras disposiciones o regulaciones de las relaciones entre los participantes, constará necesariamente la declaración de que su responsabilidad es solidaria para el cumplimiento de los compromisos, obligaciones y daños derivados de las actividades del mismo.”⁷⁸

Es importante destacar que en dicha escritura constará con las declaraciones de responsabilidad, compromisos, obligaciones de todos los miembros del consorcio tal como lo recoge el artículo precedente, además, se menciona que contendrá de forma expresa, la cláusula de responsabilidad solidaria para el cumplimiento de las obligaciones o compromisos que pudiera ser participe el consorcio con terceros.

Cabe manifestar que, en todo acto o contrato realizado por figuras mercantiles recogidas en el Código de Comercio, se atenderá a su vez a la aplicación supletoria del Código Civil en cuanto a temas de responsabilidades; formas de extinción y conformación de los contratos etc.

Por otra parte, si bien en la norma, no se hace referencia el tema de los aportes (capital operativo) para la constitución de los consorcios, se recoge en criterio de la doctrina, que trata de un elemento para su constitución, el cual se manifiesta que deberá hacerse constar los distintos aportes de cada uno de los consorciados, entendiéndose como un patrimonio operativo, con el que le permitirá ejecutar toda prestación a la que estén direccionadas las funciones del acuerdo consorcial.

Es importante el tema de los aportes, si bien estos contratos de colaboración u organización empresarial, atienden a la finalidad de anuar esfuerzos y la posibilidad de emprender en operaciones comerciales u/o mercantiles; es efectivamente necesario la integración de un capital operativo que comprende el aporte (capital social), y lo harán de forma común e igualitaria; sin embargo, cabe una particularidad, el consorcio al no conformar una persona jurídica, el aporte de los consorciados, este no se integra como un patrimonio independiente como lo haría un contrato de sociedad civil (capital social); por lo tanto los aportes (capital operativo) efectuadas en el consorcio, este mantienen su autonomía jurídica,

⁷⁸ Código de Comercio. Artículo 604. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

administrativa y económica, es decir permanecen en el patrimonio de cada consorciado, no conforman un patrimonio autónomo, puesto que de demandarse por un acreedor al consorcio solicitando respectivas medidas cautelares, los aportes que fueren realizados por cada consorciado, entendemos podrán ser sujetos de acciones legales de tal manera que se garantice las acciones en contra el consorcio.

Los consorcios como se establece en el Código de Comercio, responderán solidariamente por sus obligaciones de tal manera que deberá tenerse en cuenta por los acreedores al momento de ejecutar una obligación y por su puesto a quien estará direccionado el pago de la obligación; a uno, a varios o todos.

“Se entiende por obligaciones solidarias aquella en que todos los deudores responden por toda la obligación de forma individual; y, por consiguiente, todos los acreedores pueden ejercer el cobro de toda la obligación a cualquiera de los deudores. (...) puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum.”⁷⁹

En cuanto al tema de la inscripción de la minuta del consorcio, en el registro mercantil, el Código de Comercio no hace referencia alguna a este tema; sin embargo, cabe precisar que tanto el otorgamiento de escritura pública para la constitución, como la inscripción se consideran como requisitos de forma, que son comunes a todas las sociedades mercantiles, cualquiera se entienda su clase, u naturaleza comercial u/o mercantil. Sin embargo, los consorcios, si bien no se les reconoce actualmente como sociedades mercantiles en la legislación ecuatoriana; se entiende que, desde su constitución, así como los distintos actos u contratos que desarrolle, (actividades mercantiles) estará enteramente sujeto a lo dispuesto en el Código de Comercio; es así que el artículo 22 de Código de Comercio, recoge a la publicidad de los asuntos mercantiles; es decir, será publica toda información relevante, acerca de las actividades mercantiles realizadas por los sujetos o compañías mercantiles reconocidas en este código y que además deberán inscribirse en el libro de sujetos mercantiles que llevara a cabo el Registro Mercantil.

⁷⁹ Código Civil. Artículo 1527. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

A efecto del principio de publicidad, por lo tanto, se entendería necesario, además de relevante; realizar tal registro, ya que se garantizará con ello, y permite ser pública la información sobre la identificación de todos los miembros del consorcio y garantiza con ello a los acreedores, la certeza de la singularidad de cada sujeto consorciado que compone esta figura contractual; siendo está, comprendo la intención de la norma cuando lo corrobora claramente en el artículo 22 del Código de Comercio; *“Se deberá inscribir en el libro de sujetos mercantiles que llevará el Registro Mercantil, la siguiente información o actos relacionados con los sujetos mercantiles descritos en este Código:*

- a. *La información que permita identificar o localizar al empresario o comerciante misma que será obtenida del Registro Único de Contribuyentes.”*⁸⁰

Sin medida de lo expuesto, la inscripción de la minuta de constitución, se reconoce como ya lo expuse, requisito de forma propicio para la constitución de las sociedades mercantiles, de no cumplirse con la misma, la sociedad mercantil subsiste de igual forma; todas las relaciones sociales que se hubieren pactado entre los sujetos consorciados, realizadas de común acuerdo, se obligan de igual manera en cuanto al aporte del capital operativo, así como las condiciones y relaciones asumidas.

Se entiende con ello, que la falta de inscripción no le resta validez al acuerdo consorcial, lo que se hubiere estipulado por los sujetos consorciados (minuta) o las relaciones que pudieran contraerse de este con terceros, de igual forma subsiste; la validez y eficacia de las obligaciones estipuladas se admite desde una óptica en la que los consorciados, exijan el cumplimiento de las obligaciones sociales, y por otra parte, el acreedor exija a su vez, el cumplimiento de las prestaciones pactadas con el consorcio, garantizando con ello la validez de lo actuado por las partes consorciales, y del consorcio con terceros.

Desde este punto, las actividades de los consorcios estarán encaminadas al cumplimiento de la prestaciones comerciales y/o mercantiles y serán reguladas por

⁸⁰ Código de Comercio. Artículo 22. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

el Código de Comercio efectivamente, sin embargo para efectos de identificar o localizar al empresario o comerciante que atiende a este modelo contractual, creo necesario la inscripción en el Registro Mercantil, si bien el Código de Comercio no recoge la obligatoriedad de la misma, es menester efectuarla para efectos de garantizar la seguridad jurídica de quien contraiga relación contractual con el consorcio, teniendo a libre disposición y conocimiento quienes integran esta figura.

En conclusión, los requisitos para la celebración del contrato de consorcio en la legislación ecuatoriana constan de:

1. Escritura pública. - En la escritura se detallará las relaciones entre los participantes, compromisos, obligaciones; constará además la declaración de responsabilidad solidaria; el aporte de los sujetos consorciados; el objeto del contrato.
2. En el caso de personas jurídicas que integren un consorcio, deberán adjuntar los nombramientos y poderes respectivos, documentos que formaran parte de la escritura pública.
3. La inscripción en el Registro Mercantil. – Por último, una vez otorgada la escritura de constitución se realizará su posterior inscripción.

4. Marco Jurídico

El marco jurídico que presenta el actual Código de Comercio, respecto del Consorcio Mercante se encuentra conformado por 7 artículos que se desarrollan bajo este acápite, con un respectivo análisis; desestructurando así este modelo contractual reconocido actualmente en la legislación ecuatoriana, buscando establecer con ello, los alcances en la ley de este modelo contractual.

En el detalle del marco jurídico del consorcio mercante en la ley, en principio se conceptualiza a una figura consorcial y se observa distintos elementos, con el cual se estructura al consorcio mercante, como lo es; escritura pública (contrato) y según la pluralidad de vínculos que se conforman, es decir, se reconoce a un contrato plurilateral, conformado por varios sujetos, personas naturales, jurídicas o empresas.

Código de Comercio Artículo 601.- *El consorcio o acuerdo consorcial, consiste en un contrato mediante el cual dos o más personas, sean estas naturales o jurídicas, o empresas, se unen entre sí con el objeto de participar de manera unívoca (consorcial) en un determinado concurso, proyecto o contrato o en varios a la vez.*⁸¹

Por lo tanto, podemos destacar dos elementos en la estructura legal del consorcio:

1. Una figura eminentemente contractual.
2. Conformado por varias personas. (plurilateral)

Esto por un lado, por otra parte, se observa en el artículo citado que los consorcios una vez constituidos, podrán suscribir y negociar contratos con terceros, de igual forma podrán participar en todo proyecto, concurso que se presente el acuerdo consorcial; con esto, es menester tener en cuenta las reglas generales a todos los actos y contratos, así de igual importancia, tener presente el efecto en cuanto las obligaciones, puesto que las consecuencias de una relación jurídica contractual, van a crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones; será preciso por lo tanto señalar las responsabilidades del deudor, frente al incumplimiento de las mismas, en las cuales pudiera verse inmerso al consorcio.

Por lo expuesto, pienso que de constituirse la figura del consorcio en deudor, es necesario tener presente los efectos que conlleva el incumplimiento de las prestaciones que se hubieran pactado en un contrato con el acreedor, puesto que para este último, se garantiza en la ley ciertas acciones que permite exigir el cumplimiento de lo que se hubiera pactado; de tal forma que es importante señalarlo en detalle más adelante en el capítulo de responsabilidades que se ha destinado en este trabajo efectivamente; en resumen, quedara únicamente, exigirle al consorcio el cumplimiento de la obligación, o la rescisión del contrato con el pago de las respectivas indemnizaciones en favor de los perjuicios que hubiera ocasionado a la contraparte; se atenderá frente a lo expuesto en correlación a las reglas del Código Civil artículo 1572 de la indemnización y perjuicios; (...) *comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse*

⁸¹ Código de Comercio. Artículo 601. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroticial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”⁸²

En el actual Código de Comercio se tipifica a la responsabilidad contractual, por concepto de contratos con cláusulas con prestaciones irrisorias; Código de Comercio, artículo 217: “*Se entiende por prestación irrisoria, aquella que es ínfima, inequivalente o desequilibrada en relación a la contraprestación del otro contratante.*”⁸³ Para que dichas prestaciones se consideren irrisorias a más de ser ínfimos, deberá además comprenderse inequivalentes o desequilibrados.

“Ya sea que constituya la totalidad del contrato o una o más de sus cláusulas, se deberá tener en consideración, entre otros, los siguientes factores: a) Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y, b) La naturaleza y finalidad del contrato.”(...)”*Cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria en su monto, en consideración a la contraprestación de la otra parte, no habrá contrato conmutativo o de prestaciones correlativas, y en consecuencia el contrato o cláusula será absolutamente nulo. A petición de la parte legitimada para resolver el contrato, el órgano jurisdiccional podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.*”⁸⁴

Por lo tanto, de incurrir la figura del consorcio en la conducta descrita en el artículo precedente, como es el hecho efectivamente de suscribir contratos o estipular cláusulas que contengan prestaciones irrisorias; quien se aproveche en desconocimiento de la contraparte a presentar una prestación que se mira infinita e inequivalente en consideración a la contraprestación, será responsable por los perjuicios que por ello pueda acarrear.

⁸² Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁸³ Código de Comercio. Artículo 217. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

⁸⁴ Código de Comercio. Artículo 217. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

En definitiva, se debe observar que en todo contrato las prestaciones se miren como equivalentes, al momento de concretar un contrato; aquellas prestaciones inequivalentes que conlleven intereses propios e injustificados o necesidades apremiantes, toda cláusula o contrato en este sentido será nulo.

Sin embargo estas circunstancias son subsanables según lo describe el inciso último del artículo citado y presenta dos vías, ya sea que a petición de quien se entiende legitimado como parte contractual, procure equilibrar lo estipulado, y ajustando dichas prestaciones irrisorias a criterios equivalentes en efecto del principio de lealtad negocial que reconoce el mismo Código de Comercio; o por su defecto, por medio de los órganos jurisdiccionales, sin embargo de haberse ocasionado un perjuicio, se deberá efectuar el pago a lo que corresponda por concepto de indemnizaciones que hubiera podido ocasionar tal conducta.

El actual Código de Comercio como se observa, reconoce la responsabilidad contractual no solo por incumplimiento de lo que se hubiere pactado, sino, además frente aquellos contratos que contengan cláusulas irrisorias, por lo cual se avizora un panorama de posibles responsabilidades que pudiera encontrarse inmiscuido la figura del consorcio.

Por otra parte, se menciona a los actos preparatorios (negociaciones) para la suscripción de un contrato como fuentes de responsabilidad. El artículo 221 del Código de Comercio reconoce: (...) *las partes pueden mantener negociaciones formales o informales o realizar ciertos actos tendientes a la celebración del contrato,*”⁸⁵ y se acarrea responsabilidad cuando (...) *alguno de los intervinientes, interrumpe o suspende estas negociaciones con mala fe, deberá asumir su responsabilidad, por los daños y perjuicios, causados a la otra parte, pudiendo el afectado iniciar las acciones de competencia desleal, libre competencia o responsabilidad civil extracontractual pertinentes.*”⁸⁶

Efectivamente un consorcio que negocie la suscripción de contratos con terceros, y de incurrir en una conducta que conlleve la interrupción o suspensión de aquellas

⁸⁵ Código de Comercio. Artículo 221. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

⁸⁶ Código de Comercio. Artículo 221. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

negociaciones tendientes a la celebración de un contrato, comprobándose con ello la mala fe; se entenderá solidariamente responsables de manera extracontractual, todos los miembros del consorcio, pudiendo demandarse por quien se entiende perjudicado daños y perjuicios que se pudieron haber percibido.

Se debe tener en cuenta que el consorcio será directamente responsable y de manera solidaria por todos los actos y contratos que se realicen una vez que este se encuentre conformado.

Artículo 602 del Código de Comercio: *“El acuerdo consorcial que se celebre genera efectos jurídicos, entre las partes que lo celebran y también para con el destinatario de la oferta o de la contraparte contractual cuando se presenta la oferta de manera consorcial, o se suscribe un contrato a nombre del consorcio, sin perjuicio que, por ello, los integrantes del consorcio dejen de estar individual y solidariamente obligados al cumplimiento de sus obligaciones.”*⁸⁷

Cabe mencionar, que los distintos actos o contratos podrán ser suscritos o realizados de manera consorcial, o a su vez de forma individual por cada uno de sus integrantes; o en el caso de haberse nombrado un representante general este podrá actuar a nombre del consorcio, de tal forma que lo que se actúe; se celebre o negocie por cualquiera de los antes mencionados, se entenderá, de una u otra manera como solidariamente responsable al acuerdo consorcial.

Código de Comercio: Artículo 606.- *“Los miembros del consorcio podrán designar un administrador del mismo, y lo harán mediante el otorgamiento de un poder general. Los miembros del consorcio responderán por todos los compromisos que dicho mandatario contraiga, aun cuando no hayan participado en el otorgamiento del respectivo poder.”*⁸⁸

Téngase en cuenta que el representante general será designado por los miembros del consorcio, quien constara en la minuta de constitución, y mediante un poder general, este podrá actuar, en provecho de los intereses del acuerdo consorcial; todo

⁸⁷ Código de Comercio. Artículo 602. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

⁸⁸ Código de Comercio. Artículo 602. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

acto o contrato efectuados por el mandatario serán vinculantes para todo el consorcio; el mandato según las reglas del artículo 2020 se considera: *“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”*⁸⁹

Continuando con los artículos del Código de Comercio se encuentra el artículo 603 que establece. - *“Por las obligaciones que se contraigan a nombre del consorcio, así como por los daños atribuibles a las actividades desarrolladas por los consorcios, responderán, de manera solidaria los integrantes del mismo. No obstante, entre los integrantes del consorcio podrán establecerse, a su vez, los alcances de las responsabilidades que le corresponde asumir a cada uno. En caso de no haber pactado aquello, el miembro del consorcio que solucione las obligaciones que existan a cargo de éste, procederá de la misma manera que el codeudor solidario según las disposiciones del Código Civil.”*⁹⁰

De este artículo se destacan varias circunstancias en temas de responsabilidad que puede hacer frente la figura del consorcio; si bien se manifestó en párrafos anteriores ya a la responsabilidad contractual por tema de contratos con cláusulas irrisorias, o por negociaciones interrumpidas o que fueran suspendidas, generado consigo un perjuicio a la contraparte; en el artículo 603 en análisis, además se hace mención a la responsabilidad extracontractual, por concepto de actividades desarrolladas por el consorcio, y que de ello pudiera generarse un daño con respecto de un tercero. Así mismo el artículo 604 Código de Comercio, inciso final señala de igual forma este tema, y reconoce la responsabilidad por; (...) *daños derivados de las actividades del mismo*⁹¹ ; se refiere a las actividades derivadas del consorcio.

En resumen, se desprende que el consorcio no será únicamente responsable por las relaciones jurídicas contractuales que se hubieran contraído, o de aquellos actos preparatorios tendientes a la celebración de un contrato, sino que se reconoce además, la responsabilidad del consorcio por efecto de las actividades que ejecute

⁸⁹Código Civil. Artículo 2020. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

⁹⁰ Código de Comercio. Artículo 603. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

⁹¹ Código de Comercio. Artículo 604. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

y que de ello resultare perjudicado una tercera persona, que por negligencia se causó el injusto dañoso y que tiene como efecto la responsabilidad extracontractual del consorcio, por ello será preciso observar las reglas establecidas en el Código Civil para efectos de culpabilidad y el resarcimiento de perjuicios por concepto de responsabilidad extracontractual.

Téngase en cuenta la responsabilidad del consorcio es expresamente solidaria, sin embargo, frente al pago o extinción de las obligaciones, por uno de los miembros consorciados, este se encuentra facultado a repetir el pago contra el resto de los codeudores consorciados, según las reglas del Código Civil y así es como lo recoge el inciso ultimo del artículo 603 del Código de Comercio: *“En caso de no haber pactado aquello, el miembro del consorcio que solucione las obligaciones que existan a cargo de éste, procederá de la misma manera que el codeudor solidario según las disposiciones del Código Civil.”*⁹²

Las reglas que atiende el inciso final del artículo 603 del Código de Comercio se regirá en sus efectos a lo que se encuentra expresado en el Código Civil artículo 1538. *“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.”*⁹³

Por otra parte el artículo 604 del Código de Comercio hace referencia al tema de la suscripción de una escritura pública como requisito necesario para la conformación del consorcio; *“El acuerdo consorcial deberá constar por escritura pública y en él, independientemente de otras disposiciones o regulaciones de las relaciones entre los participantes, constará necesariamente la declaración de que su responsabilidad es solidaria para el cumplimiento de los compromisos, obligaciones y daños derivados de las actividades del mismo.”*⁹⁴ Es un tema que ya se trató anteriormente, sin embargo esta minuta de constitución podrá servir además como medio de prueba documental que al tenor del artículo 193 del Código

⁹² Código de Comercio. Artículo 603. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

⁹³ Código Civil. Artículo 1538. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁹⁴ Código de Comercio. Artículo 604. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

Orgánico General de Procesos se entiende por prueba documental. (...) *todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho.*”⁹⁵ En concordancia al artículo 205 ibidem, se entiende por documento público (...) *el autorizado con las solemnidades legales.*”⁹⁶

Adelantándonos al tema, resulta de tal importancia la minuta como prueba documental, además de ser determinante su conducencia, la pertinencia y la utilidad, servirá para demostrar “1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario, según el caso. 2. La cosa, cantidad o materia de la obligación. 3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos. 4. El lugar y fecha del otorgamiento. 5. La suscripción de los que intervienen en él.”⁹⁷ Esta información contenida en la minuta, trae consigo como lo manifesté, efectos jurídicos que resultan necesarios revisarlos en detalle más adelante.

Por otra parte, el artículo 605 del Código de Comercio hace mención a la naturaleza jurídica de los consorcios y establece que: “*El consorcio no constituye una persona jurídica, pero tiene el trato de sociedad de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno.*”⁹⁸ La norma hace referencia que son figuras de naturaleza contractual y no constituyen personalidad jurídica alguna al momento de su conformación. Sin embargo, se refiere al trato como sociedad en la ley tributaria únicamente a efectos de la responsabilidad solidaria de los sujetos consorciados por concepto del pago de tributos.

REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, (LORTI).

Artículo 3.- “*De los consorcios. - De acuerdo con lo que establece la Ley de Régimen Tributario Interno, los consorcios o asociaciones de empresas son considerados sociedades, y por tanto, sujetos pasivos del impuesto a la*

⁹⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 193. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁹⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 205. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁹⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 206. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁹⁸ Código de Comercio. Artículo 605. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

renta, por lo que deben cumplir con sus obligaciones tributarias y deberes formales, entre los que están los de declarar y pagar dicho impuesto. En todos los casos, los miembros del consorcio serán solidariamente responsables, por los tributos que genere la actividad para la cual se constituyó el consorcio.”⁹⁹

Cabe manifestar que el reglamento antes citado determina claramente que el trato como sociedad que recibirán los consorcios conforme a esta norma, será en efecto por concepto del pago de tributos que genere la actividad comercial u/o mercantil del consorcio, y que se expresa que serán solidariamente responsables al pago, todos los sujetos consorciados.

Es necesario de igual forma analizar, siguiendo con la cronología de los artículos, dentro de la estructura jurídica del consorcio, se reconoce el tema de la designación de un administrador, según lo reconoce el Código de Comercio; este se efectuará, mediante el otorgamiento de un poder general, el cual deberá ser elegido por los sujetos miembros del consorcio, lo que le faculta para que represente y conduzca los negocios u otro tipo de actividades en nombre del consorcio.

Artículo 606.- “Los miembros del consorcio podrán designar un administrador del mismo, y lo harán mediante el otorgamiento de un poder general. Los miembros del consorcio responderán por todos los compromisos que dicho mandatario contraiga, aun cuando no hayan participado en el otorgamiento del respectivo poder.”¹⁰⁰

El mandato no es otra cosa según las reglas del Código Civil artículo 2020: (...) *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.*¹⁰¹

⁹⁹ Reglamento para Aplicación Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento 209 de 08-jun.-2010

¹⁰⁰ Código de Comercio. Artículo 606. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹⁰¹ Código Civil. Artículo 2020. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

Hay dos tipos de poderes, uno especial y otro general. El artículo 2034 del Código Civil menciona que el poder especial (...) *comprende uno o más negocios especialmente determinados* y es general (...) *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.*¹⁰²

La responsabilidad del mandatario será que únicamente responde hasta culpa leve; artículo 2033 Código Civil: *El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.*¹⁰³

Por último, se establece la capacidad que tiene cada miembro del consorcio para actuar a nombre de este. Artículo 607: *Cualquiera de los miembros del consorcio podrá actuar a nombre de éste, y con su sola actuación obligará al resto de los consorciados en los términos que se señala en este capítulo.*¹⁰⁴

En definitiva, todo acto o contrato efectuado de manera consorcial o en la individualidad del sujeto consorciado, se procura en la ley de forma reiterada según lo señalado en los artículos citados, la responsabilidad solidaria de consorcio; un detalle en particular presente en la legislación ecuatoriana, puesto de lo que se observó, en la legislación comparada, dicha figura no ostenta tal capacidad de hacer frente a sus obligaciones de manera solidaria; esto sin duda resulta importante y garantizara a los acreedores poder ejecutar las obligaciones a uno, a varios o todos los sujetos consorciados.

5. Elementos y Características:

Como un elemento fundamental para integrar a un consorcio, se establece como partes consorciales según se describe en el artículo 601 del Código de Comercio que comprende a:

1. Personas naturales.

¹⁰² Código Civil. Artículo 2034. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

¹⁰³ Código Civil. Artículo 2033. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

¹⁰⁴ Código de Comercio. Artículo 607. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

2. Personas jurídicas.
3. Empresas.

En cuanto a la característica que se pueden destacar del acuerdo consorcial, se consideraría un contrato solemne, ya que se constituye mediante escritura pública, en la que se deberán detallar de forma expresa, las disposiciones y regulaciones de las relaciones entre los consorcios, así como de las distintas obligaciones; además de la declaración expresa de la responsabilidad solidaria del consorcio.

Otra de las características que se recoge, trata de una figura consensual, se perfecciona con la sola voluntad de quienes están interesados en la conformación del consorcio, sin embargo, el consentimiento presente en los contratos donde participa una pluralidad de sujetos guarda cierta particularidad, que se puede decir que varía de la voluntad de un contrato bilateral. En las figuras contractuales plurilaterales, se procura una voluntad colectiva, es decir una manifestación de voluntad de manera unitaria, que conlleva resolver temas como vicios del consentimiento; defectos de capacidad (absoluta o relativa); las obligaciones respectivamente, que pactan los sujetos, en relación al objeto social del contrato. Téngase en cuenta, por lo tanto, que, en un consorcio, toda manifestación de voluntad tendrá origen en una voluntad concurrente.

Por otra parte, si se quisiera clasificar al acuerdo consorcial, dentro de las formas contractuales, que reconoce el Código Civil en la legislación ecuatoriana, se distingue, ya que no se reconoce el tipo de contratos plurilaterales que, según la doctrina, es una de las características fundamentales de los consorcios; por tanto, no puede incurrirse en el error de confundirlo con aquella categoría recogida en la norma contenida del artículo 1454 del Código Civil (unilaterales y bilaterales).

Cabe manifestar que dicha característica, al ser un contrato plurilateral no únicamente hace alusión a la cantidad de sujetos que integran el contrato, sino que también esta característica alude a una formación de voluntad colectiva al momento de celebrarse este tipo de contratos; son figuras contractuales que determinan prestaciones que están dirigidas a la obtención de un fin común mas no intereses contrapuestos como es el caso de los contratos bilaterales según el Código Civil; artículo 1454.- *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga*

para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”¹⁰⁵, en el caso de las figuras plurilaterales su particularidad es que son contratos que tienen plena intención de agrupar varios sujetos con un fin social en común, de colaboración u organización entre quienes lo integran.

Sin embargo, el inciso final del artículo 1454 señala que las partes que integren un contrato pueden ser una o muchas personas, es decir: se podría entender que se reconoce a los contratos que están conformados por una pluralidad de personas, sin embargo, no se recoge en la ley de forma taxativa a un contrato bajo estas características.

En la clasificación de los contratos propiamente que reconoce el Código Civil, los consorcios pueden encuadrar bajo un tipo de contrato conmutativo que, según el artículo 1457 se entiende como 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.*”¹⁰⁶ Se puede decir, que entre las características que se observa de los consorcios, son contratos onerosos, ya que se conforman con el aporte que realiza cada sujeto y que deberá verse de manera equivalente a la contraprestación de la contraparte.

Por otro lado, no se hace mención a la temporalidad, ya que es otra característica que se desarrolla en la doctrina en referencia a los consorcios, pero lo que se visualiza en artículo 601 es que el objeto del contrato estará encaminado a las actividades que devengan de un contrato, proyecto o concurso, por cuanto creería que una vez concluido, el consorcio se entendería disuelto, sin embargo, la ley no hace referencia a este tema.

Cabe manifestar que este tipo de figuras contractuales como lo es los contratos de organización empresarial, dentro de los cuales se mencionan a los consorcios, procuran desarrollar una relación negocial, como finalidad de una actividad económica, pero que se encuentra sujeta a un desenvolvimiento continuado por un lapso de tiempo, es decir, son contratos que tienen un periodo de duración.

¹⁰⁵ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁰⁶ Código Civil. Artículo 1457. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Juan Manuel Farina los determina en dos clases a este tipo de contratos; “*contratos de duración de ejecución continuada, o contratos de duración de ejecución periódica,*”¹⁰⁷ por lo tanto constituye un elemento esencial su duración en el tiempo, en razón de que estos contratos resultaría impensable el cumplimiento del objeto del contrato en una sola ejecución, de manera instantánea; su duración valga su redundancia resulta ese vínculo obligatorio como condición esencial para que el contrato produzca ese efecto querido por las partes de manera durable o continuada en un lapso de tiempo.

La duración sin embargo no resulta de la mera voluntad de las partes, sino más bien del hecho de que sin ese tiempo de duración el contrato resultaría inútil; constituye un elemento propio de la naturaleza de este tipo de contratos.

6. Personalidad Jurídica

Artículo 605: “*El consorcio no constituye una persona jurídica, pero tiene el trato de sociedad de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno.*”¹⁰⁸ Cabe recalcar que el tema del trato como sociedad en la Ley de Régimen Tributario Interno es para efectos de responsabilidad solidaria, según lo señala el artículo 3 de dicha ley.

REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, (LORTI)

Artículo 3.- “*De los consorcios. - De acuerdo con lo que establece la Ley de Régimen Tributario Interno, los consorcios o asociaciones de empresas son considerados sociedades, y por tanto, sujetos pasivos del impuesto a la renta, por lo que deben cumplir con sus obligaciones tributarias y deberes formales, entre los que están los de declarar y pagar dicho impuesto. En todos los casos, los miembros del consorcio serán solidariamente*

¹⁰⁷ Juan M. Farina; *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma. (1999); p 773

¹⁰⁸ Código de Comercio. Artículo 605. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

responsables, por los tributos que genere la actividad para la cual se constituyó el consorcio.”

Este artículo solventa el vacío existente en torno al tema de la naturaleza jurídica de este contrato, ya que se deja claro que dicha figura es de naturaleza contractual y no societaria y por ende no se le dota de personalidad jurídica alguna.

Cabe manifestar que al reconocerle al consorcio como una figura de naturaleza contractual, se descarta la ambivalencia de criterios y la ambigüedad que existía en torno a este modelo contractual, ya que por un lado se afirmaba por parte de la doctrina que los consorcios que se constituían en el Ecuador debían encontrarse regulados bajo las reglas del contrato de sociedad por su semejanza, haciendo la analogía de que al momento de constituirse ambas figuras eran semejantes en cuanto a sus elementos constitutivos, y por ende, bajo los efectos jurídicos de la figura de la sociedad, el consorcio constituía una personalidad jurídica capaz de adquirir derechos y obligaciones.

Los elementos de los cuales se hacía una analogía a la figura de la sociedad en relación al contrato de consorcio, se encuentran presentes en el Código Civil; por parte del consorcio estas figuras se constituían en la pluralidad de sujetos así como también con el aporte que se realizaba por cada uno de los miembros del consorcio, y lo que señala el artículo 1597 del Código Civil, la sociedad se considera: (...) *un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.*¹⁰⁹ Es por ello que se le asemejaba a la figura del consorcio con la de un contrato de sociedad y por ende, se le llegaría a reconocer personalidad jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Sin embargo, frente a lo que se encuentra vigente en el actual Código de Comercio, se llega a regular de manera acorde cualquier vacío que se presentara anteriormente en relación al consorcio, estableciendo expresamente su naturaleza jurídica.

Conclusión:

¹⁰⁹ Código Civil. Artículo 1597. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Al no contar con personalidad jurídica la figura del consorcio no constituye un ente capaz de ejercer derechos como de contraer obligaciones, así como de ser representado frente a una contienda legal; sin embargo, cabe mencionar que, a efectos de ser representado, se entiende que deberá designar procurador judicial con cláusula especial para transigir: Artículo 293.- *“Comparecencia. Las partes están obligadas a comparecer personalmente a la audiencia preliminar, con excepción que se haya designado una o un procurador judicial o procurador común con cláusula especial o autorización para transigir”*¹¹⁰.

El consorcio al no constituir personalidad jurídica, en caso de un litigio, no se le reconocería como sujeto procesal a este ente colectivo de organización empresarial, por cuanto no podrá ser participe si no es por medio de un procurador judicial; artículo 30 del Código Orgánico General de Procesos reconoce como sujetos procesales; artículo 30.- *“Las partes. El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser: 1. Personas naturales; 2. Personas jurídicas; 3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos; 4. La naturaleza.”*¹¹¹ Por lo cual, deberá designarse procuración judicial con cláusula especial que le permita transigir a quien figure como mandatario; artículo 41.- *“Procuradoras y procuradores judiciales. Son las o los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso por la o el actor o la o el demandado.”*¹¹²

Sin embargo, se debe manifestar que en los contratos de consorcio al momento de su constitución no existe la designación de un representante legal, y tampoco el Código de Comercio lo establece como requisito, sino únicamente se habla de un mandatario general el mismo quien será el encargado de administrar en procura de los intereses de los sujetos consorciados y que será designado por todos quiénes conformen el consorcio.

¹¹⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 293. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹¹¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹¹² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 41. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Desde mi punto de vista implicaría un inconveniente en materia procesal el hecho de no contar con un representante legal la figura del consorcio; al tratarse de un ente colectivo de organización empresarial en el que sus actores son varios sean estas personas naturales, jurídicas o empresas, resultaría necesario la designación de un representante legal a efecto de que figure a todos los miembros del consorcio, ya que al proponer la demanda en contra del consorcio, la designación del demandado, se lo haría directamente a su representante legal; de igual manera en relación a temas de citación, se lo realizaría hacia su representante legal entendiéndose por citado a todos los miembros del acuerdo consorcial.

La norma no hace referencia a este tema, sin embargo, creo pertinente la designación del representante legal, a efecto de lo mencionado en el párrafo anterior, sin embargo, la designación de un representante legal es una condición propia de las personas jurídicas como incapaces relativos que lo son y que por imperativo legal deben actuar debidamente representados, y que en el caso de los consorcios son entes sin personería jurídica, sin medida de aquello, la norma no prohíbe, entiéndase que en derecho privado puede realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido en la ley.

En conclusión sin dejar de lado lo mencionado el párrafo anterior, el marco jurídico que regula el Código de Comercio en relación al contrato de consorcio, es claro, expresa los distintos elementos, características, obligaciones cuanto responsabilidades de esta figura, solventando con ello la atipicidad en la atmosfera de este contrato dentro de la legislación ecuatoriana anterior a la promulgación del nuevo Código, por cuanto se determina una estructura eminentemente contractual, estableciendo una seguridad jurídica para quienes se conformen en consorcio y a su vez para los acreedores.

CAPÍTULO IV

Responsabilidad de los Consorcios frente a terceros

1. Responsabilidad Civil

No se define en el Código Civil ecuatoriano lo que se debe entender por obligación, sin embargo, se hace mención a sus elementos esenciales en distintos artículos.

Barros Errazuris citado del texto “Teoría General de las Obligaciones” indica que se entiende por obligación: *“Un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una parte queda ligada respecto de otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”*¹¹³

Claro Solar define también a la obligación como *“un vínculo jurídico en virtud del cual una personase encuentra en la necesidad de procurar a otra persona el beneficio de un hecho o de una abstención determinada y susceptible generalmente de estimación pecuniaria”*.¹¹⁴

Se puede afirmar que la obligación es un vínculo, que ata a una persona con otra, comprometiéndole a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Laurent afirma de tal manera que la obligación corresponde a que:

“La persona obligada se halla encadenada como lo estaría una persona que estuviera cargada de cadenas. Aquel en cuyo provecho se ha comprometido a dar o hacer, puede arrastrarles a los tribunales y hacerla condenar a prestar aquello que está obligada; no es liberada de esta cadena sino cuando ha ejecutado la prestación... es un lazo de derecho el que encadena al deudor, pero este lazo puede ser comparado a fierros

¹¹³ Morales J. 1995. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca-Ecuador. Editorial PUDELECO, Pág. 5.

¹¹⁴ Morales J. 1995. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca-Ecuador. Editorial PUDELECO, Pág. 5.

corporales ya que priva al deudor de su libertad o se la disminuye; puede ser constreñido por la fuerza pública a cumplir sus compromisos."¹¹⁵

En este sentido, se establece que toda obligación presenta un aspecto activo que desarrolla la doctrina: (...) *un poder o facultad para exigir algo; y uno pasivo; un deber de dar hacer o no hacer.*"¹¹⁶

El aspecto activo corresponde al acreedor, y, por el contrario, el pasivo al deudor; otro elemento fundamental entre el acreedor y deudor es la obligación, la cosa o prestación que se debe. Se considera que el contrato es la fuente más común y directa de las obligaciones, por la cual se crea esta relación entre ambos sujetos, sin embargo, la deuda no es lo mismo que la responsabilidad, la deuda es la parte pasiva de la obligación, entendida como esa capacidad que tiene el acreedor de obligar a la parte pasiva a efectuar el cumplimiento de la obligación, de esta manera, el acreedor procura el cumplimiento de la obligación, o la reparación del perjuicio ocasionado por el incumplimiento. Esta responsabilidad se efectiviza cuando el deudor ha incurrido en incumplimiento.

En el caso de que las partes pactaron mediante contrato el cumplimiento de un objeto claro y preciso, estas partes no pueden ligarse directamente al pago de una indemnización; como se tiene conocimiento, el contrato es ley para las partes y deberán cumplirse de buena fe. Pero lo que puede suceder es que el acreedor contrate alguna prestación de servicio o ejecución de algún proyecto y el deudor incurra en incumplimiento, este deberá indemnizar efectivamente por la transgresión de lo que se hubiera pactado, presentándose como consecuencia la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado.

En este caso, el deudor puede ser responsable según el Código Civil de culpa lata, en los casos que el beneficio sea únicamente para el acreedor; culpa leve cuando el beneficio sea recíproco para ambas partes, y levísimo cuando el beneficio represente únicamente para el deudor.

Artículo 1563.- *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable*

¹¹⁵ Morales J. 1995. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca-Ecuador. Editorial PUDELECO, Pág. 5.

¹¹⁶ Morales J. 1995. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca-Ecuador. Editorial PUDELECO, Pág. 5.

de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio."¹¹⁷

Por lo tanto, la obligación establece una situación jurídica o relación obligatoria, en la que se encuentra por una parte el acreedor y por otra el deudor; este último que estará obligado a realizar determinada conducta, de dar, hacer o no hacer en favor del acreedor respectivamente. Por ejemplo, la obligación del vendedor, de transmitir y entregar la propiedad de la cosa vendida y por parte al comprador de recibirla

La parte activa va a poder compeler al deudor por incumplimiento de lo pactado, de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones como lo expresa el Código Civil, según se hayan convenido, y por lo tanto será responsabilidad del deudor resarcir los perjuicios por incumplimiento de lo pactado o de haberse cumplido imperfectamente.

Sin embargo, cabe mencionar que la responsabilidad civil, no únicamente deviene de una relación contractual, sino que además en el Código Civil reconoce la responsabilidad extracontractual, que se le denomina también como responsabilidad delictual o aquiliana.

La responsabilidad extracontractual no es otra cosa que una obligación en la que se encuentra el autor de indemnizar los perjuicios que su hecho ilícito ha ocasionado a una víctima.

Cabe señalar que la diferencia en los grados de culpa entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual varían:

- a) La culpa contractual sobreviene de una obligación anterior que fuere incumplida, mientras que la culpa extracontractual genera la obligación, que surge como consecuencia del hecho culpable.
- b) La culpa contractual admite ciertas gradaciones: Grave, leve o levísima. La culpa extracontractual no admite tales gradaciones; la Ley habla de "culpa", quien comete el injusto doloso.

¹¹⁷ Código Civil. Artículo 1563. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

c) La culpa contractual se presume y toca al deudor demostrar que fue cuidadoso o diligente; la culpa extracontractual debe probarse y corresponde al acreedor probar que el deudor obró descuidada o negligentemente.

Pues bien, en el caso del consorcio, puede hacer frente ambos tipos de responsabilidad. Cuando cabe una u otra, resulta necesario y preciso señalarlo. Es importante mencionar varios panoramas de responsabilidad que tendrían como sujeto pasivo de una obligación a la figura del consorcio:

1. Responsabilidad de una obligación previa.
2. Responsabilidad sin la existencia de una obligación previa; se da un hecho culpable ilícito.
3. Responsabilidad por las negociaciones tendientes a la celebración de un contrato.
4. Responsabilidad que deviene por efecto de las prestaciones irrisorias, en cláusulas o contratos.

En el primer punto existe responsabilidad por efecto de una obligación previa, ya que anteriormente existe un vínculo entre el consorcio con un tercero, entiéndase por este, un contrato, en el que se van a estipular las distintas cláusulas, que consista en dar, hacer o no hacer alguna cosa; por consiguiente el acreedor, frente al incumplimiento del deudor, sea de una obligación pura y simple, o una obligación sujeta a modo, el incumplimiento acarrea un perjuicio al acreedor, entiéndase por ello, que se compele al deudor a efectos de la responsabilidad de un vínculo contractual.

En el segundo punto, no existe un antecedente de una obligación previa, se produce por la contravención de una norma o la violación de un mero deber en general. Por ejemplo de observarse un hecho (injusto dañoso) que genere perjuicio a un tercero, en el que figure como actor del mismo a la figura del consorcio o alguno de los miembros consorciados; no se trata de una obligación por concepto de un contrato (obligación preexistente), si no de la inobservancia de respetar la vida o propiedad privada, y sobre todo al principio de no causar daño a su prójimo y por consiguiente conlleva la responsabilidad *in solidum*, por el acuerdo consorcial.

En el tercer punto habrá que precisar dos panoramas; por un lado, las negociaciones de un consorcio con un tercero y por otra parte las negociaciones entre los sujetos que quieran constituir un acuerdo consorcial.

Código de Comercio Artículo 221.- “Antes de la suscripción de un contrato, las partes pueden mantener negociaciones formales o informales o realizar ciertos actos tendientes a la celebración del contrato. Si alguno de los intervinientes, interrumpe o suspende estas negociaciones con mala fe, deberá asumir su responsabilidad, por los daños y perjuicios, causados a la otra parte, pudiendo el afectado iniciar las acciones de competencia desleal, libre competencia o responsabilidad civil extracontractual pertinentes.”¹¹⁸

En cualquiera de los dos panoramas planteados en el punto número tres, si bien ya lo planteamos en el capítulo anterior, es necesario tenerlo en cuenta cuando hablemos de los posibles panoramas de responsabilidad del consorcio; la responsabilidad que se genera, por la interrupción o suspensión de las negociaciones tendientes a la celebración de un contrato, serán responsables quienes hayan incurrido en dicha conducta y lo harán extracontractualmente, puntualmente en la relación del consorcio con un tercero o en el caso de los sujetos interesados en la conformación del acuerdo consorcial cualquiera que haya cometido tal perjuicio. Será o serán responsables indistintamente quien haya cometido dicha conducta.

En el punto número cuatro de igual manera serán responsables quienes incurran en la conducta descrita en el artículo 217 del Código de Comercio que establece responsabilidad por cláusulas con prestaciones irrisorias en los contratos que se hubieren convenido. Por lo tanto, de perfeccionarse un contrato entre el consorcio con una tercera persona, y que de aquello resultaren prestaciones irrisorias entre lo que se hubiera pactado y, además, se miran como inequivalentes a la contraprestación, acarrearán responsabilidad según lo expresa la ley.

¹¹⁸ Código de Comercio. Artículo 221. Registro Oficial No.497. Recuperado de: <https://www.registroyoficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

Código de Comercio artículo 217.- *“Se entiende por prestación irrisoria, aquella que es ínfima, inequivalente o desequilibrada en relación a la contraprestación del otro contratante. Para determinar si se trata de una prestación irrisoria, ya sea que constituya la totalidad del contrato o una o más de sus cláusulas, se deberá tener en consideración, entre otros, los siguientes factores:*

a) Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación;

b) La naturaleza y finalidad del contrato.”¹¹⁹

Pues bien, este es el panorama que de manera muy sucinta se ha explicado, deja ver que la figura del consorcio en la legislación ecuatoriana podrá hacer frente ambas formas de responsabilidad reconocidas en el Código de Comercio, y en el Código Civil; sin embargo, será necesario ahondar sobre este tema en el capítulo que se refiera a cada una de estas por separado, tanto responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual, por la importancia que ello amerita.

Cabe manifestar sin embargo que en el caso de un contrato, por bien sabido que constituye la fuente común y directa de las obligaciones, según lo señala el artículo 1454 del Código Civil; por otro lado, resalta una figura consorcial, como ente colectivo capaz de suscribir contratos, y como fuente directa la institución del contrato, es necesario analizar las facultades tanto del aspecto positivo, cuanto de la parte pasiva y los efectos que este produce en relación al incumplimiento de una relación contractual, y consiguiente el panorama de responsabilidades: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”¹²⁰*

Las características de las obligaciones se entienden según la doctrina:

¹¹⁹ Código de Comercio. Artículo 217. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹²⁰ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

1. *La obligación es un vínculo. - En el sentido de que establece relación entre dos o más personas, limitando la libertad de la una en favor de la otra.*
2. *Es un vínculo jurídico o de derecho. - Porque aquí no se trata de deberes morales o de simple conciencia; lo que se trata es de relaciones jurídicas perfectas, con lo que cabe la coacción externa por quien fuere el acreedor.*
3. *Son indispensables dos o más personas. - Porque de otro modo sería imposible la relación o vínculo. Entre estas personas se encuentran el acreedor y deudor.*¹²¹

Se entiende estructurado una obligación por:

1. *El acreedor. - es el sujeto activo de la obligación; en otros términos, en el acreedor residen el derecho personal y la acción correspondiente.*
2. *El deudor. - se llama deudor el que está obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa.*¹²²

Por lo tanto, la obligación no es más que un vínculo jurídico que ata a dos personas, al acreedor y al deudor; el aspecto positivo de la obligación le faculta al acreedor a coaccionar al deudor al cumplimiento de la prestación convenida.

La ley le atribuye un derecho personal al acreedor, y por consiguiente a una acción correspondiente para hacer efectivo su derecho frente al órgano jurisdiccional. En contraposición al deudor, la obligación le resulta una carga impositiva. Entiéndase el derecho de crédito como un poder conferido por la ley, sobre el sujeto deudor a favor del acreedor.

Cabe manifestar que quienes pueden ser sujetos de una obligación, resultan ser personas naturales o jurídicas, siempre que tengan la capacidad que requiera el acto o hecho para lo cual se da origen a la obligación. Como es el caso de ser mayor de edad, en pleno goce de sus facultades mentales, y en el caso de una compra venta, estar legitimado como propietario de la cosa o bien.

¹²¹ Morales J. 1995. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca-Ecuador. Editorial PUDELECO, Pág. 9.

¹²² Morales J. 1995. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca-Ecuador. Editorial PUDELECO, Pág. 9.

Dentro de la estructura de la obligación se debe tener en cuenta otro elemento fundamental, que es el objeto de la obligación; cosa debida o prestación:(...) *el objeto de una obligación es la cosa que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor.*¹²³ El objeto de la obligación puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

El objeto de la obligación resulta, un elemento indispensable y real de la obligación, consiste en esa prestación de carácter positiva o negativa, que el deudor de efectuar en favor del acreedor, sea la prestación de un hecho o la dación de una cosa.

El objeto guarda ciertas características, las mismas que comprende:

1. Debe ser físicamente posible; debe existir en la naturaleza o puede llegar a existir.
2. El objeto debe ser lícito; no debe ser contrario a la ley y las buenas costumbres.
3. La prestación debe ser determinada; como pagar una cantidad exacta de dinero.

El modelo de conducta del sujeto pasivo de una obligación, desde el punto de vista jurídico implicara el cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestas por la ley, sin embargo, más allá de un mandamiento de ley, el cumplimiento de las obligaciones debe atender a un orden moral en un lugar y momento determinado, con lo cual se busca una convivencia armónica en la sociedad.

Por lo tanto, la misma ley le garantiza al acreedor, la acción (derecho de crédito), para compeler al deudor al cumplimiento de la obligación; efectivamente, esa relación obligatoria tendrá plena eficacia ante la ley, para que el acreedor pueda constreñir al deudor.

Lo que faculta al acreedor a reclamar la prestación que se hubiere incumplido, es ese derecho personal (derecho de crédito), que nace del aspecto positivo de una obligación que, a efectos del incumplimiento, el acreedor somete al deudor al pago

¹²³ Morales J. 1995. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca-Ecuador. Editorial PUDELECO, Pág.11.

o cumplimiento del objeto del contrato, el mismo que es únicamente oponible hacia esa persona con quien se contrató.

Artículo 596 Código Civil. - *“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”*¹²⁴

Bajo la premisa de un aspecto positivo y negativo de una obligación, los consorcios podrán encontrarse compelidos por la acción personal del acreedor al incumplimiento de las obligaciones convenidas, ya sea que no se hayan cumplido o de haberse cumplido imperfectamente; al acreedor le faculta un derecho personal oponible al deudor. Aquí lo que resulta importante manifestar es que las obligaciones del consorcio son *in solidum*, es decir, responderán solidariamente todos los sujetos consorciados.

Los consorcios pueden encontrarse atados a vínculos contractuales con terceras personas, o a hechos ilícitos que pueden generar un perjuicio a la víctima y con ello acarrear responsabilidad, de tal manera que frente al incumplimiento o a los hechos ilícitos, puede verse coaccionados por quien fuere el acreedor o la víctima, al pago o al cumplimiento de la obligación, ello llevará a someter al consorcio al pago de la prestación debida o de resarcir los perjuicios causados.

Habría que analizar la naturaleza de la obligación, ya que lo propuesto en este capítulo es determinar cuándo se entiende a la figura del consorcio responsable contractual o extracontractualmente.

2. Responsabilidad Contractual

Varios tratadistas engloban a las fuentes de las obligaciones en dos categorías: *obligaciones convencionales como obligaciones no convencionales; las primeras*

¹²⁴ Código Civil. Artículo 596. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

*nacen de los contratos y las segundas que nacen de los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley.*¹²⁵

Al referirse a las fuentes convencionales dentro de ella se reconoce a la institución del contrato, que según el Código Civil en su artículo 1454 lo define como: (...) *contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.*¹²⁶

De la definición que recoge el Código Civil se colige dos elementos necesarios para la figura del contrato:

- a. La existencia de un acuerdo de voluntades; por lo tanto, deberá existir una concurrencia de voluntades.
- b. Provoca el nacimiento de derechos personales y obligaciones.

El contrato como fuente directa y más común de las obligaciones nace de un acto por el cual, dos o más personas convienen en el objeto del contrato para ser cumplido de acuerdo a lo estipulado, con lo cual se ha engendrando una obligación que comprenderá entregar, realizar, o no realizar alguna cosa. En caso de incumplimiento del objeto de la obligación, el deudor o sujeto pasivo se entenderá compelido al pago o cumplimiento de la prestación.

Se tiene presente, por lo tanto, que, frente al incumplimiento el acreedor tendrá un derecho personal que le faculta la ley para poder obligar al deudor al cumplimiento de lo convenido. Artículo 596 del Código Civil: *“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.”*¹²⁷

El derecho de crédito o personal, corresponde esa facultad que tiene el acreedor, para que por diversos medios que dispone la ley, pueda obligar al deudor a cumplir con la obligación, y el deber correlativamente del deudor, de ejecutar su obligación, sea el pago o cumplimiento de lo pactado.

¹²⁵ Morales Álvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca- Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Editorial PUDELCO.1995., pág. 16

¹²⁶ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹²⁷ Código Civil. Artículo 596. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Ese deber que corresponde al deudor, se refiere al pago de lo pactado, entiéndase no solo como la entrega de una cantidad de dinero, alude también a un tipo de prestación como pueda ser, la entrega de una cosa, un hacer, o un no hacer, con ello se verifica el cumplimiento de la obligación, total y normal, teniendo como efecto la liberación del deudor.

Por lo tanto, en el plano de la ejecución de una obligación en el ámbito normal, se espera que en el fuero interno del deudor exista plena voluntad, consciente e intencionada de pagar o cumplir, y de igual manera en el acreedor, de aceptar el pago; ambas conductas forman el consentimiento, en vías de extinguir la obligación, que tendrán como fuente el acuerdo de voluntades, además de la prestación debidamente convenida.

Los contratos comprenden por lo tanto un acuerdo de voluntades, que está llamados a causar efectos jurídicos entre las partes, sin embargo, hay que comprender la estructura del contrato, en cuanto a sus elementos que detalla la ley, ya que, en observancia de estos, determinan la validez de los mismos.

Los contratos comprenden:

1. Un negocio jurídico. (elementos)
2. Es de carácter consensual; se perfecciona con el acuerdo de voluntades.
3. Generan derechos personales y obligaciones.
4. *Inter vivos*.

A su vez, los contratos se clasifican, según lo expresa el Código Civil en razón de los sujetos que se vinculan:

1. Unilaterales: Aquellas figuras, en la que se impone las obligaciones para una de las partes contratantes.
2. Bilaterales: Cuando las prestaciones resultan para ambas partes contractuales.

Sin embargo, en la doctrina se refiere a una clasificación, en referencia a los contratos de características plurilaterales, que son aquellos en las que intervienen, más de dos partes; conllevan una voluntad común, cuya característica es que presentan una estructura o modelo asociativo.

Por lo tanto, se puede definir, que los contratos plurilaterales se constituyen por:

1. Pluralidad de sujetos.
2. Presenta una estructura asociativa o de organización.
3. Una voluntad común.

Dentro de este tipo de contratos de organización u estructuras asociativas, (plurilaterales) se los reconoce a las figuras consorciales, que se constituyen por varias personas, sean estas naturales, jurídicas o empresas; buscan anuar esfuerzos y con ello compartir o realizar un objetivo en común o conexo. Se forman con los aportes de los sujetos consorciados, cada sujeto mantiene su independencia económica y lo importante es que no constituyen persona jurídica.

Lo importante que resulta referirse al tema del contrato en este trabajo, puesto que los consorcios, según lo reconoce la ley, podrán estos suscribir contratos con terceros, y en la calidad de sujeto pasivo de una relación contractual, (deudor) este deberá hacer frente a los procesos que sean incoados en su contra de haber incumplido una obligación, por lo cual será preciso observar las reglas respecto del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos, y en concordancia con aquello, manifestar las responsabilidades que ello pudiera acarrear; por lo expuesto es preciso observar las reglas recogidas en el Código de Comercio así como también las del Código Civil referente al tema de las obligaciones.

Sin embargo, antelando lo expuesto en el párrafo anterior, resulta de tal importancia, observar las reglas generales a todos los actos y contratos; en cuanto a los elementos esenciales de los contratos; capacidad, objeto lícito, causa lícita; los elementos de los negocios jurídicos; perfeccionamiento de los contratos; la oferta, la aceptación etcétera. En observancia de lo expuesto, y dada la aceptación entre las partes, comprende en ese preciso momento, en el que un contrato inicia su existencia, validez y vigencia, siendo vinculante desde ese instante para las partes que lo han suscrito. Hay que empezar desde un principio básico en materia contractual de que los contratos son ley para las partes y por lo cual, deberán ejecutarse de acuerdo a lo que se hubiera pactado.

Artículo 1561: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.”*¹²⁸

Teniendo presente todos estos elementos, se dará plena validez a lo contratado entre las partes, así pues, se debe recalcar que en el caso de los consorcios una vez constituidos, todo acto o contrato realizado de forma consorcial, o por su representante general, (administrador) obliga de manera solidaria a todos los que conforman el consorcio. Artículo 602 del Código de Comercio (...) *los integrantes del consorcio dejen de estar individual y solidariamente obligados al cumplimiento de sus obligaciones.*”¹²⁹

Pues bien, el Código de Comercio dispone normas y reglas para la celebración de los distintos actos o contratos, así como también varios principios que regulan las relaciones entre sujetos en el campo de lo comercial u/o mercantil; sin embargo, toda relación contractual mercantil que reconozca el Código de Comercio, deberá encontrarse en sujeción con principios y normas recogidas en el Código Civil. Artículo 216 del Código de Comercio. - *“Los principios y reglas generales del derecho civil, referentes a las obligaciones y los contratos, su formación, perfeccionamiento, formas de extinguir, entre otros, son aplicables a los actos y contratos mercantiles, en todo en cuanto no se opongan a lo prescrito en el presente Código.”*¹³⁰

Pues bien, para la formación de los contratos en el Código de Comercio, todo empieza desde la realización de una oferta; será preciso señalar, sin embargo, cuando efectivamente se entiende tal propuesta realizada con la contraparte; cuando se comprende vinculante para las partes y cuanto se entiende su perfeccionamiento. Son cuestionamientos necesarios de desarrollarlos, pues existe una cadena de actos que son relevantes jurídicamente.

¹²⁸ Código Civil. Artículo 1561. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹²⁹ Código de Comercio. Artículo 602. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹³⁰ Código de Comercio. Artículo 216. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20:
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

Código de Comercio artículo 225.- *“La oferta o propuesta es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra u otras personas determinadas. Deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.”*¹³¹

La propuesta u oferta consiste en una manifestación de la voluntad ofrecimiento realizado por parte del oferente al oferido, la misma que deberá ser receptiva por este, o a varios destinatarios, además que el oferido deberá de ser determinado; en la oferta se precisan los elementos de un negocio jurídico, y se entenderá esta vinculantes para ambas partes, únicamente con la aceptación expresa de la contraparte. (perfeccionamiento)

La oferta o propuesta que reconoce el Código de Comercio apuntan a:

1. Propuesta verbal.
2. Propuesta por vía telefónica o cualquier medio telemático.
3. Propuesta escrita.
4. Propuesta por medios de comunicación electrónica.

Se habla de una propuesta en primer plano de carácter receptivo y determinado, ya que esta deberá ser dirigida hacia el ofrecido en específico y recibida por el mismo, con lo cual le permitirá cumplir con los efectos de la oferta y poner en conocimiento, con el contenido al destinatario; toda propuesta realizada de manera general, será considera como una simple invitación. (...) *Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas, será considerada como una simple invitación a cualquier persona a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.*¹³²

Por otra parte, la propuesta u oferta, comprende todo un proyecto (contrato), que deberá contener los elementos de un contrato, así como también se constatará los elementos que infieren en un negocio jurídico, según lo recoge expresamente el Código de Comercio.

¹³¹ Código de Comercio. Artículo 225. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20:

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹³² Código de Comercio. Artículo 225. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

En cuanto a los elementos esenciales para los contratos, se establece que son aquellos de carácter imprescindibles para cada contrato, en caso de no encontrarse presentes, estos ocasionan la nulidad de lo actuado, y, en suma, todo contrato perderá esa capacidad de alcanzar el objetivo o aquel propósito y por ende no produce el efecto esperado.

Entre los elementos se entienden:

Capacidad: La validez del contrato queda condicionada, en primer término, a la circunstancia de que las personas que lo celebran tengan aptitud legal para obligarse; sin embargo, queda presente los casos de incapacidades absolutas, relativas y especiales consagradas en los Arts. 1462 y 1463 del Código Civil.

De llegar a realizarse un negocio jurídico sin la capacidad requerida según lo expresa la ley, será nulo, (nulidad absoluta o relativa) según el sujeto que intervenga, sea un incapaz absoluto o relativo. Código Civil artículo 1463.- *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.”*¹³³

Lo que le diferencia a la incapacidad absoluta de la relativa, es por la capacidad de goce o de ejercicio, que tienen los sujetos; la capacidad de goce comprende esa aptitud que tiene todo individuo, para ser sujeto derechos y obligaciones, sin embargo, eso no le faculta para representarse a él como tal; lo que diferencia la capacidad de ejercicio es que el sujeto, por sí misma, podrá obligarse a crear derechos y obligaciones sin la representación de un tercero.

El sujeto incapaz de ejercicio, no puede obrar por sí mismo, si no únicamente por quien lo represente. Esta distinción tiene su fundamento, respecto del incapaz

¹³³ Código Civil. Artículo 1463. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

absoluto, al manifestar que este no tiene la madurez necesaria, para comprender la complejidad de celebrar un contrato, por lo tanto, todo acto o contratos serán nulos.

Si bien, todos los sujetos tienen la capacidad de goce, es decir, ser destinatario de adquirir derechos, no todos tienen la facultad, de producir con su actividad, efectos jurídicos.

La capacidad de goce es íntegra no admite división, es uniforme; la capacidad de obra está estrechamente vinculada en las aptitudes de razonamiento de la persona; impúber, pubertad y mayoría de edad.

La ausencia de capacidad de goce (incapacidad absoluta), no podrá subsanarse, a diferencia de lo que expresa el Código Civil respecto de la capacidad de ejercicio (incapacidad relativa), se subsana con la representación.

Cabe puntualizar, y es preciso manifestar, en la doctrina se habla de la capacidad para contratar, entendiéndose como una sub especie de la capacidad de obrar.

Tienen capacidad para contratar:

1. Los mayores de edad.
2. Los menores, una capacidad limitada; se le reconoce estar habilitados para contraer matrimonio: Artículo 89 del Código Civil.

La capacidad es un requisito de validez para la conformación de los contratos; son incapaces absolutos, los dementes y sordomudos que no puedan darse a entender, por escrito o lenguaje de señas; por lo tanto, la incapacidad producirá la nulidad del acto.

Objeto lícito: El objeto del contrato, está constituido por las obligaciones que nacen de él. Esas obligaciones, y por ende las prestaciones que ellas contienen, deben ser lícitas; es decir, conformes a la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público. Código Civil artículo 1478.- *“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.”*¹³⁴ (...) Artículo 1476.- *“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”*¹³⁵

¹³⁴ Código Civil. Artículo 1478. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹³⁵ Código Civil. Artículo 1476. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Por lo tanto, el objeto del contrato, es la prestación a la cual el deudor se encuentra obligado a realizarlo, sea esta de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La causa lícita: La causa del contrato constituye la razón o el interés práctico del contrato, que esta llamado o dirigido a satisfacer. Artículo 1483 del Código Civil expresa que: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.”*¹³⁶

La causa será lícita siempre que no contravengan la ley, el orden público, y no sean contrarias a las buenas costumbres.

Si bien los contratos constituyen un negocio jurídico, por obvias razones los elementos de validez de los negocios jurídicos, son los mismos para un contrato: Código Civil artículo 1461.- *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita.”*¹³⁷

Por lo tanto, los elementos que refiere la norma de un negocio jurídico, deberán entenderse estos presentes en una oferta; comprenden la capacidad, el consentimiento libre de vicio, y todo en cuanto al objeto y causa lícita, con ello se garantiza la validez la oferta realizada por quien se comprende oferente.

Hay que tener presente sin embargo una circunstancia en especial; la validez de los contratos, se funda, además de la capacidad, objeto y causa lícita, se instituye en el consentimiento expreso o tácito de las partes contractuales; el consentimiento comprende, esa manifestación de voluntad de dos o más personas, además de ser consciente y libre de vicio; aceptado lo que se hubiere convenido, con ello se le confieren de validez a lo pactado. Una vez perfeccionado el contrato tiene como efecto la obligatoriedad para las partes contractuales, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino además a las consecuencias que sobrevengan al incumplimiento de las obligaciones, las partes se obligan y deberán acatar y someterse a los convenido como si se tratase de una ley, de tal manera que frente al incumplimiento por quien se entiende sujeto pasivo de la obligación, esto acarrea

¹³⁶ Código Civil. Artículo 1483. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹³⁷ Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

responsabilidad, constituyéndose la responsabilidad en una consecuencia jurídica que la ley le asigna al acreedor compeler al deudor a efectos del incumplimiento.

La aceptación de la oferta (proyecto de contrato) según lo que expresa el Código de Comercio, deberá ser de manera expresa; artículo 228.- *“Con la aceptación total de la oferta el contrato queda perfeccionado en el acto, y surte todos sus efectos legales, salvo la muerte o incapacidad legal del proponente. (...) El silencio o la inacción, por sí solos, constituirán negativa a las propuestas efectuadas.”*¹³⁸

La aceptación deberá ser expresa, sin importar el medio o mecanismo empleado, ya que el Código de Comercio reconoce:

La propuesta emitida por vía verbal telefónica:

- La aceptación será expresa y de forma inmediata, salvo plazo que se hubiera manifestado, en este caso se atenderá al plazo propuesto por el oferente.

Propuesta emitida por medios de comunicación electrónico:

- La aceptación deberá ser expresa, empleándose para ello el mismo medio o canales electrónicos.

Cualquier medio que pudiera ser adecuado y que permita hacerle conocer al destinatario u oferido con la oferta.

- La aceptación deberá ser expresa.

Los contratos, al aceptarse expresamente, se perfeccionan y crean ese vínculo obligacional, que es aquello que les establece el efecto personal de los contratos, *inter partes*, esto quiere decir que las obligaciones se circunscriben a los sujetos que lo conformaron y no para terceros.

El efecto obligacional del contrato resulta justamente, que los contratos son vinculantes únicamente para las partes que lo contrataron, en la doctrina suele hablarse de un efecto directo, es decir no obliga a terceros ajenos al contrato.

¹³⁸ Código de Comercio. Artículo 228. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20:
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

En el caso del consorcio al ser figuras de característica plurilaterales, se entiende que, al suscribir un contrato con terceros, se comprende efectuado por todo el ente consorcial; no se deberá entender de otra forma, que únicamente existen dos partes contractuales, así sea que uno de los sujetos este constituido por varias partes.

Pues bien, los efectos de las obligaciones contenidas en los contratos, se establecen como consecuencias jurídicas en relación al acreedor, y al deudor; este último se entiende que deberá cumplir lo expresamente pactado y en el caso del acreedor, el pago de lo convenido.

Por lo tanto, el efecto obligatorio en un contrato comprende:

1. La ejecución exacta de la obligación: Es el derecho que se concede al acreedor, para que pueda compeler al deudor a cumplir con la prestación.

Frente al incumplimiento:

2. La ley le confiere al acreedor, las respectivas acciones legales. (derecho de crédito)
3. Las medidas legales (providencias preventivas) en contra el patrimonio del deudor, que garanticen con ello el cumplimiento de la obligación.

Por lo tanto, el acreedor se encuentra facultado, a exigir al deudor el cumplimiento de la obligación, permitiéndole de esta manera al acreedor tomar las medidas legales respectivas, como lo es el de compeler al deudor con la finalidad de resarcir los perjuicios por la mora efecto del incumplimiento; efectuar las medidas legales que corresponda, en relación al patrimonio del deudor, y que con ello se garantice el cumplimiento de la obligación.

El sujeto pasivo de una obligación contractual (deudor), está obligado en principio, al cumplimiento de la obligación, así lo describe el artículo 2367 del Código Civil el cual consagra el derecho del acreedor (derecho de crédito) de hacer efectivo una acción en contra de los bienes del deudor para coaccionar a su cumplimiento:

“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros,

exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634 y los demás casos previstos en la ley."¹³⁹

Lo que nace de una relación contractual es un derecho que le confiere la ley al acreedor, (derecho de crédito) lo que le faculta el exigir la prestación que tiene el deudor a favor del acreedor, y las acciones personales podrán ser dirigidas por el acreedor contra el adeudado o algún sujeto determinado que se entienden ligados en la relación contractual, con ello podrá exigir el acreedor tanto cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con ello sumado el resarcimiento por los perjuicios que corresponda por incumplimiento de lo estipulado. Artículo 303 Código de Comercio. – (...) *si alguna de las partes no cumple con cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o al presente Código, la otra parte contratante podrá: a) Demandar el cumplimiento del contrato y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; o, b) Ejercer, si así lo decide, la acción de resolución del contrato por el incumplimiento a cargo de su contraparte contractual, junto con los daños y perjuicios a que hubiere lugar.*"¹⁴⁰

Por lo tanto, el que se obliga a dar, hacer o no hacer, y no lo hiciere, o en su defecto no prestare un hecho de acuerdo a lo que se hubiera convenido, será responsable de los daños y perjuicios, que ello cause. La acción de daños y perjuicios sobreviene en ambos casos sea que el acreedor demandó el cumplimiento del objeto del contrato o la resolución del mismo.

Si bien el efecto primordial, normal, que debe ir encaminada a la voluntad de las partes contractuales, es el cumplimiento de lo pactado, resulta una consecuencia por así decirlo, anormal el pago de indemnización por los daños y perjuicios, por efecto del incumplimiento de la obligación contenida en contrato, debiendo el deudor ser compelido por el acreedor.

Para que opere la acción de indemnizaciones, en contra del deudor, se establece ciertos requisitos que deben presentarse:

¹³⁹ Código Civil. Artículo 2367. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁴⁰ Código de Comercio. Artículo 8. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

Artículo 1572 del Código Civil: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”*¹⁴¹

1. Incumplimiento total de la obligación.
2. Cumplimiento imperfecto.
3. De haberse retardado su cumplimiento.

Por lo tanto, se deberá tener presente además de los requisitos que se enumeran en el artículo precedente, sea el de un incumplimiento total; un cumplimiento imperfecto o de haberse retardado el mismo, este hecho deberá este ser imputable al deudor; además en la doctrina se recoge, que para que el acreedor pueda compeler al sujeto pasivo de la relación contractual, es importante que no haya existido un acuerdo eximente de responsabilidad entre las partes; y finalmente que el deudor esté constituido en mora.

El incumplimiento debe ser imputable al deudor, lo reitero puesto que es importante, ya que no todo incumplimiento es objeto de daños y perjuicios; puede haber situaciones eximentes de responsabilidad, que pueden provenir de la ley, como lo es de caso fortuito o fuerza mayor. Por otra parte, el perjuicio que sufre el acreedor, debe ser causado precisamente por el incumplimiento que hubiere ocasionado el deudor.

Finalmente, en el último punto para acceder a la acción de daños y perjuicios, es haberle constituido al deudor en mora cuyo efecto proviene de la citación con la demanda.

Artículo 84 del Código Orgánico General de Procesos; *“Efectos. Son efectos de la citación: 3. Constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley.”*¹⁴²

Pues bien, se puede observar que todo apunta a una protección a los acreedores frente a las relaciones contractuales puesto que, de habersele constituido en deudor

¹⁴¹ Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁴² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 84. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

a la contraparte, la ley le garantiza al acreedor todos los mecanismos legales, para cobrar su derecho de crédito en contra del deudor.

Uno de los mecanismos que resultan esenciales, y que se detalla en la ley, corresponde al acreedor solicitar medidas preventivas respecto de los bienes en el patrimonio del deudor, lo suficiente para poder garantizar su efectiva responsabilidad frente al incumplimiento de lo que se hubiera pactado con el acreedor.

El fundamento en el que se plantean las medidas preventivas, resulta de una hipótesis en la que el deudor pretendería eludir el cumplimiento de sus obligaciones, por lo cual el legislador ha precautelado el derecho del acreedor, con mecanismos que le permitan al lograr efectivamente el cobro de su crédito.

En la doctrina se expone, que, al hacer frente a estas medidas coercitivas en contra del patrimonio del deudor, tal acción no va dirigida para obtener el cumplimiento de la obligación pactada, sino más bien, evitar el incremento del patrimonio del deudor puesto que se ha beneficiado de su incumplimiento; sin embargo, esto resulta un poco confuso, ya que por medio del apremio sobre el patrimonio del deudor, lo que busca el acreedor es coercionar al deudor, al pago de indemnizaciones de haber resuelto del contrato o al cumplimiento del mismo, por el o un tercero, de igual forma podrá reclamar las respectivas indemnizaciones.

La toma de acciones legales en contra del patrimonio del deudor se remite a normas netamente procesales. Artículo 124 del Código Orgánico General de Procesos Providencias Preventivas; Procedencia. *“Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.”*¹⁴³

La finalidad que tienen las providencias preventivas no es más que el aseguramiento en procura de la protección al acreedor de una deuda frente a su deudor y que nace en una acción en contra del patrimonio del obligado; entre las cuales se encuentra el embargo y secuestro de bienes o la prohibición de enajenar. Entre los requisitos se encuentran; artículo 125 del Código Orgánico General de Procesos. - Requisitos.

¹⁴³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 124. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

“Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario: 1. Que se pruebe la existencia del crédito. 2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos.”¹⁴⁴

La naturaleza de las providencias en efecto, tienen el propósito de asegurar cosas, muebles o inmuebles, que son objeto de una pretensión, o bien de garantizar la eficacia de las sentencias al pago de dinero dictadas en un proceso, o a la cancelación de indemnizaciones; se busca por lo tanto quien fuere el acreedor, por medio de las providencias preventivas, la efectividad al cumplimiento de lo resuelto en sentencia y que no sea ilusorio o vano sino que exista más bien la posibilidad real de ejecutar dicha obligación que fuere incumplida en procura de los intereses del acreedor.

Sin embargo, cabe manifestar que no todo incumplimiento acarrea responsabilidad; según lo señala el artículo 1567 del Código Civil, un sujeto ha incurrido en incumplimiento:

1. 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; 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.¹⁴⁵

La primera regla que menciona el artículo 1567 hace referencia a las deudas que están pendientes o las obligaciones que se requiere su cumplimiento por el deudor. La segunda regla hace mención a que el deudor está en mora, cuando ha dejado de cumplir su obligación dentro de un tiempo convenido, en el cual estaba obligado a hacerlo. La tercera regla habla de una reconvención judicial, que no es más que una contrademanda que hace la parte activa hacia la parte pasiva de la obligación, en efecto que se fallen ambas pretensiones y, naturalmente, ambas oposiciones, en una misma sentencia.

¹⁴⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 125. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁴⁵ Código Civil. Artículo 1567. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Pues bien habrá, sin embargo, que tener en cuenta, y diferenciar la naturaleza de las obligaciones, ya que estas comprenderán, dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Código Civil artículo 1564 en lo referente a las obligaciones que tiene como objeto la entrega de una cosa; *“La obligación de dar contiene la de entregar la cosa.”*¹⁴⁶ Se entiende en la calidad de deudor el que haya incumplido con la entrega del bien hacia el acreedor, el acreedor en el uso efectivo de su acción personal podrá compeler al deudor para requerir su cumplimiento, exigiendo las indemnizaciones que corresponda por incumplimiento, a más de ello puede proceder al apremio real de la cosa que se deba entregar.

En cuanto a las obligaciones de hacer, según el artículo 1569; al acreedor se le faculta en el efectivo goce de su acción personal, podrá pedir junto con la indemnización de la mora cualquiera de las dos cosas sea a su elección de las referidas en este artículo como son:

1. *“Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor;*
2. *Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”*¹⁴⁷

En cuanto a las obligaciones forzadas de no hacer, el artículo 1571 señala: *“Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.”*¹⁴⁸ De tal forma que, por incumplir y al no poder resarcir lo efectuado por quien se entiende sujeto pasivo, le corresponderá indemnizar al acreedor a efecto de daños y perjuicios.

Sin embargo, habrá que observar el grado de culpa del deudor ya que se tipifica una cierta gradación de la misma en materia contractual según el artículo 1563:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la

¹⁴⁶ Código Civil. Artículo 1564. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁴⁷ Código Civil. Artículo 1569. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁴⁸ Código Civil. Artículo 1571. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.”¹⁴⁹

En cuanto a la culpa que pudiera verse inmerso el caso de los consorcios, estas figuras están encaminadas a la prestación de servicios, realización de proyectos, entre otras actividades, por cuanto hay un beneficio mutuo entre el quien se entiende acreedor y el consorcio; el acreedor espera el cumplimiento de la labor pactada a razón del objeto del contrato y por parte del consorcio espera recibir el beneficio económico que reporta sus actividades realizadas, por lo tanto, el consorcio será responsable por culpa leve ya que existe reciprocidad en el beneficio entre las partes.

Las obligaciones que se contraen dentro de un contrato están para cumplirse de manera cabal, artículo 1454 del Código Civil menciona: *“Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”¹⁵⁰*

Además, en materia de contratos, según el Código Civil Artículo 1562: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”¹⁵¹*

Se desprende, por lo tanto, que un contrato deberá ejecutarse y cumplirse de buena fe, regirse por la voluntad que hubiesen expresado cada una de las partes; por consiguiente, el objeto de las obligaciones dentro de una relación contractual han de cumplirse de manera voluntaria; es la forma común o usual para dar por concluido un contrato, sin que con ello sea necesario compeler al pago por medio de la vía judicial. Las obligaciones contractuales deben ser interpretadas y cumplidas como se lo realizaría por una persona honorable y correcta.

¹⁴⁹ Código Civil. Artículo 1563. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁵⁰ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁵¹ Código Civil. Artículo 1562. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Bajo esta consideración, al acreedor que no ve satisfecha su obligación en los términos estipulados, sufrirá un daño que deberá ser resarcido por quien ha actuado con culpa en dicha insatisfacción.

Los efectos del incumplimiento de una obligación:

1. *“El deudor queda obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que le ocasiona la mora.*
2. *Desplaza el riesgo de la cosa del acreedor al deudor, lo que significa que estando el deudor en mora no se aplica el principio res perit, (las cosas acrecen para el acreedor)*
3. *Constituye al deudor en injusto detentador de la cosa.”*¹⁵²

Los contratos, al ser ley para las partes, deben cumplirse de acuerdo al objeto del contrato, de ser la obligación pura y simple deberá cumplirse inmediatamente, en el caso que se determinara un plazo para la obligación, se entiende exigible cuando haya expirado el término; caso contrario, las obligaciones contraídas podrán ser exigibles una vez cumplido el plazo o las condiciones estipuladas. El simple retardo no ocasionará un perjuicio, de no ser el caso que se haya estipulado que a efectos del retraso fuere susceptible del pago de multas por cada día de retraso contado desde la fecha que debió ser entregada.

En resumen, lo que se establece como requisitos de la mora son:

1. *Que haya retardo en el cumplimiento de la obligación.*
2. *Que el retardo sea imputable al deudor.*
3. *Que el acreedor interpele al deudor.*¹⁵³

“Como se comprende, es requisito esencial de la mora que el deudor difiera el cumplimiento de la obligación, que no la satisfaga en la época debida; pero es preciso además que la tardanza en la ejecución sea imputable, esto es que provenga del hecho o culpa y, con mayor motivo, del dolo del deudor.

¹⁵² Morales Álvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca- Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Editorial PUDELCO.1995., pág. 175

¹⁵³ Morales Álvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca- Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Editorial PUDELCO.1995., pág. 176.

*El retardo fortuito no constituye al deudor en mora. Es preciso que el acreedor lo interpele. Mientras no intervenga interpretación del acreedor, hay simple retardo, pero no se encuentra el deudor en mora.*¹⁵⁴

Se entiende que el deudor es responsable cuando haya pospuesto el cumplimiento de la obligación generando un perjuicio, a ello sobreviene la acción civil por parte del acreedor sobre el incumplimiento de las obligaciones pactadas.

Artículo 1486.- *“Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento.”*¹⁵⁵

Frente al incumplimiento, el acreedor se encuentra facultado de proponer las acciones necesarias frente al deudor a fin de exigir el cumplimiento de la obligación o resarcirse los perjuicios que ha generado el incumplimiento.

En este caso, el acreedor para que tenga acción contra el deudor a demandar perjuicios, es obviamente indispensable que los haya sufrido como efecto del incumplimiento. El daño es un elemento esencial de una acción, que conlleva la interposición de una demanda, cuya finalidad será la de reparar el daño ocasionado.

Por lo tanto, frente al incumplimiento, la ley le facultara al acreedor para exigir en razón del incumplimiento de lo convenido las acciones por los perjuicios ocasionados, esto comprende; (...) *el daño emergente y el lucro cesante ya sea que del daño de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el incumplimiento.*¹⁵⁶

*“Se entiende por perjuicios toda disminución que conlleva al patrimonio de quien fuere acreedor, así como la pérdida de la legítima utilidad que deberá reportarlo el contrato, y de que el incumplimiento le priva.”*¹⁵⁷

Por regla general, corresponde al acreedor probar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones; sin embargo, habrá que especificar el objeto del contrato, con ello se podrá observar la forma cómo se entendieron estipuladas

¹⁵⁴ Morales Álvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca- Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Editorial PUDELCO.1995., pág. 176

¹⁵⁵ Código Civil. Artículo 1486. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁵⁶ Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁵⁷ Morales Álvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca- Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Editorial PUDELCO.1995., pág. 16

las obligaciones, ya que, según el Código Civil, las obligaciones pueden comprender dar, hacer o no hacer.

La indemnización comprenderá daño emergente o lucro cesante comprende.

Artículo 1572.- *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.”*¹⁵⁸

La razón de las indemnizaciones a causa del incumplimiento de una obligación resulta, o se genera de un efectivo perjuicio que redunde en el empobrecimiento del acreedor al privarle de las ventajas que intentaba procurarse. La indemnización debe resarcir el menoscabo hacia el patrimonio del acreedor y de lo que fuera la justa ganancia que le había procurado el cumplimiento de la obligación contraída.

Código Civil Artículo 1573.- *“Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”*¹⁵⁹; Por cuanto será responsable de, *“daño emergente es, pues, la disminución o menoscabo que el acreedor sufre en su patrimonio; el lucro cesante, la privación de la legítima que le habría reportado el cumplimiento de la obligación.”*¹⁶⁰

El consorcio como sujeto de una relación contractual deberá hacer frente a las obligaciones que se hayan contraído, sea por su representante legal o cualquier sujeto miembro del consorcio; deberá tenerse en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones podrá ser propuesto por el acreedor, que deberá probar que el incumplimiento devino de un acto culposo y no solo del simple retardo, y que a consecuencia de ello generó un perjuicio en el acreedor.

Los contratos, no puede ser invalidados unilateralmente, sino por consentimiento de los mismos, esto significa que tiene el carácter de obligatorio, fuerza de ley para las personas que lo han convenido, de tal manera que de ninguna forma se podrá eximir de responsabilidad la figura del consorcio como parte contractual y, el que

¹⁵⁸ Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁵⁹ Código Civil. Artículo 1573. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁶⁰ Morales Álvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca- Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Editorial PUDELCO.1995., pág. 178

por su parte lo cumpliere tendrá efectivo derecho para compeler judicialmente al otro que no lo cumpla y por ende le indemnice por los perjuicios ocasionados.

Los contratos son celebrados con la finalidad de cumplirse; los modos de extinguirse de las obligaciones se lo harán, por las formas que hubieran pactado entre las partes contratantes o cualquiera de las maneras que describe el Código Civil en los modos de extinguir las obligaciones, siendo la más común la que establece el numeral 2 del artículo 1583:

Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

2. *Por la solución o pago efectivo.*¹⁶¹

3. Responsabilidad extracontractual.

Responsabilidad extracontractual o conocida también como en tiempos antiguos que data desde el siglo III como *lex Aquilia*, ley que era comprendida y entiéndase como unificadora de varios cuerpos legales que recogían el tema referente al daño injusto; se utilizaba la expresión de responsabilidad alquiliana que data como antecedente de lo que hoy se entiende como responsabilidad civil extracontractual. *“Debe su nombre al tributo Alquilio, quien, en el siglo III antes de Cristo convocó a un plebiscito que le dio origen, según cuenta Ulpiano”*¹⁶²

La ley *Aquilia* era una norma que en aquella época reglamentaba la revancha o venganza como responsabilidad de un injusto dañoso que era sufrido por parte de la víctima, (...) *consistía en reconocer la existencia de un derecho a causar al responsable del daño injusto los mismos danos económicos sufridos por la víctima.*¹⁶³

La palabra “injusto” dañoso se comprendía en el Digesto de Justiniano como injusticia que debía entenderse, *“no como cualquier clase de ofensa, como respecto*

¹⁶¹ Código Civil. Artículo 1583. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁶² Claudio Contreras M. 2009, *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile- Santiago de Chile: Editorial PARLAMENTO, pág. 29

¹⁶³ Claudio Contreras M. 2009, *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile- Santiago de Chile: Editorial PARLAMENTO, pág. 29

a la acción de injurias, sino lo que hizo en desacuerdo con el derecho, esto es, contra el derecho, es decir, si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones, pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra la de la ofensa. De ahí que entendemos aquí por injuria el daño ocasionado con culpa, incluso por aquel que no quiso dañar”¹⁶⁴

Frente a la injusticia sufrida por la víctima, los procedimientos para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos concedidos por la Ley Alquiliana, eran acciones *in factum*, entiéndase a aquellas acciones por medio de las cuales era el pretor quien las otorgaba, debido a que se daban hechos que no se encontraban en su edicto o las palabras que expresaba para resolver algún problema, mismas que no coincidían con las palabras de la ley; con ello procuraba resolver en facultad que le otorgaba su poder, regular hechos que no eran contemplados en el *ius civile*

Por cuanto se consideró una ley que, si bien se encontraba definida, pero técnicamente contaba con vacíos legales, por lo que se resolvía conductas a voluntad del pretor; sin embargo, se creía una ley más o menos justa; además se manifestaba en aquella época por los estudiosos, que esta norma era infinitamente rica para el desarrollo del jurista o del juez y peligrosa en manos del gobernante o magistrado por la discrecionalidad que el mismo empleaba.

Lo importante que se puede observar de esta Ley Alquiliana, y se puede destacar como antecede, es que se estableció un sistema de tipicidad basado en el principio de quien cause daño a su prójimo en determinadas condiciones, debe repararlo, por cuanto en el Derecho Romano se delinearon y se hizo énfasis en sancionar el acto ilícito civil, así como procurar la reparación por daños.

La Ley Aquilia como antecedente de la responsabilidad extracontractual fue la primera norma en detallar la relación entre el sujeto activo del injusto y la víctima, se describía que el injusto no devenía de una relación jurídica anterior al hecho, es decir no se encontraban previamente unidos ambos sujetos por algún vínculo contractual, simplemente la conducta del injusto sobrevenía de actos u omisiones que eran imputables a título de culpa o negligencia, y que por dicha conducta

¹⁶⁴ Claudio Contreras M. 2009, *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile- Santiago de Chile: Editorial PARLAMENTO, pág. 30

producía daños en los derechos tanto personales como patrimoniales de la otra persona y que se traducía en el deber de indemnizar los mismos

Por cuanto se tiene como antecedente una tesis dualista en el Derecho Romano donde se establece responsabilidad del injusto dañoso recogido por la Ley Alquiliana, así como la responsabilidad de aquellas conductas derivadas por el *Contractus*. La mayoría de los Códigos Civiles de los países cuyos ordenamientos jurídicos provienen históricamente del sistema romano-canónico y germánico, acogieron esta tesis dualista, cabe mencionar que la mayoría de las legislaciones alrededor del mundo bajo la noción romana, siguen las directrices estructurales del Código Civil Francés, heredero del Código Napoleónico.

Dentro de la legislación ecuatoriana, en el Código Civil se acoge una tesis dualista con lo que respecta a la responsabilidad civil como se puede observar:

“La responsabilidad civil, en síntesis, consiste en el efecto que conlleva el incumplimiento de una obligación, cuando de ello se sigue daño patrimonial, lo que se traduce en la situación de una obligación incumplida por una nueva obligación resarcitoria de los perjuicios patrimoniales provocados.”¹⁶⁵

Se señala que en el sistema ecuatoriano no solo tienen como fuente de obligaciones a los hechos convencionales si no se establece que las fuentes de las obligaciones pueden tener como origen a la ley, hechos ilícitos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos entre otros; por lo tanto, el contrato no es la fuente única y directa de las obligaciones.

Se puede constatar en los artículos 596, 1453, y 2214 del Código Civil, normas en las que se hace mención a las fuentes de las que nacen las obligaciones.

El artículo 596 del Código Civil menciona los derechos personales, manifestado que (...) *“derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.”¹⁶⁶* De tal manera que este artículo

¹⁶⁵ Contreras Moreno. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Parlamento. Pág. 78

¹⁶⁶ Código Civil. Artículo 596. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

contempla dos fuentes propicias para generar obligaciones, de las que se desprende: Del hecho voluntario y por disposición de la ley.

A ello se suma el artículo 1453 que refiere, específicamente, a las fuentes de las obligaciones y señala que estas nacen (...) *del concurso real de las voluntades de dos o más persona, contratos o convenciones, de un hecho voluntario, cuasicontratos además de los delitos y cuasidelitos y de la ley.*¹⁶⁷

En el tema de los delitos y cuasidelitos que se mencionan en el artículo precedente, el Código Civil los regula específicamente en el artículo 2214 y señala que: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”*¹⁶⁸ Por lo tanto, los delitos y cuasidelitos constituyen a su vez fuente de obligaciones.

En las distintas normas citadas del Código Civil, al referirse a las fuentes de las obligaciones, se reconoce a aquellas que nacen de hechos convencionales y de aquellos no convencionales; como es el caso de *“un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos*¹⁶⁹”; de ello se destaca que las obligaciones no tienen como origen únicamente un contrato o un acuerdo de voluntades, sino que además, las obligaciones nacen de un hecho al que no le antela un vínculo contractual sino más bien sobrevienen de un hecho lícito o ilícito y que generan un perjuicio, por lo tanto se habla de una teoría dualista referente a la responsabilidad según el origen de las obligaciones, por un lado nacen de un tema convencional y por otra parte de una obligación que se origina de la inexistencia de algún tipo de vínculo o relación jurídica, por cuanto son hechos que generan perjuicios en los cuales ha inferido la culpa o dolo, de igual manera deberán ser resarcidos por quien fuere sujeto activo de dicho ilícito; se reconoce a esta dualidad como la responsabilidad contractual y extra contractual.

¹⁶⁷ Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁶⁸ Código Civil. Artículo 2214. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁶⁹ Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

En el caso de los consorcios es preciso analizar si únicamente incurren en responsabilidad por las relaciones contractuales o también es responsable extracontractualmente.

Código de Comercio artículo 602.- “El acuerdo consorcial que se celebre genera efectos jurídicos, entre las partes que lo celebran y también para con el destinatario de la oferta o de la contraparte contractual cuando se presenta la oferta de manera consorcial, o se suscribe un contrato a nombre del consorcio, sin perjuicio que, por ello, los integrantes del consorcio dejen de estar individual y solidariamente obligados al cumplimiento de sus obligaciones.”¹⁷⁰

El artículo precedente señala exactamente lo que ya se ha mencionado, respecto de la responsabilidad extracontractual, que una vez constituido el consorcio, este podrá suscribir contratos, con terceros que conlleven a la realización de la prestación pactada, en caso del incumplimiento le corresponderá al acreedor demandar; o la resolución de contrato, o el cumplimiento del mismo con las respectivas indemnizaciones, en ambos casos, con las respectivas reglas que se han revisado en referencia a la responsabilidad contractual.

Código de Comercio artículo 221.- “Antes de la suscripción de un contrato, las partes pueden mantener negociaciones formales o informales o realizar ciertos actos tendientes a la celebración del contrato. (...) Si alguno de los intervinientes, interrumpe o suspende estas negociaciones con mala fe, deberá asumir su responsabilidad, por los daños y perjuicios, causados a la otra parte, pudiendo el afectado iniciar las acciones de competencia desleal, libre competencia o responsabilidad civil extracontractual pertinentes. (...) Se entiende que hay mala fe, por ejemplo, cuando existiendo una carta de intención, la retractación no hubiere sido considerada como una de las opciones; y, como consecuencia de esto, se ha hecho incurrir a la contraparte en gastos.”¹⁷¹

¹⁷⁰ Código de Comercio. Artículo 602. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20:
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹⁷¹ Código de Comercio. Artículo 221. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

Del artículo citado se desprenden dos hechos que son necesarios observarlos y desarrollarlos, que van a generar efectos jurídicos entre quienes se relacionan; por una parte, durante la etapa de negociación (minuta de conformación de un consorcio) entre los miembros consorciados; y así en otro instante cuando el consorcio se entiende ya conformado, encontrarse en las respectivas negociaciones tendientes a la celebración de un contrato. Son dos circunstancias diferentes que pueden acarrear responsabilidad.

En primer plano se encuentra la minuta con la cual se da origen al consorcio, de la cual se comprende que generan efectos jurídicos entre quienes la hayan suscrito, ya que se trata de un contrato y en ella va a encontrarse estipuladas las distintas obligaciones y responsabilidades que deberán cumplir todos quienes conformen el consorcio. De estos hechos, el Código de Comercio reconoce como fuente de responsabilidad de quien devenga un acto de mala fe que conlleve la interrupción o suspensión de las negociaciones en la celebración de un contrato (constitución de un consorcio); por cuanto si uno de los miembros interesados en conformar un consorcio de incurrir en la conducta descrita, asume la responsabilidad por daños y perjuicios causados al resto, a uno o varios interesados; es imprescindible que se haya ocasionado el daño, porque si bien un acto puede ser ejecutado con dolo o culpa, pero si no ha causado daño no existe tal infracción, de tal manera frente a lo descrito quien se entiende legitimado activo podrá ejecutar sus acciones correspondientes.

El artículo 221 del Código de Comercio reconoce (...) *el afectado podrá iniciar las acciones de competencia desleal, libre competencia o responsabilidad civil extracontractual pertinentes.*¹⁷² Por lo tanto quien se entiende sujeto activo de la conducta descrita, deberá responder civilmente por la vía de la responsabilidad extracontractual pudiendo el perjudicado demandar las correspondientes indemnizaciones según lo exponga el Código Civil a efecto del perjuicio que hubiera ocasionado tal suspensión o interrupción.

¹⁷² Código de Comercio. Artículo 221. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroticial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

En el segundo supuesto en la que el consorcio actúa como parte contractual, asumiendo la misma conducta descrita en el artículo 221 del Código de Comercio; el consorcio como contraparte en plena capacidad de suscribir contratos con terceras personas, puede encontrarse inmerso en negociaciones tendientes a la celebración de contratos, proyectos etcétera, en caso de interrumpir o suspender alguna negociación será sujeto a responder extracontractualmente por el daño ocasionado frente a la conducta descrita y lo hará de manera solidaria; a ello nos lleva afirmar que el consorcio no responde únicamente por la vía contractual si no que el actual Código de Comercio reconoce la capacidad de responsabilidad del consorcio extracontractualmente.

El perjuicio o daño que se haya ocasionado, a efecto de la interrupción o suspensión, es el elemento esencial como ya lo manifesté, sin embargo, en este segundo panorama es la figura del consorcio como parte contractual que actuó, sea a través de su representante general o cualquier miembro consorciado lo que hará que respondan de manera solidaria por los perjuicios ocasionados todos los sujetos consorciados. Será preciso señalar la relación de causalidad entre el hecho doloso o culposo y el daño, es decir, determinar que llevó a la suspensión o interrupción de la negociación como conducta típica ejecutada por parte del consorcio; existió interés de por medio; actos dolosos o culposos, y si fue por ello que devino un perjuicio para la contraparte; varios cuestionamientos que se deben tomar en cuenta para determinar si existe la culpabilidad o no de la figura del consorcio en este caso.

Sin embargo resulta indispensable que el daño sea cierto, real, efectivo, para que sea indemnizable; que provenga de una conducta prevista, típica, es decir que la conducta de quien se entiende responsable haya contravenido un supuesto legal recogida taxativamente en un norma, como es lo expuesto en el artículo 221 de Código de Comercio, (interrumpir o suspender las negociaciones) una conducta que describe la norma, por cuanto de generar un perjuicio efectivo frente a la víctima, deberá indemnizar a la misma a consecuencia de lo actuado.

El daño debe suponer a más de la materialidad de los actos, un detrimento en los derechos, bienes o persona, sea este físico, moral, intelectual o afectivo, como consecuencia de la acción u omisión de otro.

Cabe señalar que abra que tener en cuenta dentro del caso en concreto, desde la realización de la propuesta de negocio, proyecto o contrato que se efectuó entre las partes (consorcio o un tercero), que dicha propuesta haya sido de conocimiento de la contraparte y posterior aceptación, tal como lo propone el Código de Comercio referente a la formación y perfeccionamiento del consentimiento.

Código de Comercio artículo 225.- *“La oferta o propuesta es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra u otras personas determinadas. Deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”*¹⁷³

Referente a los elementos del negocio jurídico se remite a lo expuesto en el artículo 1461 del Código Civil: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita.”*¹⁷⁴ Puesto que se entienden a estos como elementos esenciales comunes a todos los negocios jurídicos.

En el segundo inciso del artículo 225 del Código de Comercio se establece que la parte contractual deberá comunicar la propuesta a realizarse a la contraparte por cualquier medio de comunicación, sin embargo, cabe señalar que deberá ser dirigida a una persona determinada, con lo cual se da a conocer con la oferta al destinatario, así lo determina el inciso último del artículo 221 del Código de Comercio. *“Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas, será considerada como una simple invitación a cualquier persona a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.”*¹⁷⁵

Código de Comercio Artículo 226.- *“Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que ésta sea aceptada*

¹⁷³ Código de Comercio. Artículo 225. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹⁷⁴ Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁷⁵ Código de Comercio. Artículo 225. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

inmediatamente por la persona a quien se dirige, salvo que el proponente establezca un plazo; en defecto de esa aceptación, el proponente queda libre.

*La propuesta hecha por teléfono o por cualquier otro medio telemático que establezca comunicación oral inmediata, se asimilará para los efectos de su aceptación o rechazo a la propuesta verbal entre presentes.*¹⁷⁶

Entiéndase por lo tanto que una vez realizada la propuesta por cualquier medio según lo establece el Código de Comercio, para que dicha propuesta obligue a la contraparte esta deberá ser aceptada, en el mismo instante o de existir un plazo deberá tomarse en cuenta el mismo.

Por parte del destinatario puede existir cualquier tipo de salvedad en respuesta de la oferta, produciéndose así una nueva propuesta que remitirá al proponente, con ello se procura una negociación hacia el perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, según lo expuesto en los artículos citados las negociaciones pueden realizarse de manera formal o informal. Código de Comercio Artículo 221.- *“Antes de la suscripción de un contrato, las partes pueden mantener negociaciones formales o informales o realizar ciertos actos tendientes a la celebración del contrato.”*¹⁷⁷ Pues bien aún no se entiende perfecto el contrato, y de ser el caso que de existir la interrupción o suspensión dentro de las negociaciones, se entenderá materializado el supuesto del artículo 221 del Código de Comercio; *“Si alguno de los intervinientes, interrumpe o suspende estas negociaciones con mala fe, deberá asumir su responsabilidad, por los daños y perjuicios, causados a la otra parte, pudiendo el afectado iniciar las acciones de competencia desleal, libre competencia o responsabilidad civil extracontractual pertinentes.”*¹⁷⁸

Por lo tanto, habrá que tener en cuenta

1. La oferta.

¹⁷⁶ Código de Comercio. Artículo 226. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹⁷⁷ Código de Comercio. Artículo 221. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

¹⁷⁸ Código de Comercio. Artículo 221. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

2. La oferta debe contar con los elementos esenciales comunes a todos los negocios jurídicos y se debe dar a conocer a la contraparte por cualquier medio de comunicación.
3. Aceptación de la oferta
4. Negociación tendiente a la celebración de un contrato (formal o informalmente).

Frente al supuesto recogido en Código de Comercio artículo 221 (interrupción o suspensión de la celebración de un contrato), se establece dentro de las acciones legales la de asumir las indemnizaciones del caso por concepto de responsabilidad extracontractual quien haya incurrido en dicho supuesto. Por concepto de indemnizaciones se entiende tanto el daño emergente y el lucro cesante, como así lo detalla el Código Civil artículo. 1572.- *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”*¹⁷⁹ En el supuesto de las negociaciones, el legitimado activo le corresponde a consecuencia del perjuicio que hubiere ocasionado (consorcio) la suspensión o interrupción de las negociaciones tendientes a la celebración del contrato, acreditar el verdadero monto del daño que hubiera percibido la contraparte.

Por principio de impulso procesal les corresponde a las partes artículo 5 del Código Orgánico General de Procesos (...) *el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo,*¹⁸⁰ por lo tanto deberán las partes procesales adjuntar toda prueba que permita detallar de forma circunstanciada los hechos y con ello la parte perjudicada, determinar el monto del daño que hubiera sido perjudicado a efecto de la suspensión en este caso en concreto.

El monto del perjuicio ocasionado por concepto de la responsabilidad extracontractual, referente en el tema relativo a la interrupción o suspensión de las negociaciones tendientes a la celebración de un contrato, resultará un supuesto indeterminado ya que se encuentra un cúmulo de situaciones (ofertas) vinculadas al mismo hecho del cual se generó el perjuicio, (interrupción de las negociaciones),

¹⁷⁹ Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁸⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

sin embargo puede resultar preciso cuantificar en una operación matemática por concepto de daño emergente y lucro cesante como lo establece el Código Civil.

Será preciso sin embargo presentar toda prueba que permita al Juez, cuantificar el monto del perjuicio ocasionado y en uso de su sana crítica resolver en derecho. Artículo 6 Código Orgánico General de Procesos. - Principio de inmediación. *“La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso.”*¹⁸¹

Téngase en cuenta que, al momento de la presentación de la demanda, la misma deberá cumplir con los requisitos del artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos numeral 7 que refiere al anuncio de los medios de prueba que permitirá en este caso determinar los hechos suscitados y con ello precisar los perjuicios que se pudieron haber ocasionado; numeral 7: *“El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos.”*¹⁸²

La prueba tiene como finalidad artículo 158 del Código Orgánico General de Procesos. - *“llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”*¹⁸³ Por lo tanto, será preciso a más de señalar tanto los hechos, como el monto que se precise por concepto del perjuicio que haya ocurrido, el llegar a justificarlos de tal forma que se lleve al convencimiento del juzgador que estos precisamente son aquellos que corresponden y encuadran conforme la pretensión contenida de la demanda y, en esa virtud, pueda ser recogida en sentencia.

Téngase en cuenta que ha diferencia en materia contractual existe una gradación de la culpa, Código Civil artículo 1563.- *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de*

¹⁸¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁸² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 142. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁸³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 158. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio."¹⁸⁴

En materia de responsabilidad extracontractual no existe gradación de la culpa por levísima que sea se engendra responsabilidad, por lo tanto, en materia extracontractual se hace alusión a una reparación integral; todo lo que se alegue por la parte perjudicada deberá ser probado en audiencia y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

Según lo expuesto dentro del Código de Comercio se encuentra a una figura del consorcio en la posibilidad de hacer frente a las obligaciones y responder, tanto por la vía de una relación contractual, así como extracontractualmente, teniendo siempre en cuenta según la naturaleza de los actos, así como de las relaciones que medie entre el consorcio y terceros.

Es importante destacar que ambas clases de responsabilidades se diferencian por la clase de derecho que es vulnerado y de la relación que pueda existir entre las partes, entiéndase por el sujeto activo y por otra parte al sujeto pasivo. En efecto, la lesión que se cause a un derecho subjetivo absoluto como (la vida, la propiedad, el honor) configuran lo que se conoce como responsabilidad extracontractual, cabe señalar entre quien fuere el agraviado y el sujeto activo no existe una relación jurídica preexistente sino únicamente la materialidad de los actos y por consiguiente un perjuicio; por otro lado la lesión a los derechos personales o de crédito que tienen como fuente de las obligaciones a un contrato, da origen a la responsabilidad contractual y este nace del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación de quien fuere el deudor.

Pero en este caso, la responsabilidad extracontractual se diferencia de la responsabilidad contractual según lo señala el artículo 1453 del Código Civil ya que tienen como fuente de las obligaciones, (...) *“un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*”¹⁸⁵ Mientras que la fuente de responsabilidad contractual más común y directa es el contrato.

¹⁸⁴ Código Civil. Artículo 1563. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁸⁵ Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Se entiende por delito o cuasidelito según Alessandri y Somarriva: *“El delito puede definirse como el acto doloso, o cometido con la intención de dañar a otra persona. El cuasidelito, como el acto culpable, pero no intencional, que causa daño a otra persona.”*¹⁸⁶

G. Ospina Fernández manifiesta también que: *“El delito consiste en la lesión de una norma jurídica, cometida con la intención de dañar, vale decir, con dolo; y el cuasidelito o culpa, que también es un hecho ilícito, pero cometido por simple descuido o negligencia.”*¹⁸⁷

Según lo mencionado por ambos tratadistas, los elementos básicos en el delito civil como cuasidelito es el dolo y la culpa; en el cuasidelito no existe dolo, porque no media la plena intención o conciencia de causar daño, solo existe culpa por quien fuere el autor ya sea que, por falta de cuidado, imprudencia, negligencia o descuido, sin embargo, será responsable el sujeto activo frente a la materialidad de los actos realizados mismos que hubieren causado un perjuicio en otra persona.

No obstante, es importante destacar que la figura del consorcio no es únicamente responsable extracontractualmente por aquellos actos preparatorios que conllevan a la negociación tendientes a la celebración de un contrato; los artículos 603 y 604 del Código de Comercio señalan la responsabilidad de los consorcios, por actividades que se pudieran ejecutar por el mismo y que de ello sobrevengan hechos dañosos a terceros:

Artículo 603 *“Por las obligaciones que se contraigan a nombre del consorcio, así como por los daños atribuibles a las actividades desarrolladas por los consorcios, responderán, de manera solidaria los integrantes del mismo;”*¹⁸⁸ el inciso final del artículo 604; *“...las relaciones entre los participantes, constará necesariamente la declaración de que su responsabilidad es solidaria para el cumplimiento de los compromisos,*

¹⁸⁶ ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile, 1942. Pág. 858

¹⁸⁷ OSPINA Guillermo. Régimen General de la Obligaciones. Editorial Temis S. A. Bogotá-Colombia. 1983. Pag.2

¹⁸⁸ Código de Comercio. Artículo 603. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

*obligaciones y daños derivados de las actividades del mismo.*¹⁸⁹

Al referirse *a las actividades desarrolladas* se desprende que el consorcio no será únicamente responsable extracontractualmente por los actos tendientes a la celebración de un contrato, sino que se reconoce la responsabilidad del consorcio por efecto de las actividades que ejecutare y que de ello resultare perjudicado una tercera persona, de igual manera se tendrá presente la responsabilidad solidaria en todos sus miembros de lo cual se deberá observar las reglas establecidas en el Código Civil para efectos del resarcimiento de perjuicios.

Se desprende de los artículos citados que el consorcio será responsable por las actividades que fueren desarrolladas por el mismo y que de ello ocasionaren un daño a una tercera persona y este resultare perjudicado; de hecho la materialidad de los actos provienen a efecto de responsabilidad extracontractual por no tomarse las debidas precauciones como no haber establecido medidas necesarias de seguridad, disposiciones técnicas, estudios indispensables y necesarios, materiales imperfectos o defectuosos que conlleven a evitar cualquier daño al momento de ejecutar la obra, proyecto etcétera, al no tomar las precauciones técnicas necesarias propias de un trabajo como es el de una construcción este será responsable por la materialidad de los actos y los perjuicios ocasionados, indemnizando a quien o quienes hayan sido perjudicados.

Como ejemplo; se cita la responsabilidad por ruina del edificio por vicio de construcción según el artículo 2224 del Código Civil que hace referencia:

3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el

¹⁸⁹ Código de Comercio. Artículo 604. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroticial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

*empresario.*¹⁹⁰.

Las actividades del consorcio que generen un perjuicio a una tercera persona por no haber tomado las precauciones técnicas necesarias propias de su actividad, harán responsable respecto del pago de las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados reconociendo así responsabilidad extracontractual del consorcio.

Pero es necesario manifestar que no todas las actividades que se pudieran ejecutar por el consorcio generan responsabilidad, el factor que alude al nexo de responsabilidad en los delitos y cuasidelitos es principalmente cuando dichas actividades no se realizan tomando las debidas precauciones o diligencias respectivas y que por culpa de aquello generan un daño a una tercera persona; en el caso del sujeto pasivo de un agravio podrá ser una persona cualquiera, indeterminada y en consecuencia tendrá derecho a ser indemnizado siempre y cuando de su manifestación de conducta no haya existido imprudencia alguna, como por ejemplo, haber obviado señales de advertencia, teniendo presente que al hacerlo el riesgo era inminente ya que existían actividades de por medio ejecutándose.

Cabe señalar que los hechos propios de cada sujeto no son única fuente de responsabilidad, en materia de delitos o cuasidelitos, según lo señala el artículo 2220 del Código Civil reconoce a los hechos ajenos como fuentes de obligaciones, en el sentido de aquellos que son realizados por personas que se encuentran bajo el cuidado y responsabilidad de otro.

Artículo 2220: *“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieron a su cuidado.”*¹⁹¹

Si en un consorcio, bajo su cargo y responsabilidad, estuvieren un grupo de trabajadores realizando algún tipo de actividad o labores para el cual fueron contratados y a efecto de ello, por descuido e imprudencia ocasionaren algún tipo

¹⁹⁰ Código Civil. Artículo 2224. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹¹ Código Civil. Artículo 2220. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

de hecho dañoso en perjuicio de una o varias personas serán igualmente responsables solidariamente todos quienes conformen el consorcio.

El fundamento de lo que transcribe la norma, al responsabilizar a una persona no solo de sus propias acciones, sino también de la conducta de aquellos sujetos que estuvieren bajo su responsabilidad o cuidado, es por el hecho que esta persona tiene la obligación de vigilar a la otra para que esta última no cause algún perjuicio o daño. En este caso, quien es el legitimado activo no tiene que probar que el hecho ilícito que ocurrió fue por falta de vigilancia por la persona que tiene bajo su cuidado y responsabilidad, únicamente se establecerá la materialidad de los actos y que dichos actos son imputables a aquella persona que se encuentra subordinada o dependiente, la ley presumirá la responsabilidad de la persona a cuyo cargo se encuentre el trabajador.

Podrán cesar las obligaciones si se probase que no pudieron impedir el hecho dañoso que se causó aún con el cuidado y la vigilancia debida por quien estuvieren a su cargo. *“Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.”*¹⁹²

4. Responsabilidad contractual y extra contractual

Existen diferencias entre la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual que se encuentran presentes en la legislación ecuatoriana, y que es necesario tenerlas presentes a efecto de que ambos tipos de responsabilidades recogidas también en el Código de Comercio pueda eventualmente hacer frente la figura del consorcio:

1. En cuanto a la capacidad. - La capacidad de goce en materia contractual

¹⁹² Código Civil. Artículo 2220. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Artículo 1462; *“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”*¹⁹³

La capacidad delictual. -

Código Civil artículo 2219; *“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.”*¹⁹⁴

La regla general en los delitos o cuasidelitos, comprende que solo son incapaces quienes carecen del discernimiento necesario para comprender lo actuado; es decir el autor con plena capacidad de comprender el sentido de sus actos, responderá por la consecuencia de sus conductas.

Cabe señalar que la capacidad en materia delictual y cuasi delictual es más amplia que en el campo contractual, ya que resulta más sencillo alcanzar a discernir acerca de lo que está bien o está mal, a diferencia de la capacidad contractual, supone un complejo desarrollo de madurez intelectual; un niño, será incapaz de participar y comprender la elaboración de un contrato de sociedad por ejemplo, sin embargo se comprende que está en plena capacidad para distinguir que no es permitido apedrear la casa de una persona ajena.

Sin embargo, por regla general, todos somos legalmente capaces frente a la ley, entendida como la aptitud para adquirir derechos y ser su titulares de los mismos; Código Civil artículo, 1462.- *“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”*¹⁹⁵; pues bien, la excepción radica en la incapacidad de ejercicio de los derechos que resulta ser de estricto derecho, según lo detalla la norma, se entiende como incapaces y lo expresa claramente el Código Civil en virtud del artículo 1463.- *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. (...) Son también*

¹⁹³ Código Civil. Artículo 1462.Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹⁴ Código Civil. Artículo 2219.Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹⁵ Código Civil. Artículo 1462. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

*incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.”*¹⁹⁶

Por poner un ejemplo en el caso de los impúberes que los recoge el artículo citado con plenas capacidades cognitivas, son incapaces en el ejercicio de sus derechos ante la ley, si bien gozan de derechos reconocidos, sus actos no surten efecto alguno en materia contractual no engendran ninguna obligación; en materia delictual al igual los impúberes resultan sujetos inimputables, no son capaces ante la ley, la mayoría de edad según lo establece el Código Civil comprende a los dieciocho años, lo cual les determina a la luz de la norma capacidad para ser juzgados.

Sin embargo será necesario señalar que en el caso del impúber, sujeto que no ha cumplido catorce años o menor de edad quien no ha cumplido la mayoría de edad, quedara a criterio del juez observar que el menor ha obrado sin discernimiento, caso contrario le facultaría ser sujeto a medidas socio educativas ya que no pueden ser juzgados por jueces penales ordinarios, *“Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento.”*¹⁹⁷

En materia contractual quien se entiende incapaz según lo detalle el Código Civil, sus actos no surten efecto alguno.

2. En cuanto a la gradación de la culpa. - En materia contractual el Código Civil determina la responsabilidad de quien fuere el deudor. -

Artículo 1562.- *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*¹⁹⁸ Por lo tanto, en materia contractual el deudor solo incurrirá en responsabilidad si no ha empleado la diligencia debida a que el contrato lo obliga.

¹⁹⁶ Código Civil. Artículo 1463. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹⁷ Código Civil. Artículo 2219. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹⁸ Código Civil. Artículo 1562. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

En materia extracontractual, no existe gradación de la culpa, por levísima que sea engendra responsabilidad.

3. En cuanto a la constitución en mora. - En materia contractual se constituye en mora por el solo incumplimiento de la obligación contraída.

En materia extracontractual varía, no es necesario constituirle en mora, pues la reparación del daño resulta de la sola existencia del hecho ilícito.

4. En cuanto a la extensión de la reparación. En materia extracontractual que puede ser delictual o cuasi delictual, la reparación es completa.

En el caso de materia contractual, la reparación es diferente, el deudor solo es responsable de los perjuicios que se establecieron o se pudieron establecer al tiempo del contrato.

Cúmulos y opciones de responsabilidad

En cuanto respecta al cúmulo de responsabilidades no se pueden demandar ambas a la vez, hay que tener presente que en materia contractual nace la obligación de un hecho convencional donde se encuentran debidamente definidas las obligaciones, por el contrario, de un acto delictual como cuasi delictual no le antecede ningún vínculo jurídico preexistente, pero llegan a generar un daño, en este último infiere el dolo cuanto la culpa de lo cual deviene un perjuicio y emana una obligación; el sujeto activo por delito o cuasidelito tendrá la responsabilidad de resarcir el daño causado, a diferencia entre el acreedor y deudor, este último está compelido al cumplimiento del objeto del contrato o indemnizar los perjuicios ocasionados por incumplimiento, sin embargo será preciso señalar que no es factible demandar el cúmulo de responsabilidades.

Frente al tema del cúmulo de responsabilidades, es posible distinguir ambas clases de responsabilidad, ya que es necesario determinar en primer plano la existencia o no de un vínculo entre quien fuere el sujeto accionante y el demandado, si existe una obligación contractual, deberá ceñirse a las reglas generales a todos los contratos; sin embargo aun existiendo un vínculo contractual preexistente entre los antes mencionados y ante un perjuicio que se ocasionare, pero que dicho perjuicio no tiene origen en el incumplimiento en lo estipulado en un contrato sino más bien nace de un hecho delictual o cuasi delictual, se podrá accionar por la vía

extracontractual. Es necesario tener presente el vínculo que antela ambas partes y la naturaleza de la obligación por cuanto cabe manifestar que aun existiendo un hecho dañoso delictual o cuasi delictual entre quien media una relación contractual, no es preciso demandar el cúmulo de responsabilidades.

Es un criterio razonable que subsiste en la doctrina. Claudio Contreras Moreno mencionaba que no le resultaría indiferente al acreedor proponer su demanda en una u otra postura siempre y cuando se tenga presente la naturaleza de los hechos y el perjuicio que ello conlleva.

En este caso, el tratadista sitúa un ejemplo muy peculiar respecto de la diferenciación de ambas responsabilidades en las cuales el perjudicado puede verse facultado accionar sea por cualquiera de los dos terrenos de la responsabilidad; *“Un chofer que, manejando a exceso de velocidad en virtud del contrato de transporte, pasa un disco pare, choca y uno de los pasajeros se lesiona.”*¹⁹⁹

De existir una relación contractual, tal como lo describe el tratadista, únicamente podrá, quien sufrió el percance, demandar por culpa lata o leve, no podrá accionarlo por culpa levísima por cuanto no es el chofer quien se beneficia de esta actividad, sino el sujeto accionante quien se sirve del mismo a su vez.

Si el pasajero dirige su acción legal por vía de la responsabilidad extracontractual, deberá probar la culpa o el dolo y con ello conseguir la sanción indemnizatoria que corresponda con la pena imputada al chofer.

En el caso de la responsabilidad extracontractual no se determinará la gradación de la pena por lo cual podrá exigirle perjuicios al chofer, en caso de haber inferido el dolo atenderá las penas establecidas por la vía penal, sin perjuicio de la sanción indemnizatoria por vía civil. En materia de responsabilidad contractual únicamente podrá exigirse solo los perjuicios previstos en el tiempo del percance o que pudieron preverse al tiempo del contrato.

Por lo tanto, no se da la posibilidad de demandar el cúmulo de obligaciones (responsabilidad contractual o extracontractual), sino es preciso siempre diferenciar una de otra, es decir, determinar la naturaleza de la obligación, si deviene de un

¹⁹⁹ Contreras Moreno. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Parlamento. Pág. 84

vínculo previamente existente o de un injusto doloso o culposo. La doctrina y la legislación niegan a su vez esta posibilidad señalando que:

“Cuando la víctima demandante está unida al demandado por un vínculo previo y anterior al daño, no puede (al interponer la demanda), optar o elegir por ejercer la acción de responsabilidad extracontractual, sino que debe ser necesariamente demandado la indemnización de perjuicios en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual.”²⁰⁰

Este criterio nace de la doctrina en razón de que, si el acreedor hiciera caso omiso a la relación contractual preexistente con el accionante, estaría incurriendo en una violación a un contrato legalmente constituido, negándole fuerza obligatoria a esta relación contractual, los contratos comprenden ley para las partes. Por cuanto es preciso señalar y diferenciarlas, en tal razón a lo expuesto en los párrafos precedentes que, si el perjuicio es ocasionado en la esfera contractual, mal podría reclamar en otra que no sea la misma.

Claudio Contreras Moreno manifiesta que para que el accionante que sufrió el perjuicio pudiera hacer efectivo su accionar por la vía de la responsabilidad extracontractual, aun existiendo un vínculo anterior al hecho, señala (...) *que los perjuicios provengan de un hecho ajeno al contrato, aun cuando provenga con ocasión suya, ya que entonces la responsabilidad será delictual o cuasidelictual, porque los daños emanan desde fuera del campo contractual.”²⁰¹*

Por cuanto un consorcio legítimamente constituido mediante las directrices que detalla el Código de Comercio y habilitado para suscribir contratos, bien sea por su representante general o por cualquiera de los sujetos consorciados dirigidos a la prestación de servicios, proyectos, o ser adjudicatario de un concurso o un contrato bajo el detalle de lo analizado, se da la posibilidad frente al cometimiento de un hecho que con culpa genera algún percance o inconveniente provocando daño a otra persona o varias a su vez, estaría obligado al pago de las correspondientes indemnizaciones, por concepto de delito o cuasidelito haya cometido. Es importante

²⁰⁰ Contreras Moreno. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Parlamento. Pág. 85

²⁰¹ Contreras Moreno. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Parlamento. Pág. 85

analizar la naturaleza de los perjuicios ya que si nacen del incumplimiento de las obligaciones contractuales mal podría demandarse de forma extracontractual.

En el caso de no existir relación contractual preexistente y de mediar un hecho dañoso, la vía expedita será la de la responsabilidad extracontractual, y según el capítulo de los delitos o cuasidelitos, estarán obligados a indemnizar los daños ocasionados, considerando que la responsabilidad del consorcio es *in solidum*.

El Artículo 602 del Código de Comercio señala: *“El acuerdo consorcial que se celebre genera efectos jurídicos, entre las partes que lo celebran y también para con el destinatario de la oferta o de la contraparte contractual cuando se presenta la oferta de manera consorcial, o se suscribe un contrato a nombre del consorcio, sin perjuicio que, por ello, los integrantes del consorcio dejen de estar individual y solidariamente obligados al cumplimiento de sus obligaciones.”*²⁰²

Son solidariamente responsables los sujetos consorciados, frente al cometimiento de un ilícito y deberán indemnizar los daños ocasionados.

La diferencia que debe tomarse en cuenta en el tema de un delito o cuasidelito civil, comprende el hecho de que, si bien ambos causan un perjuicio a otra persona, el elemento que diferencia a ambos supuestos, parte desde la intención del autor al causar el daño. En la teoría general de delito se conoce a sobre manera que el elemento básico y fundamental de un delito es el dolo, que comprende esa intención de causar daño tanto a la persona como a la propiedad de otro individuo.

En el caso del cuasidelito, no se encuentra presente el elemento del dolo, no hay esa intención de inferir daño alguno, lo que sí existe y se da es la culpa, que por descuido, imprudencia, negligencia o falta de cuidado por quien fuere autor de dicho acto, solo comprende un hecho culpable y que perjudica a una tercera persona.

En el artículo 2214 en el Código Civil establece los efectos del hecho ilícito: (...) *el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado*

²⁰² Código de Comercio. Artículo 602. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroyoficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le imponga las leyes por el delito o cuasidelito.”²⁰³

Quien puede pedir la indemnización en caso de haber sufrido daño por delito o cuasidelito:

Código Civil artículo 2215.- *“Puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.*”²⁰⁴

Por lo tanto, se concluye que la acción de indemnización de los daños no solo recae sobre las cosas, será pertinente que competa la acción de indemnización a todos aquellos que tienen algún derecho sobre las cosas precisamente o que en relación a las mismas presenten un beneficio en su patrimonio. Es el caso de los arrendatarios, comodatarios, depositario, entre otros, ya que son personas que han sufrido el daño de una cosa y tienen la obligación de responder por ella.

Entre las reglas que se someten en el caso del consorcio al cometimiento de un delito o cuasidelito según el Código Civil, se encuentra el artículo 2216 Obligados a indemnizar: (...) *están obligados de indemnización el que hizo el daño y sus herederos.*”²⁰⁵ En el caso de los consorcios constituidos, la responsabilidad será solidaria.

A su vez el artículo 2220 señala que serán responsables por delito y cuasidelito por los hechos ajenos de personas que estuvieran bajo su dependencia o cuidado (...) *toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones, si no del hecho de los que estuvieren a su cuidado.*”²⁰⁶ De incurrir en alguna de la conductas descrita por la ley; los empleados o sujetos que están bajo cargo o responsabilidad del consorcio, se determinará su culpabilidad por falta de cuidado, por ende, la pena correspondiente será la indemnización por delito o cuasidelito ocasionado.

²⁰³ Código Civil. Artículo 2214. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁰⁴ Código Civil. Artículo 2215. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁰⁵²⁰⁵ Código Civil. Artículo 2216. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁰⁶ Código Civil. Artículo 2220. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Las características que tiene la acción de responsabilidad extracontractual comprenden:

1. *“Es una acción de carácter civil: Esta acción solo busca que la víctima del delito o cuasidelito civil pueda obtener la reparación de los daños materiales o morales ocasionados como consecuencia de estos ilícitos.*
2. *Una acción declarativa de una condena: Lo que persigue la acción es que se declare la responsabilidad civil del autor de un ilícito y que, conscientemente con ello, se le condene al pago de la indemnización.*
3. *Es una acción de naturaleza patrimonial: Quien ha sido víctima, incorpora en su patrimonio el derecho a ser indemnizado y susceptible de apreciación pecuniaria, aun cuando se trate de daño moral.*
4. *Es una acción mueble: La acción tiene por objeto el pago de una suma de dinero, es mueble y según vimos, en materia de responsabilidad extracontractual, la regla general es que la indemnización por danos se paga en dinero-*
5. *Es una acción renunciable: se puede renunciar al derecho de pedir indemnización de perjuicios.*
6. *Es una acción transigible: Puede ser objeto de una transacción*
7. *Es una acción de orden privado: ello es así debido a que se puede renunciar y se puede transigir respecto de ella.*
8. *Es una acción transmisible: La acción indemnizatoria es trasmisible a título universal o a título singular.*
9. *Es una acción prescriptible: Esta característica será analizada en el punto relativo a la extinción de la acción.”²⁰⁷*

Lo importante que cabe recalcar frente a las características que se plantea en torno a la responsabilidad extracontractual, es que entre el responsable y la víctima del injusto doloso no media un vínculo preexistente, si no únicamente coexiste una relación de responsabilidad de indemnizar los daños ocasionados, de ahí que se habla de una acción declarativa; bien puede darse una afectación en la integridad de la persona o puede devenir en detrimento de los bienes patrimoniales.

²⁰⁷ Contreras Moreno. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Parlamento. Pág. 258

Ante las características, la acción de responsabilidad extracontractual es necesario determinar que hechos debe acreditar por lo tanto la víctima que solicita la indemnización por perjuicios de delitos o cuasidelitos civiles:

1. *“El hecho dañoso, circunstancias especiales que constituyan y caractericen el acto delictuoso.*
2. *Quien es el causante directo del acto que infirió el daño.*
3. *Cuál es la persona que, ya sea por su propia acción o por las de sus subordinados o por aquellos que estuvieren bajo su cuidado, es obliga por la ley a la indemnización.*
4. *Que el acto o infracción legal punible haya causado perjuicio al actor en su propia persona o sus intereses.*
5. *El verdadero monto del daño.*”²⁰⁸

La acción por responsabilidad delictual y cuasi delictual civil corresponde exclusivamente al que ha sufrido el daño, dirigido hacia el sujeto activo que es quien ha ocasionado el perjuicio, igualmente será responsable por los hechos ajenos y será compelido al pago por indemnizaciones. Si bien la regla del artículo 1572 del Código Civil comprende la indemnización de perjuicios que es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual es aplicable a los perjuicios resultantes de un delito o cuasidelito, lo que comprende la reparación ante el hecho dañoso abarcando lo concerniente a daño emergente y lucro cesante, esto es el perjuicio actual que resulta ha experimentado el perjudicado, como a su vez la pérdida de los legítimos beneficios, de no producir la existencia del ilícito.

Y lo corrobora el artículo 2231 *ibidem*, que señala cuando se refiere a la posibilidad en virtud de las imputaciones injuriosas que dan derecho a indemnización pecuniaria si se prueba: (...) *daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.*²⁰⁹

Para que el daño de lugar a la indemnización correspondiente deberá ser cierto, real y efectivo, es decir, que cause el percance y por ende tenga como resultado un hecho

²⁰⁸ Contreras Moreno. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Parlamento. Pág. 259

²⁰⁹ Código Civil. Artículo 2231. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

que afecte los bienes o la persona; deberá inferir el sujeto activo por cuanto existiría una relación de causalidad entre el acto y el hecho dañoso, de no ser así, podrá eximir de responsabilidad por el perjuicio ocasionado sea este física, moral, intelectual o afectiva.

Pero no todo daño será susceptible de responsabilidad delictual, es indispensable que el acto u omisión hayan sido ejecutados dolosamente o con culpa.

CAPÍTULO V

Conclusiones.

A lo largo del presente trabajo se observa el desarrollo de la figura del consorcio, desde sus antecedentes, generalidades, así como sus elementos y características. Por otra parte, especial análisis ha merecido el tema de la naturaleza jurídica del consorcio, el mismo punto central de esta investigación; lo que se buscó es profundizar en la problemática del vacío legal y la inseguridad jurídica que este

generaba al no encontrarse regulado en la ley. Se trataba de un figura atípica en el sistema ecuatoriano, no contaba con una regulación expresa, esto puesto que actualmente se lo recoge en el actual Código de Comercio relativamente de reciente data; de igual forma se presentaban discrepancias entre varios tratadistas ecuatorianos que planteaban la problemática de la atipicidad del consorcio en el Ecuador, puesto que no existía un discernimiento frente a su estructura jurídica y normas que deberían aplicarse para su conformación y respectivos efectos jurídicos, por ello fue necesario analizar la naturaleza jurídica de este contrato por la importancia que implica esta forma contractual.

Se ha preferido para su estudio la jurisprudencia local y comparada, así como también la legislación extranjera; en lo que respecta a la normativa ecuatoriana se ha hecho hincapié en lo referente al Código de Comercio, que es el que actualmente recoge a este contrato, en el cual no solo se reconocen los elementos y características, sino se hace también referencia de manera expresa a la naturaleza jurídica del consorcio, con ello solventando la atipicidad y el vacío legal que rodeaba la atmósfera de este contrato.

El desarrollo de este tema, referente al contrato del consorcio, se lo ha realizado a la luz del Derecho privado, ya que en lo concerniente al ámbito del Derecho público no existe disquisición respecto de esta figura en cuanto a sus elementos y lo referente a la naturaleza jurídica. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) en su artículo 285, señala que los consorcios públicos (...) *son aquellas mancomunidades conformadas entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo nivel de gobierno que no sean contiguos o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles;*²¹⁰ a diferencia del consorcio privado, el consorcio público goza de personalidad jurídica por disposición expresa en el artículo 286 del COOTAD, que dispone que *“las mancomunidades y consorcios son entidades de derecho público*

²¹⁰ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 285. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

con personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines específicos determinados de manera expresa en el convenio de creación”²¹¹

Sin embargo, cabe manifestar que son modelos contractuales enteramente privados, por cuanto se ceñirá a las reglas concernientes al Código de Comercio y el Código Civil; Los consorcios son figuras de colaboración empresarial que buscan sumar esfuerzos entre varias empresas, sean estas personas naturales o jurídicas, en la búsqueda de mejorar la prestación de servicios, en proyectos o diversas actividades que estén destinados a realizarlos.

Este contrato es frecuentemente utilizado a nivel global por empresarios que buscan ejecutar proyectos de manera conjunta, pero sin que dicha colaboración entre empresas les implique la pérdida de su autonomía económica. En el campo económico, la autonomía empresarial y patrimonial de los consorciados permite una flexibilidad operativa pues cada uno puede utilizar todos sus recursos para desarrollar una determinada fase del proceso productivo del consorcio, y a su vez no se ven limitados en su gestión de manera individual.

Otra particularidad de estos contratos es que los consorcios son figuras jurídicas, dinámicas propias para el mercado, no tienen límite respecto a las actividades que pudiera realizar, siempre que no contravenga la ley ni el orden público; sin embargo, esto se constata en el Código de Comercio actual, ya que deja abierta esta posibilidad respecto del objeto del contrato de consorcio, por cuanto no se limita la actividad de la figura del consorcio en la legislación ecuatoriana.

El Código de Comercio no especifica el objeto social del contrato, sin embargo, la doctrina como lo propuse, quedará a la libre disposición de quienes estén al frente del consorcio y hacia donde estén direccionadas las actividades del mismo, además el mismo Código de Comercio consagra el principio a la libertad comercial.

²¹¹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 286. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

Artículo 3.- *“Los principios que rigen esta ley son: a) Libertad de actividad comercial; b) Transparencia; c) Buena fe; d) Licitud de la actividad comercial;”*²¹²

Por otra parte, en las diferentes legislaciones que fueron materia de revisión, tampoco se determina el objeto del contrato de consorcio, si bien se encuentran estos contratos expresos en las diferentes leyes, se deja abierta la posibilidad que las actividades estén encaminadas de acuerdo a los intereses de quienes integren esta figura, son contratos de característica plurilateral y nacen de a voluntad común de todos los miembros consorciados.

El tema de la estructura jurídica dentro del Código de Comercio, engloba los temas respecto de su conformación; elementos, características, relaciones jurídicas y responsabilidades, naturaleza jurídica, etcétera. La mayoría de autores citados coinciden en determinar que el consorcio no genera una nueva persona jurídica y es lo que se encuentra de manera expresa en el Código de Comercio, de tal forma que el consorcio no cuenta con un representante legal, no goza de personería jurídica; en caso requerir representación que atienda a sus intereses legales o extrajudiciales, por consiguiente debe acudir a figuras legales que actúen por el consorcio, de manera conjunta por los derechos de todos los consorciados, y es lo que se propuso como es la figura del mandatario, que administre todas sus actividades, y en temas de litigios, un representante, debidamente designado y con la respectiva procuración que atienda a temas legales.

Con respecto al capital operativo, tiene la opción de contar con los aportes que hagan en su momento los consorciados, aportes que, si bien permanecen en el patrimonio individual de cada consorciado, sin embargo, constarán en la minuta de conformación del consorcio y que resultaría un mecanismo legítimo para coercionar mediante medidas de apremio real frente al patrimonio de los consorciados y con ello puedan responder ante el incumplimiento de alguna obligación, en favor de los acreedores. Recuérdese que el consorcio responderá solidariamente por las obligaciones contraídas.

²¹² Código de Comercio. Artículo 3. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

En cuanto a la temporalidad del contrato, si bien el Código de Comercio actual no hace referencia alguna, en la doctrina se señala que el consorcio es un contrato de acuerdo temporal, y el plazo de duración se podrá ver condicionado a la culminación del proyecto o contrato suscrito. Sin embargo, pienso que no debería limitarse el plazo del contrato o actividades en general, pues resultaría ilógico que empresarios exitosos bajo esta modalidad de colaboración empresarial se encuentren forzados a terminar dicha agrupación por una disposición legal, más no por voluntad de los consorciados; indudablemente no existe tal especificación en el Código de Comercio por lo que se entendería su permanencia por el transcurso del tiempo.

El consorcio empresarial se entiende como una figura de carácter contractual y plurilateral que nace del acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho privado, ya sean personas naturales, jurídicas o empresas que conllevan actividades económicas similares o conexas entre sí; lo que se busca es establecer una organización en común que les permita desarrollar, potenciar o efectivizar las capacidades empresariales de sus consorciados en beneficio de la agrupación consorcial, y así llevar a cabo determinados proyectos o cumplir objetivos que resultarían muy difíciles hacerlo de manera independiente, aunque se deja el derecho de libertad que decidan ampliar el plazo de duración del contrato ya que no se encuentra expresa en la ley algún limitante en relación a este tema.

En conclusión, esta figura contractual trae como ventajas a los miembros del consorcio, el mantener su independencia económica; concentrar recursos y capacidades gracias al intercambio de información; reducción de costos de producción de personal; desarrollar nuevas estrategias económicas; potenciar pequeñas y medianas empresas; y, compartir riesgos, ganancias y pérdidas, en especial les faculta para desarrollar proyectos de gran envergadura.

Características:

El Código de Comercio recoge a una figura plurilateral al referirse que va a estar integrada por varias personas naturales, jurídicas o empresas. En las personas jurídicas o empresas deberán constar sus representantes legales o gerentes con sus respectivos nombramientos, mismos que convendrán figurar en la minuta de constitución.

Por otra parte, es una figura de carácter consensual; se constituye con la sola voluntad de quienes están interesados en la conformación de dicho contrato, por cuanto el consorcio nace de una voluntad general, común de todos los consorciados; son contratos solemnes, ya que deberán realizarse mediante escritura pública y posterior inscripción en el Registro Mercantil tal como lo planteamos en los primeros párrafos del capítulo tercero.

Además, son figuras jurídicas de carácter *intuitio personae*, por el hecho de que los sujetos interesados en la conformación de un consorcio, contratan con otros semejantes que gozan de similares capacidades y condiciones empresariales, no cabría la idea de que quien contrata pueda estar interesado en limitar el financiamiento de un proyecto o actividad como tal.

Clasificación:

Frente a lo desarrollado a lo largo del trabajo concluimos que se podría clasificar a la figura del consorcio dentro de los contratos según el Código Civil llamados, Contratos Conmutativos, puesto que guardan características similares. Por un lado, un contrato oneroso, los consorcios se conforman con el aporte a realizarse por cada uno de los miembros interesados, esto se traduce en que cada uno de las partes interesadas en consorciarse, se obligaran a dar o hacer alguna cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte igual deberá dar o hacer.

Código Civil artículo 1457: *“El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.”*²¹³

El contrato de consorcio, en definitiva, su conformación tiene por objeto la utilidad de todos los sujetos consorciados, gravándose cada uno a beneficio del otro con lo cual le permite la formación de un capital operativo para la funcionalidad de sus actividades.

Naturaleza Jurídica:

²¹³ Código Civil. Artículo 1457. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

El reconocimiento del consorcio en el actual Código de Comercio solventa un vacío legal que existía en torno a este contrato, de forma expresa, especifica la naturaleza jurídica dentro del sistema ecuatoriano resolviendo cualquier divergencia o ambigüedad en torno al consorcio y le determina una figura:

1. De naturaleza contractual
2. Que no constituye persona jurídica

Al establecerle al consorcio una figura de naturaleza contractual, se descarta la ambivalencia de criterios y da por concluido la ambigüedad que existía en torno a este modelo contractual, ya que anterior a la promulgación del nuevo Código de Comercio, se afirmaba, por una parte de la doctrina que los consorcios se debían constituir y estar regulados en el Ecuador frente a la atipicidad del mismo, bajo las reglas del contrato de sociedad por su semejanza con este, ya que al momento de constituirse, ambas figuras son muy semejantes en cuanto a sus elementos constitutivos, por lo cual le facultaba encontrarse regulado bajo los efectos jurídicos de la figura de la sociedad, por cuanto el consorcio constituiría una personalidad jurídica reconociéndole así capacidad de adquirir derechos cuanto de contraer obligaciones.

Código de Comercio Artículo 601.- *“El consorcio o acuerdo consorcial, consiste en un contrato mediante el cual dos o más personas, sean estas naturales o jurídicas, o empresas, se unen entre sí con el objeto de participar de manera unívoca (consorcial) en un determinado concurso, proyecto o contrato o en varios a la vez.”*²¹⁴

Como se observa en el artículo precedente, no se trata de un tipo de sociedad, son contratos, de colaboración empresarial, figuras de naturaleza eminentemente contractual, se constituyen por personas naturales, jurídicas o empresas. Sin embargo, lo expresa claramente el Código de Comercio son contratos que no están inmersos en una personalidad jurídica por cuanto no son sujetos de adquirir

²¹⁴ Código de Comercio. Artículo 601. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

derechos cuanto de contraer obligaciones. Código de Comercio artículo 605.- *“El consorcio no constituye una persona jurídica.”*²¹⁵

Se constituye mediante escritura pública en la que se deberá hacer constar las respectivas obligaciones y responsabilidades de todos los sujetos interesados en consorciarse, el acuerdo se efectuara de común acuerdo; por otra parte, cabe establecer que las prestaciones se miran como equivalentes a la contraprestación de los demás miembros consorciados.

Por lo tanto, la naturaleza del contrato de consorcio en la legislación ecuatoriana y en apego al criterio expuesto en la doctrina, se manifiesta que los consorcios son figuras eminentemente contractuales; se reconoce que los consorcios se constituyen en una suma de voluntades de dos o más empresarios cuya finalidad será la consecución de un determinado proyecto, la prestación de servicios, contratos o concursos, sin que de ello constituya una sociedad y menos aún una personalidad jurídica, por lo que no se consideran sujetos de derechos. Los miembros del consorcio serán solidariamente responsables por los actos ejecutados, así fueran realizados de manera individual o consorcial.

Desde una óptica global respecto de la funcionalidad referente a este tipo de figuras contractuales como son los consorcios, se concibe que son contratos que traen un aspecto positivo, puesto que dinamizan la actividad empresarial enfocada hacia la pequeña y mediana empresa, es por ello la importancia de estos modelos contractuales y es lo que hizo que resulte una necesidad el reconocimiento dentro de la legislaciones ecuatoriana, ya que son contratos de colaboración empresarial, con lo cual se busca efectivizar la actividad de las empresas interesadas en su conformación, por lo general medianas empresas, buscando potencializar sus capacidades de manera colectiva para competir con transnacionales o empresas con grandes capitales de inversión.

La regulación que se expresa en el actual Código de Comercio referente al consorcio, tiene como efecto una seguridad jurídica frente a los acreedores, ya que se detalla en varios de sus artículos la correspondiente estructura jurídica por un

²¹⁵ Código de Comercio. Artículo 605. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

lado, y con ello se acompaña, el tema de las responsabilidades del consorcio; de igual manera resulta importante para quienes estén interesados en consorciarse, pues les resultara necesario tomar en cuenta el panorama de las distintas obligaciones sobre las que se estipularon en la minuta de conformación, así como también el temas de sus responsabilidades que correspondan; teniendo en cuenta, que los sujetos consorciados responderán de manera *in solidum* por razones de incumplimiento o perjuicios que pudieran causar.

Elementos:

Los elementos constitutivos de la figura del consorcio establecen: una figura, Plurilateral (personas naturales, jurídicas o empresas); el objeto del contrato como ya se lo había tratado, no se especifica en el Código de Comercio, sin embargo, son figuras de naturaleza comercial u mercantil; con respecto de los aportes son sin duda indispensables para la conformación del consorcio. Resulta necesario los aportes de cada miembro consorciado, puesto que, al ser contratos de colaboración empresarial, va a mediar en este tipo de figuras una función de cooperación, en la ejecución del proyectos o contratos, por lo tanto, el aporte es fundamental por cada miembro para la consecución del objeto de contrato para el cual se constituyó el consorcio.

Estos elementos deberán constar para la constitución del consorcio en escritura pública, que será suscrita por todos los miembros interesados en constituirse en consorcio, con lo que le dará plena validez. Código de Comercio artículo 604.- *“El acuerdo consorcial deberá constar por escritura pública.”*²¹⁶

Las principales cláusulas que a mi criterio deben contemplar este tipo de contratos serian:

- a. Comparecientes: En el caso de personas naturales deberán constar los nombres y apellidos completos, domicilio, estado civil; en caso de constituirse mediante personas jurídicas o empresas estas deberán hacer constar nombres completos de los sujetos que en calidad de gerente o

²¹⁶ Código de Comercio. Artículo 601. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

representante legal que actúen a nombre de estos; razón social en caso de las empresas, además dónde se encuentran domiciliadas para efectos de registro.

- b. Acuerdo de constitución: La razón social del consorcio, con lo cual se llega a identificar al mismo, posterior deberá quedar establecido el interés y la decisión que tienen los sujetos interesados en la conformación ya sea de personas naturales o representantes legales o en caso de empresas o personas jurídicas, con lo cual se comprometen a participar e intervenir de manera activa y directa en el objeto para el cual constituyen el consorcio.
- c. Constitución, denominación, domicilio y objeto: el consorcio que se constituye deberá tener una denominación, se señalará el domicilio, tiempo de duración y el objeto del consorcio.
- d. Aportaciones, suministros, provisiones: Las personas naturales, jurídicas o empresas que forman el consorcio y que se constituyen en la escritura, se obligan a aportar, suministrar o proveer, todos los capitales tecnologías, maquinarias, equipos, herramientas y mano de obra que sea necesario para el cumplimiento del objeto del contrato para el cual se suscribió. Será necesario determinar el porcentaje de cada miembro en el suministro o aportaciones; con lo que respecta a los beneficios o pérdidas será de manera equivalente para todos.
- e. Obligaciones y responsabilidades: en las relaciones contractuales los integrantes del consorcio convienen y declaran expresamente que podrán intervenir de manera consorcial, a su vez serán solidariamente responsables por las obligaciones y compromisos contraídos frente a terceros, así como por los daños derivados por las actividades del consorcio. Se estará dispuesto en las leyes de la República del Ecuador, así como a las disposiciones de los respectivos contratos que se celebren.
- f. Representante general: si bien no se establece la conformación de un directorio, los sujetos consorciados podrán realizarlo; en derecho privado se entiende todo permitido exceptuando lo que la ley establece expresamente prohibido. De existir un directorio podrá designar tanto un presidente cuanto, al representante general, a quien le facultan para que represente y conduzca los negocios u otro tipo de actividades en relación al objetivo social que vaya a realizar dicho consorcio.

- g. Directorio: en el caso de haberse constituido un directorio para que este se considere válidamente constituido se requerirá por lo menos un representante de cada empresa que haya suscrito cuantas veces sea necesaria en las reuniones que se convoquen, con la antelación convenida entre los consorciados. De ser el caso se deberá constatar la presencia en un libro de actas de todos quienes concurren a dichas reuniones.
- h. Atribuciones de los representantes generales: las atribuciones podrán estar designadas al igual por el directorio, dentro de las distintas actividades atribuibles puede estar 1.) Llevar bajo su responsabilidad el movimiento económico del consorcio; 2.) Realizar todos los contratos que sean necesario para el cabal cumplimiento de los contratos suscritos por el consorcio; 3.) ejecutar y hacer ejecutar las resoluciones del director de existir el mismo; 4.) Presentar al directorio toda la información que esta requiera cuantas veces sea necesario; 5.) Cobro de cheques y dineros en efectivo en las transacciones en efectivo que se originan de cualquier contrato o convenio; 6.) girar o librar cheques, letras de cambio o documentos de obligación a nombre del consorcio.
- i. En caso de haberse designado un directorio podrá establecerse a los sujetos como representantes de las empresas que integran el consorcio como directores u director, y sus suplentes.

Con esto se esquematiza una minuta de constitución de un consorcio bajo las reglas establecidas en el Código de Comercio vigente. Pues bien, a su vez puede quedar a libre disposición de los sujetos consorciados el acordar otras cláusulas, siempre y cuando no sean contrarias a la ley. Bajo las directrices analizadas de la figura del consorcio, los elementos antes mencionados son imprescindibles con lo cual le daría plena validez a la escritura de constitución.

Al final de la minuta de constitución las partes deberán ratificar en todas y cada una de las cláusulas del presente documento, de convenir a sus intereses, y por consiguiente será el notario quien de ser necesario agregue ciertas clausulas si así lo amerita para completar con la valides de este instrumento, el mismo que una vez firmado quedará elevado a escritura pública con toda la validez legal del caso.

Responsabilidades y obligaciones:

El Código de Comercio establece que todas aquellas obligaciones contraídas u actividades realizadas por el consorcio que conlleven a ocasionar algún perjuicio por incumplimiento de un contrato o a efectos de generar un daño a un tercero frente a un ilícito civil, serán solidariamente responsables. Por lo tanto, se observa a una figura del consorcio hacer frente a las obligaciones, tanto por la vía de una relación contractual, así como las de una responsabilidad extracontractual tal como lo planteamos en el capítulo de responsabilidades del consorcio.

La distinción entre ambas clases de responsabilidades hace referencia a la clase de derecho que es vulnerado y de la relación que existe entre ambas partes. En efecto, la lesión que se cause a un derecho subjetivo absoluto como (la vida, la propiedad, el honor) configuran lo que se conoce como responsabilidad extracontractual, además entre quien fuere el agraviado y el sujeto activo no existe una relación jurídica preexistente; por otro lado, la lesión a los derechos personales o de crédito que tienen como fuente de las obligaciones a un contrato, da origen a la responsabilidad contractual y este nace del incumplimiento o el cumplimiento defectuosos de la obligación de quien fuere el deudor.

La responsabilidad extracontractual tiene como fuente el artículo 1453 del Código Civil: *“Un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”*²¹⁷

Por lo tanto, la responsabilidad extracontractual se produce por la contravención a una norma o la ley, de haber inferido daño o injuria a una tercera persona y mas no por una obligación preexistente. En términos generales quien haya causado un injusto dañoso, deberá responder por la reparación del mismo, no hay obligación preexistente, sino únicamente la obligación de observancia general que obliga a todo mundo a respetar la vida, la propiedad privada, y sobre todo al principio de no causar daño a otro.

Los elementos básicos que integran el delito como cuasidelito es el dolo o culpa; en el cuasidelito no va a existir dolo, porque no existe esa plena intención o voluntad

²¹⁷ Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

de causar daño, solo existe culpa por quien fuere el autor por falta de cuidado, imprudencia, negligencia o descuido, y será responsable frente a la materialidad de los actos o actividades ejecutados que hayan generado un perjuicio en otra persona.

El artículo 603 del Código de Comercio reconoce ambas formas de responsabilidades ya sea que nazcan de un concurso de voluntades o por las actividades realizadas lleven consigo la consecuencia de un hecho dañoso: *“Por las obligaciones que se contraigan a nombre del consorcio, así como por los daños atribuibles a las actividades desarrolladas por los consorcios, responderán, de manera solidaria los integrantes del mismo.”*²¹⁸

Al referirse a *las actividades desarrolladas* se desprende que el consorcio no únicamente será responsable por relaciones jurídicas contractuales pre existentes sino que se reconoce responsabilidad del consorcio por efecto de las actividades que ejecutare y que de ello resultare perjudicado una tercera persona, serán igualmente responsables solidariamente y se deberá observar las reglas establecidas en el Código Civil para efectos de culpabilidad y el resarcimiento de perjuicios tal como se lo reviso en el capítulo anterior.

Se entiende obligado a indemnizar por efecto de delito o cuasidelito, Código Civil artículo 2216: *“Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.”*²¹⁹

De esto se desprende que las actividades que ocasionen perjuicio en una tercera persona y estas resultaren perjudicadas por las actividades de quien fuere el sujeto activo (consorcio), al no tomar las debidas precauciones, medidas necesarias como disposiciones técnicas, estudios indispensables, o materiales imperfectos o defectuosos para evitar cualquier daño al momento de ejecutar alguna obra o proyecto, este será responsable por la materialidad de los actos y los perjuicios ocasionados, indemnizaciones que abarcan a quienes se haya causado el perjuicio.

Como muestra de aquello, se cita el siguiente ejemplo:

²¹⁸ Código de Comercio. Artículo 603. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²¹⁹ Código Civil. Artículo 2216. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Responsabilidad por ruina del edificio por vicio de construcción según el artículo 2224 del Código Civil y que tendrá prescrita la regla número 3 del artículo 1937 del Código Civil que hace referencia:

3. “Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario.”²²⁰

Las actividades del consorcio que conlleven a generar un perjuicio a una tercera persona por no haber tomado las precauciones necesarias e indispensable, propias de su oficio será responsable del pago de las indemnizaciones por los perjuicios que ocasionare el injusto dañoso.

Pero no todas las actividades realizadas por el consorcio generan responsabilidad, el factor que alude al nexo de responsabilidad en los delitos y cuasidelitos se da cuando al ejecutarlas las actividades en el caso de la figura del consorcio no se realizan tomando las debidas precauciones, y que por culpa y descuido de aquello generan un daño a una tercera persona, lo importante es que quien fuere el sujeto pasivo del agravio podrá ser cualquier persona y en consecuencia tendrá derecho a ser indemnizado siempre y cuando de su conducta, no haya existido imprudencia alguna, como por ejemplo haber obviado señales de advertencia, teniendo presente que al hacerlo el riesgo era inminente ya que existían actividades de por medio ejecutándose.

Cabe señalar que los hechos personales no son única fuente de responsabilidad, en materia de delitos o cuasidelitos, el artículo 2220 del Código Civil reconoce a los hechos ajenos como fuentes de obligaciones, por los que responde la persona bajo quien se encuentra a su cuidado y responsabilidad.

Código Civil Artículo 2220.- *“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.”²²¹*

²²⁰ Código Civil. Artículo 2224. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²²¹ Código Civil. Artículo 2220. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Si en un consorcio estuviesen a cargo un grupo de trabajadores realizando algún tipo de actividad y a efecto de ello, por descuido e imprudencia ocasionaren algún tipo de hecho dañoso en perjuicio de una o varias personas, serán responsables solidariamente todos quienes conformen el consorcio.

El fundamento de lo que se describe en la norma, al responsabilizar a una persona no solo de sus propias acciones, sino también de la conducta de aquellos sujetos que estuvieren bajo su responsabilidad o cuidado, es por el hecho que esta persona tiene la obligación de vigilar a la otra para que esta última no cause algún perjuicio o daño. En este caso quien es el legitimado activo no tiene que probar que el hecho ilícito que ocurrió fue por falta de vigilancia por la persona que tiene bajo su cuidado y responsabilidad, únicamente se establecerá la materialidad de los actos y que dichos actos son imputables, aquella persona que se encuentra subordinada o dependiente; la ley presumirá la responsabilidad de la persona a cuyo cargo esta tercera persona se encuentre.

Podrán cesar las obligaciones si probare que no pudieron impedir el daño que se causó aun con el cuidado y la vigilancia debida por quien estuvieren a su cargo. *“Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.”*²²²

Legitimación Activa:

La tendrá la persona quien por delito o cuasidelito haya sufrido el daño, pero sin que media culpa de quien reclama. La demanda será interpuesta ante quien fuere el sujeto activo de la acción que por delito o cuasidelito haya producido daño alguno y estará obligado al pago que por indemnizaciones corresponda. Código Civil Artículo 2216.- *“Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.”*²²³

²²² Código Civil. Artículo 2220. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²²³ Código Civil. Artículo 2216. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

En el caso del consorcio será solidariamente responsable por delito o cuasidelito de sus propios actos o de aquellos de quienes se entienden bajo su cuidado y responsabilidad y serán obligados al pago por indemnizaciones.

Indemnización:

La acción por responsabilidad delictual y cuasi delictual civil corresponde exclusivamente al que ha sufrido el daño, dirigido hacia el sujeto activo que es quien ha ocasionado el perjuicio, igualmente será responsable por los hechos ajenos, y será compelido al pago por indemnizaciones. Si bien la regla del artículo 1572 del Código Civil comprende la indemnización de perjuicios que es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual es aplicable a los perjuicios resultantes de un delito o cuasidelito, lo que comprende la reparación concerniente a daño emergente y lucro cesante, esto es el perjuicio actual que ha experimentado el perjudicado, como a su vez la pérdida de los legítimos beneficios, de no producir la existencia del ilícito.

Y lo corrobora el artículo 2231 del Código Civil que señala que cuando refiere la posibilidad en virtud de las imputaciones injuriosas dan derecho a indemnización pecuniaria si se prueba: *“daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.”*²²⁴

Para que el daño tenga lugar a la indemnización correspondiente deberá ser cierto, real y efectivo, es decir, al causarse el percance, tendrá como resultado un hecho que afecta a los bienes o a la integridad física de una persona determinada, además deberá inferir el sujeto activo; por cuanto existirá una relación de causalidad entre el sujeto del acto y el hecho dañoso, de no ser así, podrá eximir de responsabilidad por el perjuicio ocasionado sea física, moral, intelectual o afectiva. Pero no todo daño será susceptible de responsabilidad delictual, es indispensable que el acto u omisión hayan sido ejecutados dolosamente o con culpa.

Responsabilidad Contractual:

Como lo reitero, los consorcios una vez constituidos podrán suscribir contratos, a su vez también el poder encontrarse inmiscuidos en proyectos, concursos o

²²⁴ Código Civil. Artículo 2231. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

actividades económicas que conllevan la realización de una prestación en particular; con ello se puede manifestar, que los consorcios al establecerse como partes contractuales, se obligaran a lo estipulado con la contraparte según sea el objeto del contrato, de acuerdo a las cláusulas, plazos, modos etcétera, de tal forma que de perfeccionarse el mismo este será vinculante para las partes.

Todos los contratos celebrados con un comerciante, o empresario y que se refieran específicamente actos de comercio, se configuran, figuras contractuales de naturaleza mercantil, los mismos que se entenderán regulados por las distintas normas que consagra el actual Código de Comercio. Artículo. 219.- *“El contrato es mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante o empresario y se refiera a actos de comercio.”*²²⁵

Así también se recoge de manera expresa a los contratos de naturaleza mercantil según el libro V del Código de Comercio DE LOS CONTRATOS MERCANTILES; Código de Comercio artículo 295.- *“Son contratos mercantiles los que se tratan en este libro. Deberán ser analizadas e interpretadas bajo los criterios de este Código otras formas contractuales en las que estén presentes elementos que determinen la naturaleza mercantil de los actos, lo que incluye los contratos innominados que puedan llegar a celebrarse.”*²²⁶

Dentro de los contratos que se encuentran en este libro V, Título VIII, capítulo II se encuentra regulado la figura del consorcio mercante que es materia de análisis de este trabajo.

Sin embargo la figura del consorcio mercante al ser un modelo contractual moderno, no se avizoran en el Código Civil en cuanto a las característica o elementos que guarda este contrato; su naturaleza es netamente mercantil se encuentra regulado bajo las normas y principios del Código de Comercio; sin embargo se establece la aplicación supletoria del Código Civil en referencia a estos

²²⁵ Código de Comercio. Artículo 219. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²²⁶ Código de Comercio. Artículo 295. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

contratos, buscara suplir cualquier vacío que se presente en cuanto a las reglas y principios generales a todos los contratos, actos y declaraciones de voluntad; formas de constituirse, modos de extinguir la obligación, interpretación de contratos; el tema de responsabilidades así como también las indemnizaciones por incumplimiento contractuales o referentes al ilícito civil.

Código de Comercio artículo 216.- *“Los principios y reglas generales del derecho civil, referentes a las obligaciones y los contratos, su formación, perfeccionamiento, formas de extinguir, entre otros, son aplicables a los actos y contratos mercantiles, en todo en cuanto no se opongan a lo prescrito en el presente Código.”*²²⁷

En la conformación de los contratos, las partes deberán observar en primera instancia; los elementos esenciales a todos los contratos como lo es el consentimiento, objeto lícito y causa lícita; sin embargo se habla de un cuarto elemento referente a la capacidad de contratar en cuanto a las partes; se entiende que toda persona es capaz de obligarse por sí misma, excepto los que la ley reconoce como incapaces; por cuanto en ausencia de la capacidad para contratar por una de las partes será nulo todo acto o contrato. Código Civil artículo. *“1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”*²²⁸ (...) artículo 1463.- *Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.”*²²⁹

Habrà que tener en cuenta que la incapacidad no es absoluta respecto de los menores adultos, personas jurídicas; por cuanto sus actos en ciertas circunstancias y en determinados supuestos previstos por las leyes, pueden tener valor legal, como el caso de la capacidad para contraer matrimonio (contrato), requiere para ello el consentimiento de quien sobre él ejerza patria potestad, o si tal no fuere el caso, de la autorización de sus ascendientes de grado más próximo, o de la del curador

²²⁷ Código de Comercio. Artículo 216. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²²⁸ Código Civil. Artículo 1462. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²²⁹ Código Civil. Artículo 1463. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

general o de la del especial, en su orden, si faltaren dichos ascendientes. Por cuanto sus actos pueden ser convalidados y tener validez ante la ley.

(...) Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”²³⁰

Por otra parte, en un segundo momento que se debe prestar atención cuando se trate de la conformación de un contrato, es con respecto a las reglas concernientes de los actos y declaraciones de voluntad que conforman un negocio jurídico, cuyo efecto trae consigo la plena validez de los contratos; Código Civil artículo 1461: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita.”²³¹*

Teniendo en cuenta, los elementos esenciales a todo contrato; consentimiento, objeto lícito y causa lícita; así también las reglas del artículo 1461 recogidas en el Código Civil respecto de los actos y declaraciones de voluntad para la formación de un negocio jurídico; sin embargo en materia mercantil se da cierto realce a un elemento más, como lo es consentimiento, que se funda en las distintas negociaciones tanto formales como informales que se puedan presentar entre las partes interesadas y se perfecciona en la aceptación del contrato; de tal modo que de haberse resuelto las negociaciones, y de no haber inobservado las normas respectivas que puedan dejar sin efecto lo convenido, el contrato se entenderá perfeccionado y en suma resultara obligatorio para las partes. Código Civil artículo 1561.- *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.”²³²*

²³⁰ Código Civil. Artículo 1463. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²³¹ Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²³² Código Civil. Artículo 1561. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Es importante el tema del consentimiento en materia mercantil según lo que se expresa en el Código Comercio en el libro IV de las Obligaciones y Contratos Mercantiles en General, Título II, Capítulo I; referente a la Formación y Perfeccionamiento del Consentimiento.

Consentimiento:

En materia mercantil el perfeccionamiento del consentimiento tendiente a la celebración de un contrato se inicia con la presentación de una oferta por quien fuere el oferente; esta puede ser realizada por algún medio escrito, telemático, medios electrónicos, recepción de mensajes entre otros. Esta oferta deberá contener un proyecto de negocio jurídico que se entiende deberá contener los requisitos que establece el Código Civil en cuanto a los elementos de un negocio jurídico. Código Civil artículo. 1461.- *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita.”*²³³

Por lo tanto, las ofertas deberán estar encaminadas a sujetos que sean legalmente capaces ante la ley, que no se encuentren inmersos bajo la regla referente a las incapacidades, impedidos de realizar cualquier acto o contrato; además de ello la oferta no deberá viciar el consentimiento; el error, fuerza o dolo, deberá estar exento de objeto lícito o causa lícita que pudieran contravenir la ley, las buenas costumbres o al orden público, caso contrario todo acto o contrato será nulo.

Además, para que esta propuesta se entienda como una oferta formal, deberá estar dirigida a una determinada persona en específico, es lo que la norma detalla, caso contrario será considerada como una simple invitación al público en general; la propuesta que fuere realizada por medios de comunicación electrónico u escritos, deberán precisar una oferta concreta y directa, con lo cual, tendrá como efecto el carácter vinculante entre las partes según lo convenido.

La propuesta de ser escrita, esta deberá ser enviada y posterior aceptación o rechazo por quien fuere el oferido, esto en el término de tres días siguientes a la recepción de la misma; la aceptación procura el perfeccionamiento del contrato, por ende,

²³³ Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

resulta vinculante para las partes según lo que se entiende pactado; sin embargo, frente a la inactividad de quien recibe la oferta (oferido), esta se entenderá como negativa y rechazo de la misma.

Código del Comercio artículo 227.- *“Cuando la propuesta se haga por cualquier medio escrito, telemático o no, deberá ser aceptada o rechazada dentro de los tres días siguientes a la recepción de la propuesta, salvo que la propuesta tenga un plazo diferente.”*²³⁴ (...) artículo 228.- *“Con la aceptación total de la oferta el contrato queda perfeccionado en el acto, y surte todos sus efectos legales, salvo la muerte o incapacidad legal del proponente. El silencio o la inacción, por sí solos, constituirán negativa a las propuestas efectuadas. La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro del plazo para la aceptación.”*²³⁵

Esto en cuanto a los medios escritos o recepción de mensajes. Por otra parte, el Código de Comercio reconoce que la formación del consentimiento puede tener como base los medios de comunicación electrónicos, en el cual se entendería que se envía una determinada oferta, sea por medio de un correo electrónico; desde algún sitio web entre otros mecanismos que en la actualidad se implementan para ofertar prestaciones de servicios; de aceptar la propuesta original por el oferido, se entiende que se habrá perfeccionado tal contrato. Cabe recalcar que entre ambas partes pueden existir de por medio negociaciones hasta consensuar en las distintas cláusulas del contrato propiamente.

Código de Comercio artículo 238.- *“Toda declaración o acto referido a la formación, perfección, administración, cumplimiento y extinción de los contratos mercantiles podrá efectuarse mediante comunicación electrónica entre las partes y entre estas y los terceros, salvo disposición legal expresa en contrario. (...) Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con*

²³⁴ Código de Comercio. Artículo 227. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²³⁵ Código de Comercio. Artículo 228. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico. (...) La utilización de medios electrónicos en los contratos mercantiles no requiere el previo acuerdo de las partes. En todo acto de comercio ofertado en vía telefónica, cuyo pago se estipule mediante débito directo o cobro automático de una cuenta electrónica, la aceptación siempre deberá ser expresa, empleándose para el efecto medios o canales electrónicos.”²³⁶

Es importante destacar, aun cuando las ofertas fueren por medios de comunicación electrónicos, el inciso final del artículo precedente señala que la aceptación deberá ser netamente expresa por la contraparte, por lo tanto, los contratos deberán constar por escrito, sea de la manera como se hubiere implementado desde la propuesta de la oferta, negociación y aceptación.

Todo acto referido al perfeccionamiento, administración, extinción, de los contratos, podrán realizarse por medios de comunicación electrónicos, con lo cual se apunta a nuevas modalidades de relacionarse en materia mercantil. De requerirse por escrito la oferta, se obtendrá directamente con el oferente; se entiende que deberá materializarlo desde la base de datos, o de algún soporte técnico del que se hubiera implementado. Los medios electrónicos podrán ser utilizados sin previa acuerdo entre las partes.

Una vez que se haya perfeccionado sea por medios electrónicos o escritos, se entiende que los contratos deberán ejecutarse de acuerdo a lo que se hubiera contratado entre las partes; nunca lo hicieron en la búsqueda de actos reparatorios ni mucho menos indemnizatorios por temas de incumplimiento; con lo que respecta al objeto del contrato fue convenido mutuamente y debe ser cumplido, por cuanto quien incumpla será obligado al pago por indemnizaciones correspondientes. Código Civil artículo 1562.- *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas*

²³⁶ Código de Comercio. Artículo 228. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella."²³⁷

Lo que se busca es el cumplimiento de la prestación estipulada, comprenda esto una obligación de dar, hacer o no hacer. Lo que se persigue al momento de la celebración de un contrato es el pago o la solución del mismo para el cual fue contratado, con lo cual quede satisfecho a los intereses de las partes que intervienen en la relación contractual.

Entiéndase a la solución o al pago efectivo como un modo de extinguir las obligaciones que se encuentra regulado en el Código de Comercio artículo 248, con lo cual se podrá dar por terminado el vínculo contractual entre las partes que se hubieran obligado por el mismo. - *"Pago es la prestación de lo que se debe, sea esto una obligación de dar, hacer o no hacer."*²³⁸ Sin embargo, habrá que tomar en cuenta de igual forma las reglas recogidas en el Código Civil, respecto de los modos de extinguir las obligaciones, ya que podrán aplicarse de forma supletoria en materia mercantil. Artículo 1583 del Código Civil.

(...) 1.- Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;

2.- Por la solución o pago efectivo;

3.- Por la novación;

4.- Por la transacción;

5.- Por la remisión;

6.- Por la compensación;

7.- Por la confusión;

8.- Por la pérdida de la cosa que se debe;

9.- Por la declaración de nulidad o por la rescisión;

²³⁷ Código Civil. Artículo 1562. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²³⁸ Código de Comercio. Artículo 248. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

10.- Por el evento de la condición resolutoria; y,

11.- Por la prescripción.”²³⁹

Por lo tanto, las partes contractuales en el caso del oferido, será esperar el cumplimiento de lo pactado en el contrato por parte del oferente; de ser contratos de ejecución instantánea según lo recoge el artículo 222 del Código de Comercio: *(...) son aquellos en los que la prestación del deudor se agota en un solo acto;*”²⁴⁰ Si la obligación se entiende convenida de trato sucesivo será propicio el cumplimiento periódico en un determinado tiempo; *(...) Son de tracto sucesivo aquellos en los cuales la ejecución es continuada o periódica y, por tanto, las obligaciones que de ellos se derivan nacen y se extinguen a lo largo de su vigencia, por lo que va cumpliéndose conforme transcurre el tiempo.*”²⁴¹

Sin embargo, le corresponderá al oferido el pago del dinero en la moneda en curso legal y en los modos que se hubieran establecido, ya que se pudiera haber pactado algún lugar determinado de pago. Código de Comercio artículo. 250.- *“La obligación que tenga por objeto una suma de dinero deberá cumplirse en el lugar de domicilio que tenga el acreedor al tiempo del vencimiento, si fuese el mismo de aquel en que se contrajo la obligación. Si el lugar es distinto, y por ello resultare más oneroso su cumplimiento, el deudor podrá hacer el pago en su propio domicilio y dar noticias de ello al acreedor.*”²⁴²

El pago también puede realizarse por medio de una transferencia de dinero mediante una institución bancaria que haya sido designada por el oferente y se haya puesto a conocimiento del oferido. Código de Comercio artículo. 262.- *“El pago puede efectuarse por una transferencia a la cuenta en una institución financiera que el acreedor haya dado a conocer al deudor. En el caso de pago por transferencia de*

²³⁹ Código Civil. Artículo 1583. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁴⁰ Código de Comercio. Artículo 222. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁴¹ Código de Comercio. Artículo 222. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁴² Código de Comercio. Artículo 250. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.”²⁴³

El pago deberá realizarse una vez concluida la prestación; cuando se hubiere entregado el objeto o cosas, o realizado tal hecho, según a ello se presumirá finiquitada la obligación y por ende, conlleva la extinción de la misma. Código de Comercio artículo 333.- *“El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y al presente Código, sin necesidad de requerimiento, ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.*”²⁴⁴

El Código de Comercio establece que el acreedor no estará obligado a aceptar el pago anticipado antes de vencer la obligación. Artículo 255.- *“Salvo norma legal en contrario, el acreedor no está obligado a aceptar el pago antes del vencimiento de la obligación.*”²⁴⁵

Además, cabe señalar que el acreedor tampoco está en la obligación a la recepción de la obra, cuando esta se entienda inconclusa, o de cumplimiento parcial. Código de Comercio artículo 256.- Art. 256.- *“El acreedor no está obligado a recibir el cumplimiento parcial de la obligación.*”²⁴⁶

Son claras las reglas establecidas en el Código de Comercio, así como en el Código Civil con lo que respecta a las relaciones contractuales; perfeccionamiento, modos de extinguir obligaciones, ofertas, el modo de pago, aceptación del pago, recepción del cumplimiento de la obligación etcétera; pudiendo con ello tener un panorama óptimo y claro desde una atmósfera con la figura del consorcio, como participe en una relación contractual como oferente u ofrecido.

²⁴³ Código de Comercio. Artículo 262. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁴⁴ Código de Comercio. Artículo 233. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁴⁵ Código de Comercio. Artículo 255. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁴⁶ Código de Comercio. Artículo 256. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20

<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

Siempre habrá que partir desde un principio básico, los contratos se entienden ley para las partes y en caso de incumplir lo que fuere pactado, en caso de la figura del consorcio, este se verá en la necesidad de observar las consecuencias que conlleva su incumplimiento, es decir lo concerniente a las indemnizaciones que asumiera en la calidad de deudor, en temas de perjuicios que haya podido ocasionar.

Se puede afirmar que el incumplimiento de un contrato es uno de los riesgos que se enfrentan las partes cuando realizan un determinado negocio jurídico. Las instancias que se deberán tener en cuenta como ya lo expusimos, para la celebración de los contratos; en primera instancia, referente a los elementos esenciales a todos los contratos; capacidad, objeto y la causa lícitas; Por otra parte así también la formación del consentimiento que tiene como origen a en las negociaciones formales o informales; por último, la aceptación de las partes a las cláusulas en general que se haya acordado, de esta manera el contrato se entenderá perfecto y lo cual va a tener como efecto entre las partes el carácter de vinculante entre el acreedor y deudor; con ello se origina por una parte, el derecho del acreedor de exigir el cumplimiento; y, al mismo tiempo la posibilidad del deudor del poder librarse de su obligación cuando se haya cumplido con lo convenido.

En termino generales el incumplimiento contractual nace cuando una parte no cumple con lo establecido en el plazo que se haya acordado, sea (...) *de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*²⁴⁷ De tal manera que, frente al incumplimiento, le faculta al acreedor tres derechos principales que emanan de la obligación, a saber: exigir el cumplimiento de la obligación (exigibilidad), resarcirse en caso de perjuicio por mora o incumplimiento del deudor (resarcimiento); y, tomar las medidas necesarias para conservar la cosa o el patrimonio del deudor para garantizar así el cumplimiento de la obligación (derechos auxiliares).

En su defecto la obligatoriedad de un contrato tiene su origen desde el perfeccionamiento del mismo, puesto que este viene a constituirse ley para quienes lo celebraron. Así el artículo. 1561 código Civil establece. – *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado*

²⁴⁷ Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”²⁴⁸ De tal forma que las partes del contrato, se obligan, y deberán acatar o someterse a lo pactado como si se tratase de una ley, por lo que deben cumplir a cabalidad sin que se pueda alterarlo, modificarlo, o mucho menos darlo por terminado si no por mutuo consentimiento, o por las causas establecidas en la ley como los modos de extinguir las obligaciones recogidas tanto por el Código de Comercio, así como también de manera supletoria por el Código Civil.

El efecto principal o normal frente a la celebración de un contrato es el cumplimiento o la ejecución exacta de la prestación pactada, se puede tener al incumplimiento presente dentro de la atmosfera de una relación contractual, que simplemente no se descarta, sin embargo frente a la inejecución de las prestaciones que se hubieren convenido traerá como consecuencia, el exigir al deudor al cumplimiento o la ejecución de la obligación lo que le faculta al acreedor, utilizar todos los medios legales o extrajudiciales para lograr lo dispuesto a cargo del deudor.

Sin embargo, hay que tener presente la naturaleza de la obligación contenida en el contrato que corresponda bien sean obligaciones de dar, hacer o no hacer; Código Civil artículo. 1454.- *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.*”²⁴⁹

En el caso de una prestación de hacer, con fijación de plazo, si el deudor no cumpliera dentro del plazo establecido, incurrirá en mora automáticamente, es decir sin la necesidad de interpelar o realizar requerimiento alguno por parte del acreedor. A partir del vencimiento del plazo comenzara automáticamente la responsabilidad por incumplimiento del deudor, el cual deberá pagar los daños y perjuicios que corresponda a efecto de la mora por retraso en el cumplimiento de las prestaciones. Por ello la necesidad al momento de estipular, con la contraparte, será preciso establecer un mapa de eventuales circunstancias que puedan efectuar

²⁴⁸ Código Civil. Artículo 1561. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁴⁹ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

responsabilidad como lo es, temas de plazo, modos de ejecución, las características que conlleva el objeto del contrato etc.

Respecto de las obligaciones de dar, se entienden aquellas que tienen por objeto la entrega de alguna cosa hacia el acreedor, ya sea porque este adquirió un derecho de propiedad o un derecho real o simplemente un derecho de uso o tenencia.

Sin embargo, habrá que determinar si en las obligaciones de dar, se estableció plazo alguno; de no existir se entiende que se constituye en mora cuando el deudor haya sido compelido al cumplimiento por parte del acreedor.

En el caso de haber suscrito plazo, la mora empezará a correr y a surtir efectos desde el vencimiento del mismo, en el cual el deudor se verá en la obligación de responder por los daños y perjuicios moratorios; de no haberse estipulado plazo alguno, la mora empezará a correr desde que el que el acreedor a interpelado a la contraparte a que cumpla con su obligación.

Código Civil artículo. 1510.- *“El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirla.”*²⁵⁰

Los efectos de la mora que al deudor le corresponde afrontar cuando no cumple la obligación en un plazo determinado o de haber sido compelido por el acreedor, es la ejecución forzada de la obligación o la resolución del contrato, que podrá demandar el acreedor con las respectivas indemnizaciones.

El supuesto de las indemnizaciones entiéndase, que le corresponderá al deudor ponerle al acreedor en una situación económica favorable como si el deudor hubiera cumplido su obligación en el plazo pactado y las condiciones que se hubieran establecido, por ende, el acreedor requerirá el pago por la morosidad correspondiente.

Código Civil artículo. 1567.- *“El deudor está en mora: 1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor*

²⁵⁰ Código Civil. Artículo 1510. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."²⁵¹

Por lo tanto, cuando el deudor que no haya cumplido la obligación en el plazo estipulado; cuando no haya sido entregado la cosa; o de haber sido interpelado por el acreedor al cumplimiento de la obligación le corresponderá al deudor demandar según el Código Civil artículo 1572: *"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*"²⁵² Sea que exista daños materiales o a la propiedad de las personas, refleja un daño emergente. El lucro cesante se refiere aquel daño patrimonial sobre un bien mueble, inmueble o cosa a la cual se le ha generado un detrimento y como resultado tiene un perjuicio económico para al sujeto que ostenta la calidad de dueño; puesto que ha dejado de percibir la utilidad de la que ser servía de la cosa o del patrimonio como tal.

Para ejemplificar, resultaría el perjuicio por lucro cesante en el caso de incumplimiento de contrato por falta de la entrega de una cosa. Al encontrarse incumplido la prestación objeto del contrato con la cual pensaba el acreedor que se serviría de aquello y le resultaría una utilidad del funcionamiento de la misma, al no haberse entregado en el plazo acordado, cada día resulta una pérdida económica para el acreedor.

Sim embargo es importante manifestar la posibilidad que le otorga el Código de Comercio de diferir el cumplimiento de la obligación después de la celebración del contrato. Sin embargo, eso no exenta del cumplimiento de los perjuicios que pudiera ocasionar a la contraparte.

Código de Comercio artículo 345: *"Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:*

(...) a) Un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia.

²⁵¹ Código Civil. Artículo 1567. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁵² Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

b) La inexecución parcial o total de los actos previos o preparatorios para ejecutar el contrato.”²⁵³

Lo importante a su vez y que se debe tener en cuenta, es que la parte que difiera deberá dar por comunicado a la contraparte; se entendería que debería hacerlo antes del vencimiento del plazo y con las seguridades de que pudiera cumplir con la obligación convenida del contrato. (...) *La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esta última da seguridades suficientes de que cumplirá con sus obligaciones.*”²⁵⁴

Inclusive puede liberar de la entrega de la cosa a la contraparte, sin embargo, eso no le exenta del pago de daños y perjuicios que correspondan por incumplimiento contractual.

Código de Comercio artículo 346.- *“En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si una de las partes incurre en incumplimiento de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas, la otra parte podrá, además de ejercer las facultades contractuales y legales que correspondan, liberar de esa entrega a la contraparte, sin menoscabo de los daños y perjuicios a que hubiere lugar y sin perjuicio de declarar terminado el contrato en lo que respecta a la entrega, prestación o contraprestación incumplida.*”²⁵⁵

Pienso que el diferir el cumplimiento de la obligación, o liberarse de la misma, no le exenta a el deudor al pago correspondiente a daños y perjuicios, ya que la prestación debió ser dada en circunstancias acordadas y en los plazos estipulados, lo cual le corresponderá a la parte afectada ejercer las facultades que le otorga la

²⁵³ Código de Comercio. Artículo 345. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁵⁴ Código de Comercio. Artículo 345. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁵⁵ Código de Comercio. Artículo 346. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

ley para hacer valer el menoscabo que ha sufrido la falta de cumplimiento y con ello las respectivas indemnizaciones.

Las acciones por quien se entiende acreedor corresponderán según lo establece el Código de Comercio artículo 303: (...) *si alguna de las partes no cumple con cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o al presente Código, la otra parte contratante podrá:*

a) Demandar el cumplimiento del contrato y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios;

*b) Ejercer, si así lo decide, la acción de resolución del contrato por el incumplimiento a cargo de su contraparte contractual, junto con los daños y perjuicios a que hubiere lugar. Cuando se ejerza la acción descrita en la letra b, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia”.*²⁵⁶

Como se observa, sea que se demande la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, las indemnizaciones corresponden por ley frente al incumplimiento de la contraparte.

Al tratarse de la figura del consorcio, como si se tratase de una parte contractual, téngase en cuenta que de incurrir en el incumplimiento de las prestaciones pactadas se atiene a un panorama de responsabilidades tal como lo acabamos de plantear por concepto de perjuicios en calidad de deudor, será compelido por el acreedor acorde con las medidas necesarias. Sin embargo, cabe recalcar que los consorcios según lo recoge el Código de Comercio se reconoce la responsabilidad solidaria por parte de esta figura, de tal forma que deberá hacerse responsable por los perjuicios ocasionados todos los miembros del consorcio.

Inicio del Proceso:

El proceso implica, la existencia de una fase sucesiva de actos, realizados por las partes procesales con intervención del juez, en uso de la facultad jurisdiccional; en donde aparecen los contendientes (actor y demandado), tienen la oportunidad de

²⁵⁶ Código de Comercio. Artículo 303. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

presentar, y acreditar sus pretensiones, a efecto de que el juzgador, obtenga los elementos, que considere suficientes para emitir su fallo en sentencia que resuelva la controversia, la misma que resultará de carácter vinculante, para los contendientes, en la que se declare la existencia o la resolución de un derecho, constituyendo un nuevo estatus jurídico o condenando a hacer, no hacer, o entregar alguna cosa o cantidad de dinero.

De no haberse presentado recurso en contra de la sentencia, esta se entenderá ejecutoriada, y una vez en firme, deberá ejecutarse en la fase de ejecución, que se entenderá a realizarse con sus propios términos para impartir justicia y lograr la plena eficacia del derecho.

Cabe señalar, que desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos se procuró un cambio en el modelo de gestión en de llevarse a cabo los procesos en materia no penal, implementándose una modernización de la administración de justicia, a través de la sustanciación de las de los procesos en sus diferentes instancias, etapas y diligencias que se las realice de manera oral, y en correlación a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Les corresponde a las partes procesales en materias no penales, dar inicio al procedimiento mediante los actos de proposición, y, durante el proceso procuraran hacer uso de los mecanismos extraordinarios de conclusión del proceso, como el retiro de la demanda, el desistimiento, el allanamiento, la conciliación, la transacción o el abandono.

Código Orgánico de la Función Judicial artículo 19.- *“Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.”*²⁵⁷

Cabe señalar a su vez, que en todo proceso que se discuten derechos, las partes deberán tener la certeza que los órganos jurisdiccionales apliquen las mínimas garantías constitucionales al debido proceso, procurándose un resultado justo y equitativo; garantizándoles a los sujetos procesales a ser oídos y hacer valer sus pretensiones legítimas ante el juez. Artículo 75 de la Constitución de Ecuador. –

²⁵⁷ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 19. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 marzo de 2009.

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”²⁵⁸

Sujetos Procesales:

El Código Orgánico General de Procesos, (COGEP) determina quienes se entienden sujetos procesales; artículo 30.- *“Las partes: El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada.*

Las partes pueden ser:

- 1. Personas naturales.*
- 2. Personas jurídicas,*
- 3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos.*
- 4. La naturaleza.”²⁵⁹*

Si bien el artículo precedente enumera a los sujetos procesales, esto también coincide con diferenciar y comprender los conceptos de capacidad procesal, por lo que es necesario entender, quienes ostentan la capacidad para comparecer a un juicio. De manera sucinta y general se entiende capaz, aquel que, conforme a la ley, y en pleno goce de sus derechos puede interponer una demanda y promover su derecho de manera personal o por medio de su representante o apoderados.

Se entiende que carecen de capacidad según la ley, los menores de edad; también se entienden incapaces los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; el alcohólico, el disipador, etcétera. Pese a carecer de capacidad, pueden ser partes en un proceso; sin embargo, no pueden hacerlo por sí mismos sino por medio de un representante.

²⁵⁸ Constitución de la Republica del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008

²⁵⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

La capacidad para comparecer a juicio, se la denomina legitimación *ad procesum*, que no es otra cosa, que aquella titularidad que se tiene sobre un derecho cuestionado en juicio (*legitimación ad causam*), y que siendo capaz le permite ejercitar ese derecho como titular del mismo o bien porque cuenta con la representación legal de dicho titular ante un juez.

La legitimación *ad procesum*, puede ser activa, que es precisamente del actor quien propone la demanda o pasiva, que se refiere al demandado.

En el caso de los consorcios son figuras contractuales de organización empresarial, que no ostentan una personería jurídica, es decir frente a la ley, no tienen capacidad procesal como ente colectivo para comparecer ante un juicio, sin embargo, los intereses del ente consorcial deberán ser representados de tal manera que se procure el derecho al debido proceso, de los sujetos consorciados, así como el acceso a la justicia en igualdad de oportunidades.

Por lo cual, le correspondería actuar por medio de un mandatario. COGEP artículo 41.- *“Procuradoras y procuradores judiciales. Son las o los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso por la o el actor o la o el demandado.”*²⁶⁰

La designación de un mandatario, responde al hecho de que dos o más personas demandan a la misma persona, ostentan la misma pretensión, y que además provienen de una misma causa, con lo cual se evita demandas múltiples, contrarias o contradictorias, por lo cual deberán litigar de manera conjunta, unidas y bajo la misma representación.

A esta figura de una demanda conjunta, donde los que comparecen ostentan una pretensión en común se la denomina según el COGEP en el artículo 51.- Litis consorcio. *“Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra.”*²⁶¹

²⁶⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 41. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁶¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 51. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Habrá que nombrar un procurador judicial, lo cual le faculta ante la ley la posibilidad de comparecer al proceso en representación del actor o el demandado. COGEP artículo 41.- *“Procuradoras y procuradores judiciales. Son las o los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso por la o el actor o la o el demandado.”*²⁶²

Quien comparezca a la audiencia en calidad de procurador, deberá justificar su calidad como tal y que este autorizado para transigir; COGEP artículo 86.- *“Comparecencia a las audiencias. Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto en las siguientes circunstancias:*

*1. Que concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir.”*²⁶³

De esta manera los consorcios podrán comparecer en un proceso, y ser representados judicialmente como extrajudicial de ser el caso, en procura de sus intereses (legitimación *ad procesum* activa). El procurador judicial deberá ser determinado por todos los sujetos consorciados.

JUECES:

El accionar a los jueces, provoca una actividad en un lapso de tiempo del órgano jurisdiccional, lo cual, se busca por quien se entiende legitimado activo, (legitimación *ad procesum activa*) es el de lograr que se le imparta justicia de manera pronta y expedita, y que se resuelva con ello la controversia sometida a un proceso respecto del derecho cuestionado, en la que se tiene intereses legítimos (legitimación *ad causam*) y que los jueces resolverán en sentencia con base a criterios legales y con fuerza vinculante para las partes procesales.

En cada proceso los jueces tienen un rol protagónico permanente, y serán los que ejerzan la dirección del proceso, y controlarán la actividad de las partes, en concordancia con el principio de inmediación. COGEP artículo 3 Dirección del Proceso: *“La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso,*

²⁶² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 41. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁶³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 86. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.”²⁶⁴ (...) artículo 6.- Principio de inmediación. La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso.”²⁶⁵

El principio de inmediación dentro del sistema procesal oral que consagra actualmente el Código Orgánico General de Proceso, determina esa interacción del juez en la recepción de la prueba, con los sujetos procesales, testigos y peritos, con lo cual se permite una decisión judicial debidamente fundamentada, con la información de calidad obtenida en la audiencia.

Sin embargo, el papel protagónico de los sujetos, dentro de los procesos conlleva un papel fundamental, porque es sobre ellos quien recae el impulso del proceso; las partes litigantes tienen el dominio de su derecho sustancial, lo que les faculta adicionalmente que tengan también el poder de decisión respecto de los distintos actos procesales que integran el juicio, por esa razón queda en la libertad de ejercitarlos o no, y de iniciar, continuar y finalizar el proceso que se hubiere instaurado.

COGEP artículo 5.- *“Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.”²⁶⁶*

En definitiva, el papel de los jueces dentro del proceso es fundamental, será quienes ejerzan la dirección del mismo y controlaran la actividad de las partes, en especial dentro de las audiencias.

Competencia:

²⁶⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁶⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁶⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Es importante señalar lo referente a la competencia de los jueces en este tipo de casos donde se encuentra inmersas figuras contractuales, de características plurilaterales como los consorcios, ya que conllevan una particularidad, en el que cada sujeto consorciado puede tener su domicilio en diferente locación, por lo que resulta necesario solventar la competencia del juez ante quien se debe demandar, y con ello me permitirá de esta manera plantear las acciones judiciales correspondientes frente al juez competente.

Si se observa en el Código Orgánico general de Procesos título II, artículos del 9 al 15, no se establece una definición de competencia, sin embargo, el artículo 107 del mismo código regula a la competencia, entendiéndola como presupuesto indispensable para el trámite de un proceso. *“Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.”*²⁶⁷

Por regla general la demanda deberá ser dirigida al juez en el que el demandado tenga su domicilio, o si el domicilio ostenta en dos o más lugares el acreedor podrá demandar en cualquiera de ellos. Sin embargo, en el caso en análisis referente al tema del incumplimiento del contrato entre el consorcio frente a un tercero se optará por una competencia concurrente como lo establece el COGEP, lo cual le faculta al acreedor demandar ante el juez según las reglas del artículo 10 del COGEP. - *“Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador:*

(...) 1. Del lugar donde deba hacerse el pago o cumplirse la obligación respectiva.

2. Del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está presente la persona demandada o su procurador general o especial para el asunto que se trata.

3. Del lugar donde la persona demandada se haya sometido expresamente en el contrato. 4. Del lugar donde esté la cosa inmueble materia de la demanda. Si la demanda se refiere solamente a una parte del inmueble, la o el juzgador del lugar

²⁶⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

donde esté la parte disputada y si esta pertenece a diversas circunscripciones, la persona demandante podrá elegir la o al juzgador de cualquiera de ellas.

5. Del lugar donde esté ubicada la casa de habitación, si la cosa materia de la demanda está en dos o más cantones o provincias.

6. Del lugar donde estén situados los inmuebles, si una misma demanda tiene por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles.

*7. Del lugar donde se causaron los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos.*²⁶⁸

De no haberse designado domicilio por quien fuere el deudor (consorcio), el acreedor podrá plantear su demanda ante el juez donde debió haberse realizado el pago o de igual manera donde debió haberse cumplido la obligación; por otra parte, el artículo citado le otorga otras opciones, como lo es demandar ante que el juez en donde se celebró el contrato, o ante el juez donde se causaron los daños.

Sin embargo, en la minuta de constitución deberá hacerse constar el domicilio del consorcio, o lo más conveniente es demandar ante el juez donde esta se haya otorgado como instrumento público o se haya inscrito el mismo.

Demanda:

El Libro III del COGEP, DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS; dentro del título I trata el tema sobre los ACTOS DE PROPOSICIÓN entre los cuales se encuentra la demanda, contestación a la demanda, la reconvencción y contestación a la reconvencción propiamente.

Si bien la oralidad marca una diferencia sustancial en el Código Orgánico General de Procesos, en el que procura que las partes intervengan de manera oral a las audiencias, sin embargo, el juicio en si es esencialmente escrito. La oralidad es la base del nuevo sistema procesal. Está presente en casi todas las fases y actos procesales, salvo en los actos de proposición.

²⁶⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 10. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Los actos de proposición mantienen particularmente su formalidad y exigencia de ser presentados por escritos y en cumplimiento según los requisitos que establece el COGEP; en el caso de la demandada, se adecuara a los requisitos recogidos en el artículo 142 del COGEP, con ello dando por iniciado al proceso.

Código Orgánico General de Procesos artículo 141.- *“Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código.”*²⁶⁹

La demanda deberá contener los requisitos del artículo 142 del COGEP:

- (...) 1. La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.*
- 2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.*
- 3. El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.*
- 4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.*
- 5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.*
- 6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.*
- 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá*

²⁶⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 141. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso. 9. La pretensión clara y precisa que se exige.

10. La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.

11. La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.

12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.

*13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso.*²⁷⁰

No está por demás manifestar que se debe pormenorizar la narración precisa y circunstanciada de los hechos, que con ello se esclarecerá las debidas pretensiones del demandante; así también el anuncio de los medios de prueba con lo que permitirá demostrarse la materialidad del perjuicio, así como su monto económico que corresponde por concepto de indemnizaciones.

En el caso de haberse demandado el incumplimiento contractual, como es el supuesto que se analiza en el presente trabajo, en caso de incumplimiento por parte del acuerdo consorcial, efectivamente el contrato debe aparejarse por escrito como medio de prueba documental, con ello pudiéndose probar la existencia del vínculo contractual, además se precisa el incumplimiento de la prestación que se hubiere pactado, teniendo sustento suficiente para probar y demandarse por quien se entiende legitimado activo, (acreedor) sea el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo con sus respectivas indemnizaciones en ambos casos.

El Código de Comercio en el artículo 300 establece que los contratos de compraventa constaran por escrito: *“El contrato de compraventa mercantil constará por escrito, excepto en los casos en que las partes desean formularlo de manera verbal, en cuyo caso podrá probarse por cualquier medio, incluso por*

²⁷⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 142. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

testigos. Esta disposición no se aplicará cuando otras leyes dispongan la obligatoriedad de celebrarse por escrito.”²⁷¹

Por lo tanto, le resultará indispensable en cuanto al actor (acreedor) y al demandado (consorcio) anunciar la totalidad de las pruebas ya sea que se planteen en la demanda, contestación a la demanda o reconvencción, con ello se permitirá acreditar las pretensiones en caso del legitimado activo o ejercer su derecho a la contradicción en el legitimado pasivo.

Lo que procura el COGEP es la libertad probatoria de las partes, que les permita sustentar lo alegado, así como también una igualdad a los sujetos procesales, para que utilicen cualquier medio para sustentar sus pretensiones. La admisibilidad de la prueba deberá reunir los requisitos (...) *pertinencia, utilidad, conducencia*”²⁷² la misma que deberá ser valorada, por el juez, dentro de los límites de la sana crítica. La prueba será evacuada de manera oral y en audiencia de juicio.

COGEP artículo 158.- *“Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.*”²⁷³

Dentro de los medios de prueba que reconoce el COGEP se encuentran:

1. La prueba testimonial.
2. La prueba documental.
3. La Prueba pericial.

En Cuanto a la prueba documental: COGEP artículo 193: *“Prueba documental es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho.*”²⁷⁴ Los documentos, se entienden indispensables presentar; por parte del acreedor se encuentra:

²⁷¹ Código de Comercio. Artículo 300. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

²⁷² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 160. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁷³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 158. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁷⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 193. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

1. La minuta de constitución del consorcio.
2. Desmaterializar cualquier medio electrónico que pruebe la oferta que fue enviada por el consorcio para prestación de un determinado servicio o la realización del proyecto. COGEP artículo 202.- *“Documentos digitales. Los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original.”*²⁷⁵
3. El contrato suscrito por ambas partes; con lo cual se demostrará el objeto del contrato, y las prestaciones a las que estaba obligado al cumplir el consorcio.
4. Documentos que permitan demostrar el avance del proyecto, fotografías, facturas; en caso de haber entregado abonos de dinero por parte del acreedor.
5. Toda prueba que permita demostrar el incumplimiento del contrato y con ello el perjuicio al acreedor.

Con respecto a la minuta de constitución del acuerdo consorcial, este se considera documento público, que fuere otorgado en la notaría, con las solemnidades del caso respectivamente por lo que se presumirá de su validez. COGEP artículo 205.- *“Documento público. Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.”*²⁷⁶

Lo que se puede observar en un documento público consta: COGEP artículo 206.- *“Son partes esenciales: 1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario, según el caso. 2. La cosa, cantidad o materia de la obligación. 3. Las*

²⁷⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 202. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁷⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 205. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

*cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos. 4. El lugar y fecha del otorgamiento. 5. La suscripción de los que intervienen en él.*²⁷⁷

Además de lo descrito en el artículo anterior, se deberá tener presente en la minuta de constitución, como prueba documental:

1. El domicilio del consorcio.
2. El patrimonio (capital operativo); entiéndase al aporte que hubiere efectuado cada miembro consorciado u que deberá constar en la minuta, sobre el cual se podrá solicitarse medidas de apremio real.

Con ello se garantizan a los acreedores la certeza en derecho, de poder demandar a quienes se entiende titulares del consorcio, por cualquier incumplimiento o eventualidad que se pudiera presentar, por ello la importancia como medio de prueba la minuta de constitución.

Una parte determinate, que es necesaria dentro de un proceso, es que, con la identificación del consorcio, especificado el domicilio, podrá ejecutarse la respectiva citación al acuerdo consorcial, esto resulta una solemnidad sustancial de todo proceso, y de no efectuarse, la misma, será nulo todo acto dentro del proceso y por ende la nulidad del mismo.

Citación artículo 53 del COGEP

*. - “La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador.”*²⁷⁸

Es imprescindible la citación, ya que el principal efecto de la misma apunta a:

Artículo 64 del COGEP

(...) 1. Requerir a la o el citado a comparecer ante la o el juzgador para deducir excepciones.

²⁷⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 206. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁷⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 53. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

2. *Constituir a la o el demandado como poseedor de mala fe e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en la ley.*
3. *Constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley.*
4. *Interrumpir la prescripción.*²⁷⁹

Mediante la citación se constituye al deudor (acuerdo consorcial) en mora, en procura de ello podrá el acreedor acceder a la acción de daños y perjuicios: Código Civil artículo 1573.- *“Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”*²⁸⁰

La mora corresponde uno de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual; entiéndase, como aquel al retardo culposo o injustificado en el cumplimiento de una obligación estipulada. A ello conlleva tanto al deudor como el acreedor, el poder demandar el incumplimiento de la obligación.

Sin embargo, sería preciso la designación de un representante legal del acuerdo consorcial al momento de su constitución, para que figure por todos los sujetos consorciados, ya que son figuras que no tienen personería jurídica, por lo cual carecen de representante legal; sin embargo, la designación del mismo resultaría fundamental, además de intervenir dentro del proceso, en toda diligencias necesaria, resulta un requisito indispensable que se podrá acompañar tanto a la demanda como en la contestación de la misma; así lo establece el COGEP en el artículo 143:

1. *El poder para intervenir en el proceso, cuando se actúe por medio de apoderada o apoderado o de procuradora o procurador judicial.*
2. *Los habilitantes que acrediten la representación de la o del actor, si se trata de persona incapaz.*
3. *Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes de la o del actor.*

²⁷⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 64. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁸⁰ Código Civil. Artículo 1573. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

4. *La prueba de la calidad de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia.*

5. *Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación.*

6. *En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio.*

7. *Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.*²⁸¹

Como lo réferi, son requisitos que igualmente se aplican para la contestación a la demanda, a lo cual el numeral uno del artículo precedente establece, deberá adjuntarse el representante legal, lo que le permitirá comparecer ante el proceso y todo escrito será dirigido a este último. COGEP artículo 151.- *“Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda.”*²⁸²

Con la contestación a la demanda, de efectuarse por el procurador judicial de la figura consorcial, se garantiza de tal manera su participación dentro del proceso y además de que se precise de igual forma como quedará delimitado la cuestión controvertida, materia de litigio, y que además como lo corrobora la norma, deberá cumplir de igual forma con los requisitos de la demanda. Contestación a la demanda; COGEP artículo 151.- Forma y contenido de la contestación. *“La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda. (...) La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega. (...) Deberá además deducir todas*

²⁸¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 143. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁸² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 151. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar.”²⁸³

La parte demanda (consorcio) deberá pronunciarse sobre cada una de las pretensiones de, la parte actora; sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda; entiéndase que analizamos el supuesto de responsabilidad del acuerdo consorcial, sea por responsabilidad contractual o extracontractual, por lo cual se entiende, deberá dirigir su contestación en base a estos parámetros y aspectos ya analizados; deberá además pronunciarse (consorcio) de manera categórica sobre la autenticidad de la prueba documental, lo que admite o lo que niega. En la contestación de la demanda además de lo mencionado deberá anunciar todos los medios probatorios que le permita sostener su contradicción; COGEP artículo 152.- Anuncio de la prueba en la contestación: *“La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación. (...) A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares. (...) Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.*”²⁸⁴

Con ello se materializa el principio de contradicción, que le da la posibilidad a los sujetos procesales, tanto al acreedor o deudor, supone al acuerdo consorcial, de cuestionar todo aquello que pueda luego influir en la decisión final del juez y como tal presupone la paridad de aquéllas en el proceso.

²⁸³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 151. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁸⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 152. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Sumado a ello el consorcio, en procura del debido proceso, por intermedio de su representante, deberá proponer las excepciones de las que se crea el asistido. COGEP artículo 151:

1. *Incompetencia de la o del juzgador.*
2. *Incapacidad de la parte actora o de su representante.*
3. *Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.*
4. *Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.*
5. *Litispendencia.*
6. *Prescripción.*
7. *Caducidad.*
8. *Cosa juzgada.*
9. *Transacción.*
10. *Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.*²⁸⁵

Al igual que las excepciones, el artículo 323 prevé la reforma a la demanda en el juicio ordinario. Podrá reformarse hasta antes de la contestación a la demanda por parte de la o el demandado (consorcio) y si después de contestada sobreviene hechos nuevos, podrá reformarse hasta antes de la audiencia preliminar. Cabe señalar que el nuevo procedimiento que apunta con la implementación del COGEP, procura actos más expeditos y con ello asegurar la validez del proceso antes del juzgamiento, para evitar la omisión de solemnidades que podría acarrear la nulidad del mismo.

Únicamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en lo que la ley señale de manera expresa dicho efecto.

COGEP artículo 107: *“Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador*

²⁸⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 151. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe. (...) Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto.”²⁸⁶

Con respecto a la nulidad de los distintos actos procesales, el COGEP prevé las reglas para la resolución de las excepciones planteadas por los sujetos procesales y que se resolverán dentro de la audiencia preliminar.

COGEP artículo 295.- Resolución de excepciones. *“Se resolverán conforme con las siguientes reglas: 1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo. 2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos dentro del término de seis días, otorgando a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvenición por no presentada. 3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litis consorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes. 4. Si el asunto es de puro derecho se escuchará las alegaciones de las partes. La o el juzgador emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito. Terminados los alegatos, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción, debiendo reanudarla para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código.”²⁸⁷*

Sin embargo, es importante manifestar que en el artículo 153 respecto de las excepciones previas en el COGEP, no diferencia las excepciones subsanables de las

²⁸⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁸⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 295. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

no subsanables, lo cual deberá ser apreciado por la jueza o juez, siguiendo las normas y principios procesales.

Valga señalar que el COGEP enfatiza la solución de conflictos a través de la conciliación o la derivación, de oficio o a petición de parte, a un centro de mediación. Téngase en cuenta que las partes, tanto acreedor como demandado, podrán conciliar en cualquier estado del proceso.

COGEP artículo 233.- *“Oportunidad. Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar. La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.”*²⁸⁸

Si en la fase de conciliación se resuelve sobre alguno de los temas controvertidos, se continuará con la audiencia sobre lo que no se hubiera podido convenir.

Apremio:

Entiéndase por apremio según lo establece el COGEP artículo 134.- *“Apremios. Son aquellas medidas coercitivas que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por las personas que no las observen voluntariamente dentro de los términos previstos.”*²⁸⁹ Por una parte, está el apremio personal, cuando la medida coercitiva recae sobre la persona y real cuando recae sobre el patrimonio.

Cabe recalcar que las medidas de apremio atienden a criterios de ser; (...) *idóneas, necesarias y proporcionales.*²⁹⁰

En este caso el apremio real estará dirigido y recaerá sobre el patrimonio del demandado, o legitimado pasivo, que figura, dentro de nuestro análisis a la figura del consorcio; este estará direccionado a los distintos aportes (capital operativo) con los cuales se hubiera constituido el consorcio y que fuera realizado por los sujetos consorciados, mismos que constaran en la minuta de constitución.

²⁸⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 233. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁸⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 134. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁹⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 134. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Las acciones que se pueden solicitar en contra del patrimonio del demandado son; (...) *el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.*”²⁹¹ Estas acciones se presentan como providencias preventivas que regula el COGEP. Será preciso solicitar estas referente de los bienes con los que se pueda asegurar el crédito como tal.

Las providencias preventivas podrán ser solicitadas por el acreedor, antes de presentar la demanda y dentro del proceso, que no es otra cosa que la posibilidad de contar con medidas cautelares que preserven el cumplimiento de las obligaciones objeto de la demanda. Artículo 124 del COGEP “*Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.*”²⁹²

Entiéndase a las medidas cautelares como un gravamen real, de carácter temporal, con lo cual se busca garantizar los resultados de un juicio presente o para cubrir en vía de apremio las prestaciones a que fue condenado en una determinación judicial ejecutable dictada por un juez.

Los requisitos que establece el COGEP que deberá cumplir el acreedor para que se ordenen o mantengan las medidas de apremio corresponde probar; artículo 125.- “*Requisitos. Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario: 1. Que se pruebe la existencia del crédito. 2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos.*”²⁹³

Por lo tanto, le corresponde al acreedor de haber demandado, el incumplimiento contractual, y quien figura como contraparte el acuerdo consorcial; será, el demandante, quien demostrara el incumplimiento de la prestación que debió ser efectuada por el deudor, (consorcio) de acuerdo a lo estipulado entre las partes en el objeto del contrato; por la inobservancia del mismo ocasiono un perjuicio

²⁹¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 124. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁹² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 124. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁹³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 125. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

económico que deberá ser indemnizado. En efecto al tratar de desaparecer el patrimonio, de ocultarlo u enajenarlo, se establece estas medidas como necesarias para garantizar el cumplimiento de la obligación.

En el caso de responsabilidad extracontractual se deberá probar únicamente la materialidad de los actos que ocasionaron un determinado perjuicio en un tercero y que entre ellos no media algún vínculo preexistente; es decir que entre el consorcio y la parte afectada no existía relación alguna, puesto que solo preexiste un hecho dañoso, del cual se infiera la responsabilidad para el acuerdo consorcial. De igual manera se podrán solicitar las medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de la obligación, con criterios de proporcionalidad efectivamente.

Como ya se lo ha planteado, la responsabilidad civil extracontractual, se constituye por un daño que causa una persona, sin estar ligada por un vínculo o relación contractual, e inclusive tiene su origen en un hecho propio o ajeno (directa o indirecta). Por lo tanto, los elementos que existe frente a un ilícito civil corresponden a la materialidad de los actos provocados por el injusto dañoso y el titular de la acción.

Se entiende legitimado a demandar los daños y perjuicios por el ilícito civil según lo establece el Código Civil artículo 2215.- *“Puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.”*²⁹⁴

Algo que hay que tener en cuenta al momento de proponer la demanda, de acuerdo a los requisitos del artículo 142 del COGEP es cuantificar el monto de los perjuicios que pudieron haberse ocasionado por incumplimiento de la prestación pactada en el objeto del contrato, o el cálculo respecto de los daños ocasionados a efectos de la responsabilidad extracontractual; téngase en cuenta, todos los supuestos que se plantean de responsabilidad están direccionados, a la figura del consorcio como

²⁹⁴ Código Civil. Artículo 2215. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

responsable (deudor o titular de la acción ilícita) frente incumplimiento dentro de una relación contractual o a su vez frente a un ilícito civil.

En el plano de la responsabilidad contractual existen dos formas con respecto del cumplimiento de la obligación; el normal que corresponde al deudor (consorcio) hacerlo de manera voluntaria o ejecutar efectivamente la prestación a su cargo en favor del acreedor; sea por mandato de la ley o de acuerdo a las buenas costumbres como el de cumplir su palabra.

Por otra parte, existe el cumplimiento anormal, sea que no se ejecutó en la totalidad de la prestación; de haberla ejecutado en parte, o no la hizo en la forma debida de acuerdo a lo estipulado; al acreedor le corresponderá reclamar extrajudicialmente o demandar por la vía judicial el cumplimiento de las prestaciones con las respectivas indemnizaciones.

El deudor es quien esta compelido al pago de la obligación, si la prestación de dar o hacer con fijación de un determinado plazo convenido en el contrato, del cual el deudor no cumpliera, incurrirá en mora automáticamente, es decir sin la necesidad de la interpelación por parte del acreedor y a partir del vencimiento del plazo, comenzará la responsabilidad por la que deberá pagar los daños moratorios por retraso del cumplimiento.

En el caso de haber contratado con el consorcio para la construcción de un edificio, en el lapso de dos años, transcurrido el tiempo acordado 720 días y si el consorcio no hubiere terminado la ejecución de la obra; por este hecho sin haber sido interpelado por el acreedor, el consorcio como tal incurriera en mora, por lo tanto tendrá que pagar los daños al acreedor por efecto del retraso del cumplimiento de la obligación; además cabe manifestar que la pretensión del acreedor estará dirigida de igual manera a terminar el edificio, y entregarla conforme lo pactado.

En el mismo supuesto de un contrato de construcción para la edificación de un edificio, como constructora se encuentra presente un consorcio, en el cual se ha estipulado, sin señalamiento de plazo; el pago o el cumplimiento debe hacerse cuando el acreedor así lo exija, entiéndase que deberá correr un tiempo razonable, que conlleve la estructuración del proyecto y con ello poder ejecutar las acciones correspondientes, que a ello amerite.

El Código Civil así lo recoge Art. 1567.- *“El deudor está en mora:*

1.- *“Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;*

2.- *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,*

3.- *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”*²⁹⁵

En el caso de que el incumplimiento es total, que atiende a la inejecución en su totalidad de la obra, a más de demandar el acreedor a la contraparte como un supuesto a la figura del consorcio, la resolución del contrato; deberá pagar el mismo los daños y perjuicios compensatorios, desde el día siguiente al vencimiento del plazo.

En materia de responsabilidad extracontractual, el cálculo es diferente, en el supuesto de haberse condenado al consorcio a resarcir económicamente al sujeto afectado, la cantidad de dinero, este se cuantifica desde el día que se cometió el injusto dañoso, hasta la fecha en el que el juez resolvió en audiencia la reparación del daño. Código Civil artículo. 2229.- *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.”*²⁹⁶

En resumen, lo que comprende asumir al deudor (consorcio) a efectos de la mora corresponde:

- a) El consorcio deberá Indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios causado por el retraso del incumplimiento de las o la prestación pactada; lo que corresponde al pago de dinero; además el interés legal. (9.33 anual)
- b) Los riesgos serán asumidos efectivamente por el deudor (consorcio) que haya incurrido en mora o de haberse retrasado en su cumplimiento; es responsable por las pérdidas, deterioro del bien, objeto del contrato.

²⁹⁵ Código Civil. Artículo 1567. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁹⁶ Código Civil. Artículo 2229. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

- c) El pago de gastos judiciales; el deudor (consorcio) es también responsable del pago de las costas judiciales que corresponde el haber hecho accionar la vía judicial al acreedor para el pago de los perjuicios por concepto de incumplimiento de la obligación. COGEP artículo 286.- Condena en costas. *“La o el juzgador condenará en costas en los siguientes casos: 4. Cuando la o el deudor no comparezca a la audiencia y no haya efectuado la entrega de la cosa en el procedimiento de pago por consignación. Se le condenará además a pagar los gastos de comparecencia de la o el acreedor.”*²⁹⁷

Procedimiento:

El procedimiento sobre el cual se sustanciará la causa corresponde a la vía ordinaria. El procedimiento ordinario es aplicable aquellas causas que no tengan un trámite especial, cabe manifestar que son procedimientos que no tienen límite de cuantía.

Por qué hago un señalamiento del procedimiento ordinario dentro de este análisis de la figura del consorcio y a que me refiero cuando digo que son procedimientos que no tienen límite de cuantía; resulta que los acuerdos consorciales son figuras contractuales que buscan la ejecución de proyectos, contratos, prestaciones de servicio, que tiene dimensiones económicas de gran envergadura, de ahí deviene la concurrencia de varios sujetos para la participación dentro de un consorcio, ya que en la individualidad de un empresario o persona natural, resulta inejecutable un obra de grandes proporciones; lo que se busca con el consorcio es conformarse con el aporte de cada miembro, un capital operativo, para la consecución de las prestaciones pactadas con la contraparte.

Los contratos que se suscriban con un consorcio para la ejecución de una obra, resultan de montos económicos representativos, tanto para el acreedor como para quien lo ejecuta, puesto que el consorcio dispone de la contribución de los consorciados (capital operativo) para realizar lo pactado; de tal modo que resulta una inversión con la finalidad de percibir una utilidad; como contraparte, el acreedor suponemos ha pagado una cantidad de dinero para ejecutar el objeto del

²⁹⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 286. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

contrato pactado, y que en caso de incumplimiento, sumado a ello los daños y perjuicios, la cuantía puede resultar elevada por ello el procedimiento ordinario resulta procedente, sin límite de cuantía bajo esta perspectiva.

El procedimiento ordinario se desarrollará mediante dos audiencias; audiencia preliminar la misma que se convocará según las reglas del COGEP artículo 292.- *“Con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento de los términos previstos en el artículo anterior.”*²⁹⁸ El consorcio, en representación de su procurador judicial, tendrá un término de 30 días para contestar la demanda desde que se realizó la respectiva citación; posterior al vencimiento para contestar, corre el término de tres días para la convocatoria audiencia preliminar.

Lo que respecta a la audiencia de juicio se realizara en el término máximo de treinta días, contados desde que se concluyó con la audiencia preliminar. COGEP Art. 297.- *“Audiencia de juicio. La audiencia de juicio se realizará en el término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar.”*²⁹⁹

En las audiencias se practicará la oralidad, ajustándose al nuevo paradigma procesal que recoge el COGEP, con lo cual se observará la intervención de los sujetos procesales; la dirección del proceso les corresponderá a los jueces, quienes están a cargo de garantizar el efectivo cumplimiento de los principios de la administración de justicia, especialmente en cuanto al debido proceso.

En un tema netamente procedimental, de conocimiento general, que no está por demás manifestarlo; lo que corresponde en la audiencia preliminar es el saneamiento del proceso, respecto de las excepciones planteadas por las partes, con ello se evita cualquier nulidad que afecte la validez del proceso. Los sujetos procesales como lo es el consorcio, tienen la obligación de comparecer personalmente o a través de un procurador judicial, o algún delegado en caso de entidades de la administración pública; además se reconoce la comparecencia por

²⁹⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 292. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁹⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 297. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

medios telemáticos como video conferencia o medios de similar o igual tecnología. La audiencia preliminar se regirá según las reglas del artículo 294 del COGEP.

Además de establecerse en audiencia preliminar el objeto de la controversia, se resolverá temas de nulidades que puedan incidir en la decisión del proceso; se hará el anuncio de la totalidad de las pruebas, además se podrá establecer el orden de la práctica de pruebas que se realizaran en audiencia de juicio; por otra parte se pronunciarán los sujetos procesales en cuanto a los fundamentos de derecho sobre los cuales se sustenta la demanda así como la contestación a la misma; cabe recalcar que el juez en cualquier estado del proceso procurará la conciliación respecto del objeto de la controversia.

En la audiencia de juicio se practicará la prueba de acuerdo al orden que se hubiera establecido, posterior a ello se escucharán los alegatos de las partes y la respectiva resolución oral.

Sentencia:

COGEP artículo 88.- *“La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso.”*³⁰⁰

La sentencia deberá ser pronunciada en la audiencia acorde a las reglas establecidas en el COGEP; artículo 93.- *“Pronunciamiento judicial oral. Al finalizar la audiencia la o al juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días.”*³⁰¹

Hay que tener dos cosas presentes; una vez que el juez se haya pronunciado en audiencia con la resolución en sentencia del proceso de forma oral, se entenderá por notificadas con la misma a los sujetos procesales, sin embargo, la resolución por escrito se notificara en el término de diez días contados desde que se dio por concluida con la audiencia de juicio.

³⁰⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 88. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³⁰¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 93. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

El contenido de la sentencia oral en juicio comprende; COGEP artículo 94.- *“Contenido de las resoluciones dictadas en audiencia. Las resoluciones judiciales de fondo o mérito dictadas en audiencia deberán contener:*

1. *El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto.*
2. *La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega.*
3. *La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.”*³⁰²

Por lo tanto, al pronunciarse el juez en sentencia, se determinará la responsabilidad o no, de la figura del consorcio, condenándole al pago o no, de la cosa cantidad o hecho; sumándole a ello las indemnizaciones, intereses o costas procesales.

Es importante manifestar que la impugnación de la sentencia o a las resoluciones de los jueces se los realizara de maneral oral en la misma audiencia, de tal manera por quien figure como procurador judicial del consorcio, deberá tener en cuenta los recursos que atiendan a los intereses del acuerdo consorcial; dentro de los medios de impugnación se encuentra los recursos horizontales o conocidos doctrinariamente también como remedios, entre los cuales se encuentra; aclaración, ampliación, reforma y revocatoria.

COGEP artículo 253.- *“Aclaración y ampliación. - La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”*³⁰³

La aclaración procede cuando el pronunciamiento realizado por el juez no es claro, es decir se puede prestar para confusiones lo cual acarrearía una dificultad en la ejecución de la resolución. En cambio, se habla de una ampliación, cuando lo resuelto por el juez no abarca todos los aspectos que debería cubrir respecto a las pretensiones de los sujetos procesales.

COGEP artículo 254.- *“Revocatoria y reforma. - Por la revocatoria la parte pretende que el mismo órgano jurisdiccional que pronunció un auto de*

³⁰² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 94. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³⁰³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 253. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

sustanciación lo deje sin efecto y dicte otro en sustitución. También será admisible la reforma, en cuyo caso se enmendará la providencia en la parte que corresponda.”³⁰⁴

La revocatoria corresponde ante aquello que se dispuso o se resolvió, y que resulta contrario a derecho por lo cual se quiere que se deje sin efecto y se dicte otro en sustitución del anterior.

La petición conforme lo establece el COGEP; lo recursos horizontales deben ser solicitados de manera oral en la audiencia de juicio: Artículo 255.- *“Procedimiento y resolución. - La petición se podrá formular en la audiencia o en la diligencia en que se dicte la resolución. Si se trata de resolución dictada fuera de audiencia o de diligencia se formulará por escrito dentro del término de tres días siguientes a su notificación. La solicitud de aclaración o ampliación deberá expresar con claridad y precisión las razones que la sustenten, de no hacerlo, se la rechazará de plano. Si la solicitud se ha formulado de manera oral, la o el juzgador confirmará o modificará la providencia impugnada en el mismo acto. Previamente escuchará los argumentos de la contraparte. Si la petición se ha formulado por escrito, se notificará a la contraparte por el término de cuarenta y ocho horas, vencido este término y dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá lo que corresponda. Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación.*”³⁰⁵

Por lo tanto, notificada con la sentencia por escrito, a las partes procesales; en el término de diez días una vez que hubiera concluido la audiencia de juicio, la parte que hubiera presentado una impugnación de forma oral en audiencia, tendrá el termino de tres días para fundamentar su recurso y presentarla; en cuarenta y ocho horas de haberse presentado será notificado a la contraparte.

³⁰⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 254. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³⁰⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 255. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Vencido el término de cuarenta y ocho horas, dentro de las veinticuatro horas siguientes, el juez resolverá lo que corresponde de acuerdo al recurso que se hubiere presentado por cualquiera de los sujetos procesales.

El contenido de la sentencia por escrito que recoge el COGEP en artículo 95: *“La sentencia escrita contendrá:*

- 1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.*
- 2. La fecha y lugar de su emisión.*
- 3. La identificación de las partes.*
- 4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado.*
- 5. La decisión sobre las excepciones presentadas.*
- 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.*
- 7. La motivación.*
- 8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde.*
- 9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.”³⁰⁶*

De no haberse interpuesto recurso alguno sea por el consorcio en calidad de deudor a través de su procurador respectivamente, o quien figure como acreedor o acreedores, la sentencia quedara ejecutoriada en el término de tres días. COGEP artículo 97.- *“Efecto vinculante de las sentencias y autos. Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el proceso sobre el que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley.”³⁰⁷* Es decir, la sentencia

³⁰⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 95. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³⁰⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 97. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

tendrá efecto vinculante inter partes, sobre los sujetos procesales que hubieren litigado.

El Código Orgánico General de Procesos establece en efecto la resolución que fuere con el carácter indemnizatorio por quien estuviere condenado a la misma; artículo 98.- *“El juzgador fijará en la sentencia o auto interlocutorio el importe de daños y perjuicios que deberá pagar la parte condenada a la contraparte, si aquellos han sido objeto de la demanda. De no ser posible esta determinación, establecerá las bases sobre las cuáles deberá practicarse la liquidación.”*³⁰⁸

El artículo es claro, en el caso de no poderse determinar una cuantía respecto a la indemnización por perjuicios, deberá practicarse una respectiva liquidación tal como lo establece el artículo precedente; sin embargo dentro de una relación contractual, las obligaciones están delimitadas y por otra parte el objeto del contrato es claro, frente al incumplimiento total o parcial; se efectuara en proporción a los daños que hubiera ocasionado tal situación, además de sumar a ellos los intereses que correspondan por cada día de retraso del incumplimiento de la obligación.

Si bien el tema procedimental resulta un tema descriptivo, sin embargo lo hemos planteado con la importancia del caso, puesto que en todas las etapas del proceso, desde la presentación de la demanda, o la contestación a la misma, los sujetos procesales (actor o demandado) asumimos el supuesto de que la figura del consorcio, pudiera ser cualquiera de aquellos mencionados, por lo cual resulta el análisis de cada etapa, donde el acuerdo consorcial, deberá actuar en cada fase representado por su procurador judicial; valga aclarar que los consorcios al no poseer personalidad jurídica, no cuentan con un representante, y de intervenir dentro de un proceso sin la designación del mismo, aquello tendrá efecto negativo a los intereses de los consorciados.

La Ejecución en el Código Orgánico General de Procesos:

Es importante manifestar que el marco normativo vigente, brinda toda la posibilidad para que el acreedor pueda interponer frente a la ley los mecanismos legales que le

³⁰⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 98. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

faculte para la ejecución respecto de la sentencia que se dictó en contra del deudor (consorcio).

En el Libro V del Código Orgánico General de Procesos se establece la fase de Ejecución entendido como el conjunto de actos procesales que conllevan hacer cumplir una obligación determinada en un título de ejecución; COGEP artículo 362.- *“Ejecución. Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución.”*³⁰⁹

Nuevamente podemos manifestar que el rol que efectúa la figura del consorcio, representado por los sujetos consorciados en esta fase, es protagónico, dentro de un conjunto de actos procesales; el ejecutante lo que busca es hacer cumplir las obligaciones, que en el supuesto, como deudor de una obligación el acuerdo consorcial, que hubiere sido condenado en sentencia y de lo cual consta en un título de ejecución; al acuerdo consorcial, a través de su procurador judicial, le corresponde actuar de acuerdo a los parámetros que le permite la norma, resumidos al pago o dimisión de bienes con lo cual le permita cumplir con las obligaciones establecidas en el título de ejecución.

Lo que, si va a diferenciarse en esta etapa, y cabe mencionarlo, según lo que establece el capítulo V del COGEP, es de como el ejecutado, va actuar; en el supuesto del acuerdo consorcial, ciñéndose únicamente bajo los parámetros del procedimiento de ejecución, según sea la naturaleza de la obligación, pueda ser esta:

1. Obligaciones de dar especie o cuerpo cierto.
2. Obligaciones de dar dinero.
3. Obligaciones sobre bienes de género.
4. Obligaciones de hacer.
5. Obligaciones de no hacer.

Son títulos de ejecución los que describe en el artículo 363 del COGEP, estos constituyen documentos, en los cuales se encuentra una obligación clara y determinada, a la cual podrá exigirse su cumplimiento a una o varias personas que se entienden deudores; en el caso del consorcio se encuentra representado por una pluralidad de sujetos, quienes responderán solidariamente, por las obligaciones que

³⁰⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 362. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

hubiere sido condenado al acuerdo consorcial. El objetivo principal que busca el acreedor por medio de esta fase de ejecución, es el aseguramiento de la prestación en su favor, por intermedio de la respectiva jurisdicción.

Dentro de los títulos de ejecución que describe el Código Orgánico General de Procesos se encuentran: Artículo 363.- Títulos de ejecución. – “*Son títulos de ejecución los siguientes:*

1. *La sentencia ejecutoriada.*
2. *El laudo arbitral.*
3. *El acta de mediación.*
4. *El contrato prendario y de 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. *Las actas transaccionales.*
7. *Los demás que establezca la ley.*”³¹⁰

De tal manera que es sobre los órganos jurisdiccionales sobre quien recae la obligación de no dilatar el proceso, sino más bien corresponde establecer las diligencias que fueren necesarias para concluir con la respectiva ejecución. Lo que se busca es que el deudor (consorcio) acate el cumplimiento de la obligación contenida en el título de ejecución respectivamente.

Al respecto los jueces de oficio o a petición de parte, podrán acceder a la base de información para obtener datos del ejecutado (consorcio), en este caso la información corresponde al capital operativo con el que se constituyó el consorcio, esto comprende el patrimonio de los sujetos consorciados, es decir sus bienes; con lo cual se busca facilitar cualquier diligencia dentro del proceso de ejecución a favor del ejecutante.

COGEP artículo 365.- “*Acceso a información de datos del ejecutado. La o el juzgador tendrá la facultad de acceder de oficio o a petición de parte, a los*

³¹⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 363. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

registros públicos de datos de la o del ejecutado, recabar información relacionada con sus bienes. Además, brindará a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la realización de los actos necesarios dentro de la ejecución.”³¹¹

Esto le permitirá al juez tener presente el patrimonio del deudor, (consorcio) con el cual le permitirá de alguna manera mediante mandamiento de ejecución, garantizar el embargo de los bienes, (capital operativo) y con ello cumplir la obligación contenida en el título de ejecución por quien se entiende ejecutado.

Se les denomina títulos de ejecución, aquellos documentos que conllevan un derecho inmerso, cuyo titular podrá demandar su ejecución en contra del ejecutado; contienen una obligación clara y determinada. Cabe recalcar el derecho contenido en el título de ejecución ha sido reconocido por un juez respectivamente en favor del demandante, por cuanto llevan inmersos la declaración de un derecho válido y que fuere ejecutable.

Dentro de los títulos de ejecución expresos en la ley se encuentra la sentencia; que comprende la decisión del juez en derecho sobre los asuntos materia de la litis. COGEP artículo 88.- *“Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso.*”³¹²

Si bien el COGEP establece que la o el juzgador decidirá sobre los asuntos sometidos a su conocimiento mediante autos y sentencias, ello no significa que la sola adopción de un auto interlocutorio o sentencia implique la conclusión del proceso en primera instancia; fundamentalmente porque de acuerdo a lo previsto en la legislación procesal, los recursos forman parte del mismo proceso y deberán presentarse por los sujetos procesales cuando así lo permita la ley y no de manera espontánea.

Por cuanto los recursos son facultades que les determina la ley a las partes afectadas para solicitar la modificación, revocatoria, anulación o sustitución de un acto

³¹¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 365. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³¹² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 88. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

procesal que se considera por los sujetos procesales, ilegal o adverso a sus pretensiones.

Una vez en firme la sentencia tendrá efecto inter partes; es decir un mandamiento al demandado, que en el supuesto resulta direccionado al acuerdo consorcial a cumplir lo sentenciado (...) *surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho.*"³¹³

Con la sentencia en firme esta surtirá efectos de manera irrevocable para las partes intervinientes en el proceso y esta se entenderá ejecutoriada en caso de no haberse presentado algún recurso en los términos previsto en la ley; no se podrá demandar nuevamente por la misma causa y con la intervención de los mismos sujetos procesales.

De haberse incumplido con la resolución que fuere dictaminada por el juez en sentencia, respecto de una obligación clara y determinada; entiéndase por la parte que ha incumplido al acuerdo consorcial; el ejecutante podrá presentar la sentencia como título de ejecución y con ello dar inicio a la fase de ejecución que contempla el libro V del COGEP. Con ello se procura el cumplimiento de la obligación, en procura del interés de uno o más acreedores.

COGEP artículo 364.- *“Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución. Las partes actuarán en plano de igualdad, pero se limitarán exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución, conforme con la ley.”*³¹⁴

³¹³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 101. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³¹⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 364. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Además de la presentación de la Solicitud de Ejecución por parte del ejecutante ante el juez, deberá verificar que se cumpla con:

1. Los requisitos de la demanda.

COGEP artículo 370 Solicitud de ejecución: *“Si se trata de la ejecución de un título que no sea la sentencia o auto ejecutoriado, 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.”*³¹⁵

Admitida la solicitud en concordancia con las reglas del COGEP, toda providencia deberá notificarse en el término de 24 horas; con ello se le notificará al ejecutado (consorcio) por medio de su procurador judicial, con el mandamiento de ejecución que establece en su contenido artículo 372 del COGEP:

(...) 1. La identificación precisa de la o del ejecutado que debe cumplir la obligación.

2. La determinación de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidación, de ser el caso.

3. 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.

*De cumplirse con la obligación se la declarará extinguida y se ordenará el archivo del expediente.”*³¹⁶

Deberá ser concreto y claro el mandamiento de ejecución. Por una parte el numeral primero requiere la identificación del ejecutado, (consorcio); deberá constar la individualización de todos los sujetos consorciados que figuran en la minuta de constitución y que están obligados al cumplir con lo ordenado; por otra parte, en el numeral dos del artículo mentado, dicho mandamiento de ejecución tendrá que especificar la obligación de forma clara y determinada (de dar un objeto; entregar

³¹⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 370. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³¹⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 372. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

dinero; hacer o no hacer algo); en la fase de ejecución el COGEP establece un procedimiento para cada caso.

De reconocer la obligación, por parte del ejecutado, (consorcio) la misma deberá cancelarse, dentro del término de cinco días, y se declara la extinta la obligación, y posterior archivo del proceso.

Naturaleza de la obligación.

Sin embargo será preciso señalar que en la fase de ejecución existe de forma expresa un procedimiento para cada tipo de obligación, por cual resulta necesario determinar la naturaleza de la obligación que se encuentra inmerso en el título de ejecución (sentencia), sea de dar o entregar un cosa o dinero, hacer o no hacer; una vez verificado aquello al juez le corresponde dictar mandamiento de ejecución una vez que conozca de la solicitud de ejecución presentada por el ejecutante; artículo 366 de COGEP inciso primero (...) *la o 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.*³¹⁷

El juez ordenará de forma inmediata mediante mandato de ejecución, el efectivo cumplimiento de la obligación, que se lo deberá realizar en el término de cinco días tal como lo establece el artículo precedente.

En caso de que sea imposible la entrega de la cosa objeto del contrato sea; (...) *por imposibilidad legal o material, la o el juzgador, a pedido de la o del acreedor, ordenará que la o el deudor consigne el valor del mismo a precio de reposición, a la fecha en que se dicte esta orden.*³¹⁸ Se entiende que además de la consignación del valor del precio del objeto de la obligación, el acuerdo consorcial, deberá pagar de igual manera el monto por concepto de indemnizaciones que fueron fijados en sentencia, además de los intereses y costas a la fecha en la que se dicte el mandamiento de ejecución.

³¹⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 366. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³¹⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 366. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Para ello el juez ordenara la designación de un perito que liquide la obligación y consigne todos los valores que son exigibles.

En el caso de que el objeto se estuviere en manos del depositario; (...) *la o el juzgador ordenará que la o el depositario la entregue a la parte acreedora, disposición que será cumplida de inmediato bajo responsabilidad personal de la o del depositario.*³¹⁹

Al tratarse de la entrega de bienes inmuebles siguiendo las reglas del artículo 366 se prevé que mediante mandamiento de ejecución; (...) *la o el juzgador ordenará que la o el deudor desocupe y ponga a disposición de la o del acreedor el inmueble, bajo prevención que, de no hacerlo, la fuerza pública entregará el bien a la o al acreedor, coercitivamente de ser necesario, pudiendo inclusive descerrajar el inmueble. Si en el mismo hay cosas que no sean objeto de la ejecución, se procederá al lanzamiento, bajo riesgo de la o del deudor.*³²⁰

El ejecutado (consorcio) en el término de 5 días deberá poner a disposición del acreedor el bien inmueble bajo las reglas del párrafo precedente; esto en cuanto a una obligación que conlleva la entrega de un objeto, cosa, bien inmueble, o la entrega de dinero. En caso de no acatar el pronunciamiento con el mandato de ejecución, se efectuará coercitivamente mediante la fuerza policial, inclusive se determina la posibilidad de descerrajar del bien inmueble de ser necesario.

Sin embargo, se efectuará además del cumplimiento de la obligación; le corresponde al ejecutado, (consorcio) de igual forma la cancelación de los daños y perjuicios que se hubieren reconocido y condenado a pagar en sentencia, será preciso la designación de un perito liquidador para que se establezca el monto que corresponda.

Pues bien, por otra parte, el libro V del Código Orgánico General de Procesos prevé de igual manera una fase de ejecución respecto de las obligaciones de hacer,

³¹⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 366. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³²⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 366. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

mediante mandamiento de ejecución, que fuere ordenada por la autoridad del juez que conoce la causa; artículo 368:

*COGEP artículo 368; (...) En la obligación de hacer si la o el acreedor pide que se cumpla y ello es posible, la o el juzgador señalará el término dentro del cual la o el deudor deberá hacerlo, bajo prevención que, de no acatar tal orden, la obligación se cumplirá a través de una o un tercero designado por la o el acreedor, a costa de la o del ejecutado, si así lo ha pedido.*³²¹

Es claro el inciso primero del artículo 368, respecto del procedimiento de las obligaciones que conllevan la realización de una obra, proyecto, o algo en específico; el ejecutante (acreedor) solicita el cumplimiento de la obligación que fuere objeto del contrato y que se encuentra reconocido en el título de ejecución; en primera instancia, se entiende que le corresponderá al juez ordenar la designación de un perito debidamente acreditado, puesto que deberá establecerse mediante un informe técnico el avance que tuvo la obra, así como también el tiempo que corresponda para darse por concluido; a tal efecto, el juez con el informe pericial y las pruebas aportadas, ordenara en el mandamiento de ejecución la terminación de la obra, de acuerdo al tiempo estimado de forma técnica, que se entiende deber ser cumplido en este caso por el ejecutado. (consorcio)

En caso de no cumplirse con lo ordenado por el acuerdo consorcial, en el plazo estimado en el mandamiento de ejecución, el juez ordenara la culminación de la obra por un tercero que fuere designado por el acreedor o ejecutante bajo penalidad y a costo del ejecutado. (consorcio)

En tercera instancia según el párrafo segundo del artículo 368 respecto de las obligaciones de hacer; (...) *Si por cualquier motivo no se obtiene la realización del hecho, la o el juzgador de la ejecución determinará en una audiencia convocada para tal efecto y sobre la base de las pruebas aportadas por las partes, el monto de indemnización que la o el deudor debe pagar por el incumplimiento y dispondrá el*

³²¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 368. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

respectivo cobro siguiendo el procedimiento previsto para la ejecución de una obligación de dar dinero.”³²²

De tal manera frente a la imposibilidad de realización de la obra por el consorcio en el plazo establecido, el juez convocará a la audiencia en termino de 15 días contados desde el vencimiento del plazo que se determinó para la ejecución respectivamente, en la cual de forma inmediata se ordenara el monto a pagar por concepto de indemnizaciones por incumplimiento de lo dispuesto; sin embargo se dispondrá además de los bienes del ejecutado (consorcio) de oficio o a petición de parte, con los cuales se entiende podrá garantizar el cumplimiento de la obligación. (...) *El mandamiento de ejecución contendrá la orden para que la o el deudor pague los valores correspondientes a la indemnización de daños y perjuicios a que haya sido condenado.”³²³*

Por último, el inciso quinto del artículo 368 establece; (...) *Si transcurrido el término concedido por la o el juzgador para que cumpla con la obligación, la o el deudor no lo hace, la o el juzgador dictará embargo de sus bienes en la forma prevista en este Código, en un valor suficiente para cubrir el costo del cumplimiento de la obligación por la o el tercero designado por la o el acreedor.”³²⁴*

El embargo recaerá sobre el patrimonio que fuera puesto en garantía para el cumplimiento de la obligación, en este caso fuere el patrimonio del consorcio, (capital operativo) que constan en los aportes realizados en la minuta de constitución. Se entiende que estos bienes una vez embargados, avaluados y posterior remate, serán los que cubran el costo de las indemnizaciones que hubiera ocasionado el incumplimiento de la ejecución de la obra.

Esto, por un lado; sin embargo, habrá que observar en primera instancia la pretensión del acreedor propuesta en la demanda en contra del deudor que hubiere incumplido el contrato (ejecución de la obra o proyecto); bien se pudo haber

³²² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 368. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³²³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 368. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³²⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 368. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

demandado al acuerdo consorcial, el cumplimiento del contrato, con las respectivas indemnizaciones y perjuicios correspondientes; por otro lado, la demanda interpuesta pudo estar encaminada a buscar la resolución del contrato y el pago de las respectivas indemnizaciones.

En el caso de haberse demandado la resolución del contrato, al ejecutado (consorcio), le corresponde al juez en fase de ejecución mediante mandato de ejecución, ordenar el pago de dinero que corresponde a las indemnizaciones por los perjuicios que pudiera haber sufrido el ejecutante, frente al incumplimiento del contrato; sin embargo de lo expuesto, ello no imposibilita al juez ordenar el embargo de los bienes del ejecutado (consorcio) como garantía de cumplimiento de las indemnizaciones adeudadas.

Sea que la obligación adeudada corresponda la de entregar una cosa, dinero o la ejecución de una determinada obra; en la fase de ejecución se podrá ordenar de oficio o a petición de parte el embargo de bienes, con ello se garantiza el cumplimiento de la obligación contenida en el título de ejecución; de no cumplirse con lo ordenado por el juez corresponderá decretar el avalúo y remate de los bienes, en este caso bienes de quienes se entienden, figuran como sujetos consorciales.

Audiencia:

Una vez que se ordena mediante mandato de ejecución el cumplimiento de la obligación, el ejecutado (consorcio) tendrá el termino de cinco días para cumplir con lo dispuesto, de no efectuarse tal, el juez convocará a la audiencia de ejecución que se realizará en el término de 15 días. El ejecutado, que comprenden los sujetos consorciales, podrán presentar la oposición correspondiente mediante su procurador judicial, que se entenderá, deberá ser debidamente justificada, la misma que será resuelta en audiencia.

Oposición de la o el ejecutado artículo 373 del COGEP. – *“La o el deudor únicamente podrá oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días señalados en el artículo anterior, por las siguientes causas:1. Pago o*

dación en pago. 2. Transacción. 3. Remisión. 4. Novación. 5. Confusión. 6. Compensación. 7. Pérdida o destrucción de la cosa debida."³²⁵

Las causas que describe el artículo precedente corresponden a los modos de extinguir las obligaciones reconocidas en el Código Civil artículo 1583, y que se encuentran presentes actualmente en el nuevo Código de Comercio.

La causa que invoque el ejecutado (consorcio) deberá estar debidamente justificada, así como el hecho de no haberse producido luego de la ejecutoria de la sentencia o de la exigibilidad del título de ejecución respectivo, destacándose que la oposición no suspende la ejecución y será resuelta en la audiencia de ejecución.

Las reglas que presenta la audiencia de ejecución corresponden a lo que establece el artículo 392 del COGEP, en la que se expresa que el juez deberá;

(...)1. Conocer y resolver sobre la oposición de la o del ejecutado por extinción de la obligación o pagos parciales posteriores al título de ejecución, debidamente justificados.

2. De ser procedente aprobar fórmulas de pago, incluso cuando impliquen la suspensión del procedimiento de ejecución.

3. Conocer sobre las observaciones de las partes al informe pericial de avalúo de los bienes y de ser el caso designar otra u otro perito.

4. Señalar de entre los bienes embargados, los que deben ser objeto de remate, con base a su avalúo y al monto de la obligación,

5. Resolver sobre la admisibilidad de las tercerías y sobre reclamaciones de terceros perjudicados."³²⁶

El numeral uno del artículo precedente expresa, que, en caso de justificarse la oposición presentada por el consorcio o ejecutado, según la causa alegada recogidas en el artículo 373 del COGEP, quedara demostrado el cumplimiento de la obligación, se declara por ende el archivo definitivo de la causa, cuyo efecto

³²⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 373. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³²⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 392. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

conlleve la extinción de la obligación. (...) *De aceptarse alguna causa de oposición, que demuestre el cumplimiento total de la obligación contenida en el título, la o el juzgador deberá declarar terminada la ejecución disponiendo su archivo definitivo.*”³²⁷

Segundo, expresa la posibilidad de presentar fórmulas de pago así mismo por quien se entiende ejecutado o consorcio, y que deberán ser convenidas con el ejecutante (acreedor); artículo 374 de COGEP. - *“Fórmula de pago. La fórmula de pago propuesta por parte de la o del ejecutado no suspende la ejecución y deberá incluir una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación cuando sea a plazo, salvo que la o el ejecutante no lo requiera.*”³²⁸

Se entiende convenida la fórmula, con la aceptación del ejecutante, en el supuesto de haberse determinado un plazo; en todo caso el ejecutado (consorcio) deberá presentar garantía que asegure el cumplimiento de la obligación. De esta forma se podrá de oficio o a petición de parte, tener acceso a la información de la base de datos del patrimonio del ejecutado, es decir al de los sujetos consorciados, con ello determinar los bienes que pudieran entregarse como garantía.

En caso de haber caducado plazo y de incumplir con la obligación, se ordenará el embargo inmediato de los bienes que fueron asignados como garantía, el correspondiente avalúo y dar por iniciado el proceso del remate. (...) *En caso de que la o el ejecutado incumpla con la fórmula de pago, se procederá a la ejecución de las garantías o al embargo de los bienes que se hayan entregado en garantía real y de manera inmediata se realizará su avalúo para iniciar el remate.*”³²⁹

En la audiencia de ejecución, se podrá dar a conocer al juez las observaciones presentadas por las partes al informe realizado por el perito, correspondiente a la liquidación de la obligación, que engloba básicamente el capital, intereses, y constas judiciales. Téngase en cuenta que el perito es designado por el juez; una vez

³²⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 373. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³²⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 374. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³²⁹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 374. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

calificada la solicitud para el trámite de ejecución, podrá designarse otro perito a petición de parte.

En referencia de los bienes que sirvan de garantía, como ya lo mencionamos, el juez en audiencia de ejecución determinara un listado de bienes del ejecutado, (consorcio) que pudieran servir de garantía para el cumplimiento de la obligación.

Para ello el juez tendrá acceso a la información de la base de datos del ejecutado para recabar información sobre los bienes de que disponga el ejecutado. COGEP artículo 365.- *“La o el juzgador tendrá la facultad de acceder de oficio o a petición de parte, a los registros públicos de datos de la o del ejecutado, para recabar información relacionada con sus bienes.”*³³⁰

Por último, en audiencia de ejecución el juez a su vez, deberá resolver al respecto de las tercerías que se pudieran presentar; resuelto aquello el juez resuelve mediante mandamiento de ejecución el cumplimiento de lo dispuesto en audiencia, plazo y la manera de pago.

Frente al incumplimiento, el juez ordenara el respectivo embargo de bienes y con ello se da inicio al rétame de los bienes asignados por el acuerdo consorcial de ser el caso, dados en garantía. Sin embargo, es preciso revisar la disposición expresa que recoge el COGEP respecto del incumplimiento del mandamiento de ejecución.

COGEP artículo 375.- *“Falta de cumplimiento del mandamiento de ejecución. De no cumplirse con la obligación, la o el juzgador ordenará que se publique en la página web de la Función Judicial el mandamiento de ejecución para conocimiento de terceros, a fin de que, todos aquellos que tengan interés en la ejecución concurren a la audiencia con todas las pruebas necesarias para hacer efectivos sus derechos.”*³³¹

Es claro la norma, con la publicación en la página web de la Función Judicial se precautelan los derechos de otros acreedores que puedan tener interés en la ejecución, siempre que justifiquen su calidad de tercerías. Se garantiza con el ello

³³⁰ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 365. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³³¹ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 375. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

el principio de publicidad con respecto a la información de los procesos que se tramitan por la vía judicial; COGEP artículo 8.- *“Transparencia y publicidad de los procesos judiciales. - La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas.”*³³²

Continuando con el procedimiento frente al incumplimiento del mandato de ejecución por parte del acuerdo consorcial, dispone el inciso segundo del artículo 375; (...) *Adicionalmente se ordenará el embargo de los bienes de propiedad de la o del ejecutado conforme con la documentación certificada proporcionada por la o el ejecutante o la obtenida por la o el juzgador, los que se entregarán a la o al depositario de acuerdo con la ley.”*³³³

En este caso el patrimonio con el cual se constituyó el consorcio de acuerdo a los aportes realizados por los consorciados, serán propicio para el embargo correspondiente, siempre que se justifique con la documentación necesaria quien fuere el titular de cada aportación.

Se realizará un previo avalúo de los bienes por medio de un perito, con ello se constatará el estado en el cual se encuentran tales bienes, así como también el monto económico al cual asciende el patrimonio dispuesto. Con esto se discutirá en la audiencia de ejecución, sobre el patrimonio que cubrirá para el cumplimiento de la obligación, se podrá presentar las debidas observaciones por las partes.

*“Practicado el embargo, la o el juzgador ordenará el avalúo de los bienes con la intervención de una o un perito. El informe se presentará con los sustentos técnicos que respalden el avalúo y la firma de la o del depositario judicial a cargo de los bienes en señal de su conformidad. La o el juzgador notificará a las partes el informe pericial, que será discutido en la audiencia de ejecución, que deberá llevarse a cabo en el término máximo de quince días. A esta audiencia comparecerá la o el perito a fin de sustentarlo.”*³³⁴

³³² Código Orgánico General de Procesos. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³³³ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 375. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³³⁴ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 375. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Como medida escapatoria frente al embargo de los bienes, la ley le faculta al ejecutado (consorcio), la posibilidad de presentar una fórmula de pago como ya se revisó en párrafos anteriores, y que deberá acompañarse de una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación; sin embargo, con ello no se suspende la ejecución dispuesta por el juez en el mandamiento de ejecución.

COGEP artículo 374.- *“Fórmula de pago. La fórmula de pago propuesta por parte de la o del ejecutado no suspende la ejecución y deberá incluir una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación cuando sea a plazo, salvo que la o el ejecutante no lo requiera.”*³³⁵

Siguiendo con el desarrollo del artículo 375 del COGEP se propone como fórmula de cumplimiento de la obligación, la dación en pago; no es otra cosa en la que el ejecutante conviene con el ejecutado el aceptar recibir una prestación distinta de la pactada; de esta manera la obligación quedará extinguida cuando el ejecutado reciba tal cosa; cabe manifestar que no deberá haber oposición por los terceristas de lo cual se entenderá por no aceptada esta fórmula de pago.

*(...) Podrá también proponerse como fórmula de pago la dación de cualquier bien aceptado por la o el ejecutante. (...) Aceptada la fórmula de pago y siempre que la o el ejecutante o los terceristas no se opongan, la o el juzgador levantará el embargo que pese sobre los bienes de la o del ejecutado o en su defecto, dispondrá medidas sobre otros bienes que aseguren el cumplimiento de dicha fórmula de pago.”*³³⁶

De aceptarse la fórmula de pago por el ejecutante y a ello no se opusieren terceras personas en calidad de terceristas, el juez podrá disponer que se levante el embargo sobre los bienes en los cuales recae el apremio real, propiedad de los sujetos consorciales que conforman el capital operativo con el cual se constituyó al acuerdo consorcial; sin embargo, la norma establece que el ejecutado (consorcio) deberá proponer otros bienes que garanticen el cumplimiento de la fórmula de pago propuesta.

³³⁵ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 374. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

³³⁶ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 375. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Por ello la importancia del acceso a la información de la base de datos de las o los ejecutados, permite obtener referencias sobre su patrimonio con el que se pueda garantizar determinada obligación.

(...) Si la fórmula propuesta, es aceptada parcialmente la o el juzgador continuará la audiencia única de ejecución con respecto a la parte no acordada. La o el ejecutante estará obligado a entregar a la o al ejecutado las constancias escritas de los pagos efectuados.³³⁷

En caso de haberse realizado pagos al ejecutante por concepto de la obligación adeudada, el ejecutado (consorcio) deberá presentar respectivamente en la audiencia de ejecución los comprobantes con lo cual se pueda justificar la parte que se hubiera cancelado; de haber una aceptación parcial respecto de los pagos realizados, se dará continuidad a la audiencia, sobre la parte que faltare de cancelar, sobre la cual se podrán presentar fórmulas de pago correspondientes.

(...) En caso de que la o el ejecutado incumpla con la fórmula de pago, se procederá a la ejecución de las garantías o al embargo de los bienes que se hayan entregado en garantía real y de manera inmediata se realizará su avalúo para iniciar el remate.”

Pues bien, una vez realizada la propuesta de fórmula de pago por el acuerdo consorcial, en audiencia de ejecución y de ser aceptada por el ejecutante, sin oposición de los terceristas, deberá ser cancelada en el término de cinco días; en caso de incumplimiento de lo ordenado en el mandamiento de ejecución, el ejecutante solicitara de manera inmediata el embargo de las garantías que se hubieran propuesto en audiencia de ejecución por el ejecutado y con ello acto seguido el avalúo y posterior remate.

Lo importante que se puede rescatar del procedimiento de ejecución, es que el ejecutado o consorcio, por medio de su representante, y con el acuerdo de los sujetos consorciados, podrá proponer fórmulas de pago en audiencia de ejecución respectivamente, y a ello irán acompañado como medidas de garantía otros bienes sobre los que recaerá las medidas de apremio real, garantizando de esta forma el

³³⁷ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 375. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

cumplimiento de la obligación previo consentimiento del ejecutante; puesto que en sentencia ya se solicitaron las respectivas providencias preventivas sobre los bienes del demandado; sin embargo en audiencia de ejecución se podrá solicitar medida de apremio real sobre otros bienes, que puedan garantizar el efectivo cumplimiento de la obligación.

Como se observa, el consorcio llegada a estas instancias procesales, de ser ordenado por el juez al pago de la obligación en audiencia de ejecución, los consorciados podrán pagar efectivamente o proponer fórmulas de pago a cual se acompañara como medidas de garantías, nuevos bienes que el consorcio disponga como el de su capital operativo; con ello si del anterior patrimonio que se ordenó el embargo en el juicio ordinario y no se pudo hacer efectivo, en esta fase de ejecución se dispondrá de nuevas garantías procurando que se efectivice el cumplimiento de la obligación puesto que se podrá ordenar el embargo inmediato, avalúo y remate.

Cabe manifestar que en la fase de ejecución no únicamente se podrá solicitar el embargo de bienes muebles como se ha hecho referencia, se podría solicitar como nuevas garantías para el pago o cumplimiento de la obligación;

1. El embargo de dinero.
2. El embargo de créditos.
3. El embargo de cuota o de derechos y acciones.
4. Embargo de bienes muebles.
5. Embargo de vehículos.
6. Embargo de la unidad productiva.
7. Embargo de inmuebles.

Con este tipo de medidas direccionadas en contra del patrimonio del acuerdo consorcial, en su calidad de deudor (ejecutado), se puede garantizar el efectivo acatamiento de la obligación contenida en el mandamiento de ejecución respecto de todos los sujetos consorciados ya que las obligaciones se entienden *in solidum*.

Esto es importante rescatar, la responsabilidad solidaria que reconoce el Código de Comercio respecto del consorcio, va jugar una situación importante, puesto que garantiza de alguna forma una mayor garantía en el cumplimiento de las obligaciones, puesto que al tratarse de varios deudores (sujetos consorciados) el acreedor podrá asegurar el cobro o cumplimiento de la obligación, pudiendo exigir

de cualquiera de los deudores, el pago total, frente a esto; si uno de los consorciados uno resulta insolvente, podrá exigir al otro, constatándose de esta manera, que no tendrá la necesidad de demandar a todos los deudores, basta que se ejecute a uno de ellos por el total.

La solidaridad puede clasificarse en:

1. Activa: Existe una pluralidad de acreedores y solo un deudor.
2. Pasiva: Existe una pluralidad de deudores y uno solo acreedor.
3. Mixta: Una concurrencia de varios acreedores como deudores.

En el caso del acuerdo consorcial, en calidad de deudor, serán varios los sujetos deudores distinguiendo una solidaridad pasiva; y de igual forma pueden ser uno o varios los acreedores (mixta).

La solidaridad tiene su origen en la ley, aunque en la doctrina se menciona que podrá esta ser pactada por la voluntad de las partes contratantes; sin embargo, en el actual Código de Comercio tipifica la solidaridad del acuerdo consorcial; Artículo 603.- *“Por las obligaciones que se contraigan a nombre del consorcio, así como por los daños atribuibles a las actividades desarrolladas por los consorcios, responderán, de manera solidaria los integrantes del mismo.”*³³⁸

Entre los efectos que se observa de la solidaridad podemos mencionar:

- a) Derecho de persecución: El o los acreedores, tienen esa facultad, de exigir el pago total a cualquiera de los deudores; se podrá exigir a uno, a todos conjuntamente, o por separado y de manera sucesiva.
- b) La culpa: La culpa de uno, de alguno o de todos, serán responsables todos, por el total de la obligación, la respectiva indemnización por los perjuicios que pudieran ocasionar.
- c) La mora: efectivamente todos y cada uno de los deudores, serán responsables del total referente al pago de daños y perjuicios causados al acreedor.

³³⁸ Código de Comercio. Artículo 603. Registro Oficial No.497. Web 21/5/20
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial/web/publicaciones/suplementos/item/11690-suplemento-al-registro-oficial-no-497>

- d) La prescripción: la acción ejercida por el acreedor contra uno de los deudores, la prescripción se interrumpe para todo el resto de codeudores.

Otro aspecto importante son los efectos de la solidaridad pasiva en relación a los deudores, puesto que, si uno de ellos paga la prestación solidaria, tendrá la facultad frente a los codeudores, la acción para reclamar el pago que les corresponda, como si subrogara la calidad del acreedor. Artículo 1538.- *“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.”*³³⁹

El codeudor que pague la deuda, del deudor insolvente, podrá dividir entre el resto, la parte de la deuda que no pudo pagar el insolvente. (...) *La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre los demás a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.”*³⁴⁰

Como se observa, el acreedor podrá direccionar las acciones respectivas sobre los bienes que represente el capital operativo del consorcio, que en definitiva corresponde al patrimonio de los sujetos consorciados, por cuanto podrá el acreedor perseguir aquello bajo las reglas que observamos; entiéndase que los sujetos consorciados son solidariamente responsables por las obligaciones contraídas del consorcio, con ello quedara a discernimiento del acreedor el escoger a quien ejecuta la obligación con el fin garantizar su cumplimiento de la obligación en principio, o sobre la obligación inmersa en el título de ejecución en fase de ejecución.

Se deja claro que la regulación del consorcio dentro de la legislación ecuatoriana va en apego a lo descrito en la doctrina y muy similar a lo que se reconoce en la legislación comparada, precisando en cuanto a sus elementos, características, obligaciones y responsabilidades; en el tema de responsabilidades se reconoce tanto la responsabilidad contractual como extracontractual que hará frente la figura del consorcio, en el caso de las relaciones contractuales se atenderá bajo las reglas del Código de Comercio así como al Código civil, en procura de resarcir los perjuicios

³³⁹ Código Civil. Artículo 1538. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

³⁴⁰ Código Civil. Artículo 1538. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

ocasionados, a efectos del incumplimiento del contrato. De mediar hechos dañosos a efectos por delito o cuasidelito el consorcio será responsable por la vía extracontractual que quien se entiende legitimado activo deberá demandar la totalidad de los perjuicios.

Con ello se deja una precisión y seguridad jurídica del contrato de consorcio por cuanto es acertada la regulación vigente en referencia a este modelo contractual.

Bibliografía

- ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile. (Clases redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic). Chile, 1942.
- Anaya, Jaime. “*Los Grupos de Interés del Derecho Francés como Modelo Legislativo*”. En: Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador. Rodrigo Jijón. Tesis de Grado Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1982.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Caballero, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá: Editorial Temis.1985.
- Caizahuano, Roberto. “Consortio” en Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Las otras clases de compañías en el Ecuador. Quito: Ediciones Legales, 2009.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 285. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de Procedimiento Civil. Colombia. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970. Web 14/5/20: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html

- Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Web 14/5/20: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>.
- Colaiácovo, Juan et al. Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresaria Internacional. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2015. Consorcios de Cooperación, Ley 26.005. Registro Oficial Publicada en el Boletín Oficial del 12-enero del 2005. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=102854>.
- Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/07 del 6 de julio de 2007. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-512-07.htm#_ftn16
- Caballero, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá: Editorial Temis.1985.
- Conde, Jorge Luis. Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento. Lima: Vox Juris, 2014.
- Chavarro Paola. Los Consorcios en Colombia. (tesis de pregrado). Pontifica Universidad Javeriana, 2004.
- Código Civil Colombiano de la Republica de Colombia. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/07 del 6 de julio de 2007. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-512-07.htm#_ftn16.
- Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 497 de 29-may.-2019.
- Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.
- Contreras Claudio M. *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile-Santiago de Chile: Editorial PARLAMENTO, 2009.

- Dávila V, Luis G. 2016. Régimen Jurídico de la Contratación estatal. Colombia-Bogotá.
- Egas, Jorge. El Consorcio. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Revista de Derecho Societario No 8. 2005. Disponible en: http://www.paulortiz.com/aeds/revista/revista_8.html.
- Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. Sala de Casación Civil de Colombia. Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. Dicon Ltda. vs. Granbanco S.A. Bancafé. Web 14/5/20 http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_75992042253af034e0430a010151f034
- Fallo Corte Constitucional de Colombia de 22-IX-94 en Concepto No. 20000222901. Internet. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/18522/dPrint/1/c/0>.
- Farina, J. (1999) Contratos comerciales modernos (2º. ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma.
- García, Vinicio. “Los Consorcios en la Contratación Pública Ecuatoriana”. Celebración de Contratos Administrativos. Genaro Eguiguren (ed.). Quito: Corporación Editora Nacional, 2001.
- Heli Saúl Rincón. “La personalidad jurídica del Consorcio en Venezuela”. *Comercium et Tributum*. Volumen 1. Edición No. 1, 2008, p. 6. <http://www.urbe.edu/publicaciones/comercium/pdf/vol-1/1-la-personalidad-juridica-del-consorcio-en-venezuela.pdf>.
- Huayanay, Hugo. El Contrato de Consorcio en la Legislación Peruana. Revista de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Lima: UNMSM, 2001.
- Ibáñez, Jorge. De lo consorcios y uniones temporales. Web 14/5/20: <http://www.tesauro.com.co/CAPACIDAD/CONSORCIO%20UT%20CAMARA%20COMERCIO%20BOGOTA.pdf>.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013.
- Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Registro Oficial 444 de 10 de mayo del 2011.
- *Ley General de Sociedades No 26887*, Registro Oficial de la Republica de Perú, Lima-Perú. 1997.

- *Ley 80. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Bogotá- Colombia, Editorial Min Educación. 1993.
- Ley 1819 de Reforma Tributaria Estructural. Colombia-Bogotá, D. C., jueves, 29 de diciembre de 2016.
- Ley 488 Estatuto Tributario Republica de Colombia. Diario Oficial No. 43.460, de 28 de diciembre de 1998.
- Ley 80 General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.
- Lloreda Camacho. Guía Legal de Contratos de Colaboración. PROCOLOMBIA.CO. Web. 14/5/20https://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Guia_de_Contratos_de_Colaboracion_WEB.PDF.
- MESSINEO, F. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1971. Tomo IV, págs. 16-24 en RIVAS, L. El consorcio Comercial en Colombia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1986.
- Maroto, K. Personalidad Jurídica de los Consorcios. Quito. Editorial USFQ. 2016.
- Morales Álvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Cuenca- Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Editorial PUDELCO.1995.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.^a ed.). Consultado en: <https://dle.rae.es/consorcio?m=form>
- Ramon, Mateo. *El consorcio como institución jurídica*. España. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2009.
- Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72 Registro Oficial Edición Especial 245 de 29 de enero del 2018.
- Reglamento para Aplicación Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento 209 de 08-jun.-2010.
- OSPINA Guillermo. Régimen General de la Obligaciones. Editorial Temis S. A.