



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS Y
NOCIONES GENERALES SOBRE EL
INCUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN
PRIVADA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor:

María Fernanda Carrasco Vega

Director:

Dr. Jorge Morales Álvarez

**Cuenca – Ecuador
2021**

DEDICATORIA:

Este trabajo quiero dedicar principalmente a mis padres Rubén y María Fernanda y a mi esposo Andrés quienes han sido mi motivación y mi inspiración para continuar con mi carrera hasta lograr obtener mi título universitario, también dedico a mi abuelo quien es mi mentor para la carrera de derecho y quien me ha enseñado que la lucha y perseverancia siempre me van a llevar lejos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por ayudarme a terminar mi carrera
Universitaria y por haber puesto en mi camino a personas
Muy especiales quienes me han apoyado todo el tiempo.

Agradezco a mis padres por darme el apoyo económico
Para mi carrera universitaria así como a mi esposo por la
Paciencia a lo largo de este tiempo.

Agradezco de manera infinita al Dr. Jorge Morales quien
A sido mi director de tesis y quien me a brindado su apoyo,
Conocimiento, paciencia para obtener este titulo.

Por otro lado agradezco también a la universidad del Azuay,
Quienes con sus profesores y personal administrativo me han
Dado la oportunidad de estudiar y formar un profesional capas de
Servir a la sociedad.

RESUMEN:

En el presente trabajo de titulación busco analizar tanto en la doctrina como en el ordenamiento jurídico nacional como se aplican los elementos de incumplimiento, si existe una similitud o no al momento de encontrarse frente a un elemento del incumplimiento en los contratos privados y contratos públicos. En el primer capítulo busco definir que es el contrato, requisitos generales y requisitos particulares para cada uno de ellos, en el segundo capítulo busco diferenciar a cada uno de los elementos y como operan en los contratos privados y públicos conociendo que dichos elementos son: la mora, el dolo, la culpa, el caso fortuito y la fuerza mayor y por último la indemnización de daños y perjuicios. Para cumplir con este fin se aplicará un método descriptivo analítico que me permita llegar a los objetivos planteados.

Palabras claves: Contrato Privado - contrato Público - Elementos del Incumplimiento

ABSTRACT:

This research analyzes in the doctrine and in the national legal system how the elements of breach are applied, to identify whether there is a similarity or not when facing an element of breach in private and public contracts. The first chapter seeks to define what a contract is, the general and particular requirements for each of them. The second chapter differentiates each of the elements and how they operate in private and public contracts knowing that these elements are: default, fraud, fault, fortuitous events and force majeure and finally the compensation of damages. In order to fulfill this purpose, an analytical descriptive method was applied.

keywords: private contracts - public contract - elements of non-compliance

Translated by



María Fernanda Carrasco Vega

ÍNDICE

Tabla de contenido

DEDICATORIA:	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN:	IV
ABSTRACT:	IV
Tabla de contenido	V
INTRODUCCIÓN:	1
CAPÍTULO I: DE LOS CONTRATOS	2
1.1 DEFINICIÓN DEL CONTRATO.....	2
1.2 Requisitos comunes del contrato público y contrato privado.	3
1.3 Requisitos particulares del contrato público y del contrato privado.....	4
CAPÍTULO II: ANALIZAR LOS ELEMENTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO Y DEL CONTRATO PÚBLICO.	7
2.1 LA MORA EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.	7
2.1.1. La mora en el contrato privado.	7
2.1.1.1. Definición de la mora, clases de mora y requisitos de la mora.	8
2.1.1.2 La constitución en mora es necesaria para la indemnización compensatoria y para la indemnización moratoria.....	9
2.1.2. La mora en el contrato público.....	11
2.1.2.1. Las multas diarias por mora.....	12
2.1.2.2. La terminación unilateral del contrato público por mora del contratista.	13
II.2 EL DOLO EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.	15
II.2.1. Definición del dolo en la contratación privada y pública.....	15
II.2.2. Distinción romana Dolus Bonus y Dolus Malus.	16
II.2.3. El dolo opuesto al fraude.....	17
II.2.4. Clases de dolo: Dolo positivo y negativo, Dolo real y personal.	17
II.2.5. El dolo no se presume, debe probarse.	18
II.3 LA CULPA EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.	18
II.3.1. La culpa en la contratación privada.....	18
II.3.1.1. Concepto de la culpa y clasificación de la culpa.	19
II.3.1.2. La culpa contractual opuesta a la culpa delictual.	20
II.3.1.3. Las clases de culpa contractual.....	21
II.3.2. La culpa en la contratación pública.	22
II.3.2.1. La responsabilidad civil culposa.....	22
II.4 EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.	24
II.4.1. Conceptos, efectos y requisitos.	24
II.4.2. Caso fortuito ocurrido durante la mora del deudor.	26
II.4.3. Caso fortuito ocurrido por la culpa del deudor.	26
II.4.4. Fundamento de la exención de la responsabilidad en el caso fortuito.	27

II.4.5. Caracteres que debe tener la fuerza.	28
II.4.6. Condiciones que deben concurrir para que la fuerza vicie el consentimiento.....	29
II.4.7. La fuerza mayor y el caso fortuito: el concepto y la clasificación establecidos en el artículo 6 numeral 31 de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. ...	29
II.5 LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.....	30
III.5.1. Concepto.....	30
III.5.2. La prueba de perjuicios.....	30
III.5.3. El daño emergente y el lucro cesante.....	31
CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFIA	35

INTRODUCCIÓN:

Una de las fuentes de las obligaciones son los contratos ya que estos representan acuerdos o pactos que expresan y establecen diferentes personas en la cual una de ellas se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es por eso que algunos de estos contratos se perfeccionan con la simple voluntad de los contratantes ya que es el requisito primordial en todo contrato, esta es la regla general, en otros contratos por excepción se necesita además de la voluntad ciertas solemnidades que perfeccionan la existencia de los mismos. Sin embargo es necesario tener presente que obligación no es lo mismo que contrato y se debe tener claro que lo que hace el código civil, es estudiar en conjunto sin embargo tenemos que diferenciar que la obligación es el género y el contrato es la especie.

Los contratos públicos son aquellos que constituyen una herramienta que permite que la administración pública pueda consolidar el cumplimiento de sus fines como estados, la enciclopedia virtual jurídica OMEBA señala " la administración pública, para su propia existencia y para satisfacer las necesidades colectivas, necesita la colaboración indispensable de los particulares, utilizando sus servicios personales o las cosas de que estos son propietarios" es decir que se van a celebrar contratos entre el estado y un particular para lograr el objetivo planteado por el gobierno.

En la contratación pública se diferencia con la privada porque en la contratación pública tenemos que cumplir con fases como son: 1 preparatoria 2. Precontractual 3 contractual y 4 pos contractual o evaluación, por otro lado en los contratos privados no existen estas fases para generar un contrato simplemente las partes se ponen de acuerdo en la cosa y el precio y se celebra el contrato.

Todo contrato sea privado o público que empieza tiene un fin, el contratista busca alcanzar el cumplimiento de la obligación que deberá superar cualquier tipo de obstáculo para alcanzar la ejecución del contrato por lo tanto el incumplimiento se traduce en la no realización de las prestaciones establecidas en el contrato en las que pueden ser se cumplió con la obligación o porque intervino uno de los elementos del incumplimiento contractual como son: La mora, El dolo, La culpa, El caso fortuito y La fuerza mayor, y la indemnización de perjuicios.

CAPÍTULO I: DE LOS CONTRATOS

1.1 DEFINICIÓN DEL CONTRATO.

Etimológicamente la palabra contrato proviene del latín *contratus* que significa unir, pactar, convenir. Una de las definiciones más claras para entender que es un contrato tenemos la definición de la Real Academia de la Lengua Española: Se define al contrato como: “Pacto oral o escrito entre partes, por el que éstas contraen obligaciones sobre un asunto determinado”.

Una de las fuentes de las obligaciones constituyen los contratos ya que estos representan acuerdos o pactos que expresan y establecen diferentes personas en la cual una de ellas se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es por eso que algunos de estos contratos se perfeccionan con la simple voluntad de los contratantes ya que es el requisito primordial en todo contrato, esta es la regla general, en otros contratos por excepción se necesita además de la voluntad ciertas solemnidades que perfeccionan la existencia de los mismos.

Sin embargo es necesario tener presente que obligación no es lo mismo que contrato y se debe tener claro que lo que hace el código civil, es estudiar en conjunto sin embargo tenemos que diferenciar que la obligación es el género y el contrato es la especie.

El código civil Ecuatoriano define al contrato en su artículo 1454 define al contrato 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. Cada parte puede ser una o muchas personas*”. Es decir que los contratos pueden ser entre dos o más personas, al igual que sin explicar si son personas naturales o jurídicas las que van a celebrar el contrato o incluso con el mismo estado es decir tenemos una posibilidad amplia para la celebración de un contrato.

Se entiende que el contrato tiene un objeto que es la obligación u obligaciones que genera y diferenciar con el objeto de la obligación que es dar, hacer o no hacer, es decir

el objeto del contrato siempre va a ser crear obligaciones, entonces el contrato es la causa y la obligación será la consecuencia.

Una definición doctrinaria como la de Cabanellas nos dice que el contrato es “una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser producto de obligaciones” y también define a la convención como el “acuerdo de dos o mas personas sobre un objeto de interés jurídico”

Entonces puedo llegar a una definición clara del contrato como aquel acto jurídico que contiene el acuerdo de voluntades en el que pactan entre dos o mas personas dar, hacer o no hacer algo o a su vez entregar un bien o servicio, pacto que genera obligaciones reciprocas para cada una de las partes que van a intervenir en este acto.

1.2 Requisitos comunes del contrato público y contrato privado.

El contrato al ser un acto que nace de la libre voluntad de las partes cuenta con requisitos indispensables los cuales no se diferencian sea contrato público o privado los requisitos son los mismos ya que estos requisitos formales como tal están dados por la norma, esta es la encargada de establecer los requisitos indispensables para los contratos que son: La Capacidad, Consentimiento, El Objeto Lícito y La Causa Lícita, la falta de una de éstas no produce efectos para el contrato.

Uno de los requisitos fundamentales para celebrar cualquier contrato es la capacidad en el código civil se refiere a la capacidad en el artículo 1461 en su ultimo inciso dice que: *“la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma y sin el ministerio o la autorización de otra”* al igual que el artículo 1462 que *“ toda persona es legalmente capaz excepto las que la ley declara incapaces”* en consecuencia solo pueden celebrar contratos aquellos a quienes la ley estima con aptitud para hacerlo caso contrario una persona incapaz que celebre un contrato este será nulo.

Cuando hablamos del consentimiento podemos decir que es el acuerdo de voluntades sobre la materia del objeto del contrato en el cual se expresa al momento de la aceptación de las obligaciones que este genera, para lo cual podemos decir que es la voluntad de los

contratantes que va dirigido a un resultado jurídico, Alessandri nos dice que “ *la voluntad en su sentido ético es la actitud o disposición moral para querer algo.*” Entonces podemos decir que esta voluntad puede expresarse de distintas formas puede ser expresa, tácita, e incluso puede significar un silencio. En nuestro código civil en el artículo 1461 nos dice que: “ *para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: literal segundo que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”

El siguiente elemento también es indispensable para la existencia del contrato pues es el objeto es aquel comportamiento que el sujeto del contrato se propone como hacer, no hacer o dar, además de tomar en cuenta también los hechos y derechos que se encuentran contenidos en el contrato, es por eso que al objeto se le entiende como aquella esencia para la cual las partes quedan obligadas a cumplir, además que dicho objeto tiene que ser lícito es decir que este permitido por la ley acompañado de ser posible de realizar, la prestación tiene que ser viable de realización por el ser humano además de su objeto determinación que debe estar de forma clara al igual que su apreciación económica.

Cuando hablamos de la causa como otro de los requisitos para la validez del contrato ya que es el motivo por el cual se da el contrato ya que refleja la exteriorización de la voluntad de los contratantes para logara resultados con la celebración del contrato, el código civil nos dice en su artículo 1483 nos dice que “ *no puede haber obligación sin causa real y lícita.*” Entonces se debe entender a la causa como la aceptación del motivo que me lleva a celebrar el contrato, para Alessandri “*la causa es el interés jurídico que induce a contratar*” y cuando hablamos de lícita es que no sea contraria al ordenamiento jurídico que no este prohibida por la ley y no sea contraria a las buenas costumbres y al orden público.

1.3 Requisitos particulares del contrato público y del contrato privado

Los requisitos particulares del contrato privado son conocidas como aquellas solemnidades las cuales tenemos de dos clases las solemnidades ad solemnitatem. Las cuales el diccionario de la real academia nos dice que “ *Dicho de un requisito o formalidad: Que es exigible con carácter esencial para la validez del acto o resolución,*

o tiene efectos constitutivos para el nacimiento de un derecho, obligación o negocio jurídico.” Es decir son aquellas que están relacionadas con el orden público y las que dan validez para que surtan efectos jurídicos resaltando su ser existencial como por ejemplo en el contrato de compraventa la solemnidad ad solemnitaten es la escritura publica que se celebra ante el notario. entonces estas formalidades son las que están relacionadas directamente con la capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Las solemnidades ad probationem éstas cuestionan a las anteriores indicando las formalidades que están previstas en la ley es decir van a probar el contrato por ejemplo en los contratos o actos reales que no necesitan de solemnidades si bien en cierto debe estar la voluntad de las partes pero ésta se perfecciona con la tradición es decir con la entrega de la cosa.

Las solemnidades tienen el propósito de convalidar la voluntad de los contratantes y sobre todo otorgarles legalidad, para la cual van a dar vida al contrato para que puedan generar los efectos legales pertinentes, adquieren una trascendencia para las partes al igual que a terceros bajo el derecho.

Para poder celebrar contratos con el estado ecuatoriano, el primer requisito es registrarse en el RUP en el cual se debe tener un usuario y contraseña, este es el registro único de proveedores, este registro es administrado por el servicio nacional de contratación pública la que es conocida como la SERCOP, en la que están todos los datos de todos los proveedores ya sean de: obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría.

Por otro lado sabemos que todo tramite de contratación por más pequeño que sea, siempre estará sometido a generar un expediente administrativo el mismo que contendrá las evidencias necesarias sobre la actuación de la entidad frente a este tramite de adquisición, pues así lo hace referencia el artículo 36 de la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación pública que nos dice: *“Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de compras públicas”*

Los requisitos especiales para los contratos públicos igual están regulados en el artículo 68 de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública que nos dice que “ *son requisitos para la celebración de los contratos los siguientes: A. La competencia del órgano de contratación. B. La capacidad del adjudicatario. C. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros para el cumplimiento de las obligaciones y D. La formalización del contrato observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente ley y su reglamento.*”

Hay que tener en cuenta que otro de los requisitos específicos para los contratos públicos es la suscripción de estos contratos para lo que se observa la naturaleza del contrato o si es un requisito expreso de la ley que requiera formalizar mediante una escritura pública dentro de 15 días desde la notificación, para los contratos que superen la cuantía de la licitación se tiene que protocolizar por medio de un notario público, ahora como sabemos que los contratos públicos tienen una clasificación se tiene que observar a que clasificación pertenece para ver su requisito especial como es el caso de: los contratos que son por medio de sistema de catálogo estos se formalizan con la orden de compra y el acta de entrega, los contratos que son de menor cuantía se instrumentan con la factura correspondiente, y los demás contratos se otorgarán con un documentos suscrito por las partes sin la necesidad de una escritura pública. Hay que tener en cuenta que en ningún caso se puede iniciar la ejecución de un contrato con el estado sin la previa celebración o formalización de estos requisitos del contrato.

Una diferencia clave es que en los contratos privados no necesitamos generar ningún expediente, simplemente las personas se ponen de acuerdo en la cosa el precio y está el contrato, siempre y cuando la naturaleza de esté no requiera ser más formal como en el caso de un contrato privado de compra venta de un bien inmueble en el que se necesita la escritura pública, pero en el caso de los contratos públicos todos estos tienen que cumplir con estas tres requisitos básicos como son: buscar que este contrato sea necesario, tiene que ser posible su cumplimiento y la necesidad de que éste conste por escrito, además de las solemnidades mencionadas con anterioridad.

CAPÍTULO II: ANALIZAR LOS ELEMENTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO Y DEL CONTRATO PÚBLICO.

2.1 LA MORA EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.

2.1.1. La mora en el contrato privado.

El acreedor tiene tres derechos que son principales y que se derivan de las obligaciones como son: El exigir el cumplimiento de la obligación, resarcirse en caso de perjuicio por mora o incumplimiento del deudor y tomar las medidas necesarias para conservar la cosa o el patrimonio del deudor que permita garantizar el cumplimiento de la obligación.

Uno de los elementos del incumplimiento es La Mora que a su vez se entiende como aquel incumplimiento de las obligaciones. El acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de la obligación cuando este no paga de forma total o parcial la cantidad acordada dentro de un tiempo acordado para garantizar el cumplimiento de un contrato es decir que el deudor no cumple a tiempo con sus obligaciones contractuales adquiridas por su propia voluntad estamos frente a la mora

En consecuencia el solo hecho de que el deudor incurra en un retardo se ocasiona ya el incumplimiento contractual y se constituye en mora, siempre que previamente en el contrato se haya fijado un plazo o un término para su cumplimiento, puesto que si no existe este tiempo o plazo establecido no existirá la constitución en mora como tal salvo en casos especiales que la ley así lo requiera; cabe mencionar también que al acreedor o al deudor les corresponde producir la prueba ya que no es imputable a la culpa ni al dolo.

2.1.1.1. Definición de la mora, clases de mora y requisitos de la mora.

A la mora se le define como aquel retraso, demora o tardanza injustificado en el cumplimiento de la obligación, sin embargo una parte fundamental para la constitución en mora es que el acreedor haya cumplido ya con su parte, caso contrario estaríamos frente a un principio primordial de la mora que es: “la mora purga la mora” es decir que si ambas partes están retrasadas en su cumplimiento, entonces nadie está en mora; por otro lado el código civil nos habla de tres supuestos en los cuales una persona se constituye en mora, el artículo 1567 nos dice que “*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.”*

Si no está en mora, no puede haber incumplimiento y por lo tanto no se puede exigir ni la resolución ni el cumplimiento es decir no se va a poder aplicar el artículo 1505. Que nos dice: “*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.”*

Cuando hacemos mención a la clase de mora que existe la doctrina nos dice que existen dos clases que son la mora del deudor o mora solvendi es aquella en la que el deudor incurre en mora es decir el retraso de la obligación que está vencida y como consecuencia el deudor tiene que pagarle al acreedor los daños y perjuicios que este retraso le ocasiona al acreedor, por otro lado está la mora del acreedor o mora accipiendi que es la mora cuando el acreedor incurre en la mora es decir este rechaza injustificadamente la oferta de pago o no entrega la cosa pactada en tiempo determinado, sin embargo nuestro código civil sólo reconoce la mora por parte del deudor pues en el artículo 1567.

Los requisitos para que la mora exista son:

- a) *“Que exista ese retraso, demora o tardanza en el cumplimiento de la obligación, como sabemos para que se constituya la mora tiene que darse estos requisitos de atraso en el cumplimiento de la obligación caso contrario no estaría frente a la mora.*
- b) *Que este retraso, demora o tardanza sea por parte del deudor, como sabemos esta es la mora que reconoce el código civil y que este hecho provenga de la culpa o dolo ya que el retardo fortuito no constituye en mora.*
- c) *Que el acreedor sea quien interpele al deudor, ya que mientras el deudor no intervenga en la interpelación del acreedor estaríamos frente a un simple retardo por lo que el deudor no estaría en mora.”*

2.1.1.2 La constitución en mora es necesaria para la indemnización compensatoria y para la indemnización moratoria.

Cuando se celebra un contrato uno siempre lo realiza con el ánimo de que el mismo sea cumplido por lo tanto las obligaciones contraídas en él siempre se tienen que cumplir en la época acordada porque se tiene que observar si la obligación es pura y simple pues esta se cumplirá de inmediato, si estamos frente a un plazo el cual va a operar por una condición suspensiva este una vez cumplido el plazo tiene que también cumplirse con la condición para que se de por cumplida con la obligación.

Una vez que llega la fecha en la cual se tiene que cumplir con la obligación y esta por ende ya es exigible el acreedor tiene todo el derecho de demandar y exigir con su cumplimiento, si el deudor no cumple con la obligación entonces automáticamente incurre en el retardo del cumplimiento de la obligación.

El deudor tiene que exigir el cumplimiento de lo pactado puesto que si estamos frente al supuesto que el acreedor no exige el cumplimiento se supone tácitamente que el deudor le esta otorgando un poco más de tiempo para que pueda cumplir con la obligación

Entonces decimos que para que la mora sea exigible tiene que el acreedor haber cumplido con la parte pactada y el deudor encontrarse en mora para que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación y pueda tener la indemnización correspondiente

porque caso contrario que tanto el acreedor como el deudor no cumplan con las obligaciones operaría el principio básico de la mora que es “ la mora pugna la mora.”

Se tiene que entender que la indemnización de perjuicios es aquella que comprende el daño emergente y el lucro cesante como consecuencia de no cumplir con la obligación o de cumplirse de forma imperfecta y la indemnización moratoria es aquella que es constituida por el simple retardo del deudor y para que ambas se cumplan es necesario que el deudor este constituido en mora.

Tenemos que observar que tipo de obligación es ya que si es una obligación de no hacer la indemnización de perjuicios es desde el momento de la convención y puede exigir dos tipos de indemnización que son a elección del acreedor A) que se autorice a un tercero para ejecutar la obligación con expensas del deudor y B) que el deudor indemnice los perjuicios ocasionados por no cumplir con el contrato; y si es una obligación de dar el código civil en el artículo 1575 no establece requisitos que tienen que cumplir que son: *“Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*

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

La mora que es causada con dolo es responsable de los perjuicios que fueron una consecuencia directa o inmediata que produce el no cumplir con la obligación por lo tanto se tiene una indemnización moratoria, y se analiza también si la mora proviene de un caso fortuito o fuerza mayor esta no genera una indemnización de perjuicios.

Entonces como conclusión podemos decir que la indemnización compensatoria es aquella que no cumple con la obligación ya sea de forma total o parcial es decir cuando el deudor no le ha pagado nada al acreedor o cuando este solo le paga una parte de lo que se debe en la obligación, es compensatoria porque reemplaza o equivale a la prestación que el deudor debía cumplir; y el acreedor tiene el derecho a ser indemnizado por todos los daños que indebidamente se le hayan ocasionado, aunque el valor de este sea mayor y sobrepase a la prestación debida.

Mientras que la indemnización moratoria es cuando corresponde únicamente a los daños ocasionados por la mora es decir por el retardo injustificado del deudor, es por eso que en esta indemnización no esta la prestación debida si no solo toma en cuenta el daño que se ocasionó al acreedor por no haber cumplido con la obligación; es decir que nosotros nos manejamos como una indemnización moratoria.

2.1.2. La mora en el contrato público.

La mora esta presente en el incumplimiento de las obligaciones es decir que en el contrato público también es conocida como aquel retardo injustificado en el cumplimiento de las obligaciones, sin embargo para los contratos públicos es tomado en cuenta el articulo 1568 del código civil en el cual expresa que “ *en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*” es decir se basa en el mismo principio mencionado con anterioridad de la mora purga la mora.

Si bien es cierto estamos frente a contratos administrativos por lo tanto tenemos que ver las normas especiales que rigen para estos contratos es por eso; y en ellas podemos encontrar que cuando se suscribe un contrato público siempre se va a designar un administrador del contrato quien es el encargado de velar por el cumplimiento de todas las obligaciones contraídas en estos contratos además de verificar todas las acciones que sean necesarias para evitar el retardo injustificado por parte del contratista; por lo tanto cabe mencionar que para los contratos de obra, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, en los cuales exista un incumplimiento es decir un retardo injustificado en la ejecución de estas obras les corresponde a las entidades contratantes aplicar las multas que son correspondientes conforme a lo previsto en el contrato; así como es responsabilidad

de la entidad contratante el cálculo y la imposición de las multas por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en cada contrato siempre observando las cláusulas referente a las multas estipuladas en cada contrato.

2.1.2.1. Las multas diarias por mora.

Las multas diarias son ocasionadas por el incumplimiento contractual como tal es por eso que al ser un contrato público tenemos que observar la ley especial para este como es la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública, la misma que nos establece que; En los contratos públicos siempre estarán cláusulas de multas, y también deben contener un plazo el cual que no podrá exceder del término de treinta 30 días. En el artículo 70 de esta misma ley nos explica como se imponen las multas y nos dice que: *“Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato. En todos los casos, las multas serán impuestas por el administrador del contrato, y el fiscalizador, si lo hubiere, el o los cuales establecerían el incumplimiento, fechas y montos. Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.”*

Es importante también observar el artículo 74 de la misma ley ya que esta nos habla que para tener una seguridad del cumplimiento del contrato y así responder por las obligaciones tienen un monto equivalente al 5% del valor esto para los contratos de obra cierta y precio fijo y para los contratos que no exige este tipo de garantía, se puede terminar anticipadamente y de forma unilateral.

2.1.2.2. La terminación unilateral del contrato público por mora del contratista.

Los contratos administrativos son herramientas para el estado para que pueda lograr cumplir con sus fines y objetivos, en los cuales su principal aliado son los particulares, con los cuales va a realizar contratos ya sean de bienes, obra, servicios y consultoría; sin embargo esos contratos pueden llegar a su fin de dos formas con una terminación normal por el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato o de una segunda forma caracterizada como anormal ya que no se cumplió con las obligaciones previstas y es así como opera un elemento del incumplimiento en este caso la mora.

El artículo 92 de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública nos establece que: *“Terminación de los contratos.- Los contratos terminan: 1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; 2. Por mutuo acuerdo de las partes; 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista; 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y, 5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.”* Cabe precisar que el numeral cuatro es el que desarrollaremos a continuación.

La terminación unilateral y anticipada de los contratos es analizada desde la teoría general de los contratos administrativos ya que su principal diferencia con los contratos civiles es la desigualdad de las partes en la cual siempre predominará el interés general sobre el interés particular.

Las partes tienen claro que al momento de celebrar un contrato específicamente el contratista acepta las obligaciones detalladas en el contrato por lo tanto esta cláusula de terminación unilateral del contrato es aceptada en caso de no cumplir con las obligaciones pactadas y será invocada inmediatamente por la administración en caso de que el contratista no cumpla.

Esta facultad que se le otorga a la administración de terminar anticipadamente con el contrato, está regulada en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública que nos dice: “*La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: 1. Por incumplimiento del contratista.*” recordemos que la mora es el simple retardo injustificado entonces el numeral 1 del artículo 94 nos habla ya de un incumplimiento del contratista en el cual incurrirá automáticamente en mora.

Cuando hablamos de esta terminación unilateral varios autores se han pronunciado y nos dicen que esta terminación tiene un carácter receptivo y el autor es Molina que nos explica que “debe ser puesta en conocimiento de la otra parte para que produzca efectos”, pues es así como en la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 95 nos dice que el contratista se le notificará con un término de 10 días sobre la decisión de terminar unilateralmente el contrato, además de que se remitirán los informes tanto técnicos como económicos para verificar el cumplimiento de las obligaciones y resaltar el incumplimiento o mora que incurre el contratista, y si el contratista no justifica esta mora o no repara el incumplimiento en el término que se le otorgó la administración declara mediante resolución máxima de autoridad de la entidad contratante la resolución del contrato, la misma que será publicada en el portal de compras públicas, además que los contratistas no podrán aducir que la entidad contratante está en mora de su obligación económica en el caso que se haya presentado un anticipo que se les entregó en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado ya que la única forma que la administración con su entidad contratante incurra en mora es cuando no cumpla con estas obligaciones económicas pero cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, cabe mencionar también que la entidad contratante tendrá el derecho a demandar la indemnización de daños y perjuicios que se hayan ocasionado por el incumplimiento del contrato y la entidad contratante es decir el estado podrá inmediatamente buscar un nuevo contratista para que culmine con el contrato que no fue terminado con anterioridad.

En los contratos públicos se establecen cláusulas de multas diarias por incumplimiento de los contratistas cuando este no puede justificar la mora o el incumplimiento de su obligación, por lo tanto desde mi punto de vista el estado con su

ente contratista no debería dar por terminado anticipadamente el contrato, ya que podría aprovecharse de las multas diarias y además darle una oportunidad más al contratista de cumplir con sus obligaciones ya que le va a costar y se le va a presionar al contratista con las multas.

II.2 EL DOLO EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.

II.2.1. Definición del dolo en la contratación privada y pública.

Cuando hablamos del dolo sabemos que es otro de los elementos de incumplimiento en todo contrato, sin embargo el dolo se le puede entender desde dos perspectivas: La primera como aquel vicio del consentimiento en el cual el dolo es un engaño para ocasionar que una persona se obligue a un acto o contrato en el que exprese su voluntad en la cual puede generar una omisión en una actuación dolosa que provoca la nulidad del acto o contrato; y La segunda perspectiva como un elemento de los actos ilícitos que es la intención de provocar daño, que en los contratos es cuando la persona lo ejecuta con dolo para poder provocar un daño en un tercero y extracontractual cuando la persona realiza actos de forma dolosa pero no interviene otra persona.

Una definición clara del dolo encontramos en el artículo 1474 del código civil que nos dice: *“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo”*. Como conclusión podemos decir entonces que el dolo es la intención positiva de causar daño ya sea para beneficiarse de un acto o contrato o para perjudicar a un tercero sabiendo del daño que esté realizando

El dolo en el contrato privado y público, es la voluntad que tiene una de las personas que decide celebrar un contrato con el fin de lograr un beneficio, es la intención de celebrar el contrato con el propósito de perjudicar a la otra parte, en el contrato privado pues es un tercero el que se perjudica pero en el contrato público puede estar perjudicando ya sea a una de las partes como es el contratista o a todas las personas que se iban a ver beneficiadas del contrato público.

En los contratos privados y públicos el dolo produce la nulidad del contrato y se puede generar varios efectos como son: 1) indemnización de daños y perjuicios, 2) agrava la responsabilidad del deudor, 3) generará un responsabilidad solidaria y 4) puede ser objeto de condonación.

En los contratos públicos al dolo se le puede entender como aquella intención de causar daño a un tercero podemos decir que en estos contratos se abre una puerta a generar corrupción buscando beneficiarse de contratos públicos mediante coimas; Podemos decir entonces que el dolo tiene una esencia que consiste en los procedimientos ilícitos en el que una persona será engañada por otra, decimos que aquí el dolo es contractual porque se produce para obtener el beneficio del otro contratante en estos contratos públicos está viciada la voluntad de las entidades públicas por el vicio de sus representantes.

II.2.2. Distinción romana Dolus Bonus y Dolus Malus.

Esta clasificación de Dolus Bonus y Dolus Malus viene dada por los romanos y nos explican que el Dolus Malus o dolo malo, es un comportamiento ilícito en el cual yo hago una cosa y finjo otra es decir que este dolo malo lo que busca es obtener de la otra parte la voluntad para poder consentir por medio de un engaño, en el cual la persona realiza este mecanismo con toda la intención de perjudicar al otro contratante y éste va a sufrir de una sanción que es la nulidad relativa del contrato; y por otro lado el dolo Bonus o dolo bueno es un comportamiento lícito; es una exageración en las cualidades o defectos del objeto en el contrato lo que busca es impulsar a la decisión del contratante es decir

influenciar en la voluntad del mismo, sin embargo este dolo no tiene una sanción ni una acción procesal.

II.2.3. El dolo opuesto al fraude.

El dolo es aquella intención maliciosa de generar un perjuicio a una persona o generar un beneficio por la celebración de un contrato, es cuando uno de los contratantes es el que engaña al otro es por eso que el dolo posee un carácter especial; y por otro lado decimos que el fraude es aquel acto ilegal creado por personas que buscan generar beneficios en los contratos públicos o privados por ejemplo hablamos de fraude cuando una persona vende un carro a dos personas distintas, es así como el fraude se observa en la ejecución de los contratos.

El fraude en los contratos públicos puede comprometer a una empresa, empleados, directivos, funcionarios entre otros es por eso que actualmente en el Ecuador vemos a algunos funcionarios comprometidos en contratos públicos que han logrado obtener beneficios sobre los contratos.

A diferencia del dolo, el fraude podemos encontrar de varios tipos como es el fraude interno que es generar un beneficio por el puesto u ocupación que desempeña una persona; tenemos el fraude externo en el cual puede darse por personas externas como por ejemplo las personas que desempeñan funciones como vendedores, los clientes al momento de girar un cheque sin fondos es decir el que se produce externo al contrato, etc. Y por último está el fraude contra personas como por ejemplo el robo de identidad.

II.2.4. Clases de dolo: Dolo positivo y negativo, Dolo real y personal.

En el dolo encontramos una clasificación en la cual tenemos al dolo positivo es aquel que inducimos un engaño que se realiza por medio de actos, hechos o circunstancias

que llegan a alterar la realidad y vienen a colocar a la víctima en una imposibilidad de darse cuenta del engaño; por otro lado está el dolo negativo que es aquel que consiste en ocultar o guardar silencio referente a un hecho o circunstancia que una de las partes del contrato necesita saber y tener conocimiento para poder formar un verdadero juicio de la realidad, este dolo es conocido como aquel dolo omisivo, es importante tener presente que el dolo es la intención positiva de hacer daño pero en este caso si el silencio proviene del desconocimiento de ambas partes entonces aquí no estaríamos frente a este dolo negativo; por otro lado el dolo real es aquel que proviene de la cosa misma es decir que el objeto del contrato es el que contiene el dolo, es por eso que si ambas partes desconocían que el objeto contenía dolo entonces no se le adjudica a ninguna de las dos partes ya que no hay esa intención positiva de hacer daño y por último el dolo personal es aquel que se opone a este dolo real ya que este es la intención o ánimo malicioso de generar un perjuicio o lograr obtener un beneficio por el contrato.

II.2.5. El dolo no se presume, debe probarse.

Referente a la prueba del dolo tenemos que hacer referencia al artículo 1475: el cual nos dice que: *“El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.”*

II.3 LA CULPA EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.

II.3.1. La culpa en la contratación privada.

A la culpa se le puede entender desde dos formas como aquella falta o delito que comete una persona de forma voluntaria y por otro lado como una responsabilidad de un suceso o de una acción negativa que se le otorga a una persona o a una cosa; entonces podemos decir que a la culpa se le puede definir de una forma general como aquella falta de diligencia o cuidado para el cumplimiento de una obligación o el cumplimiento de un contrato, sin embargo hay que diferenciar entre la responsabilidad culposa ocasionada por un hecho ilícito y la que es derivada por el incumplimiento contractual; en el primer caso

se compromete el interés de orden público y la violación causa un perjuicio de carácter social y cuando hablamos del segundo caso éste afecta a un interés privado; por lo tanto la culpa contractual es el incumplimiento o cumplimiento deficiente o tardío de la obligación derivado de negligencia, impericia o descuido ya sea por una acción o una omisión

II.3.1.1. Concepto de la culpa y clasificación de la culpa.

A la culpa se le ha llegado a conceptualizar como un punto intermedio en el cual está la fuerza mayor y por otro lado el dolo; por lo tanto podemos decir que la culpa se diferencia del dolo ya que es fundamental observar la intencionalidad con la que se desenvuelven las cosas ya que el dolo es la intención positiva de causar daño mientras que la culpa no tiene esta intención de causar daño; y de la fuerza mayor se diferencia porque ésta es un acontecimiento que está fuera del control de las personas mientras que la culpa es la violación dañosa del derecho ajeno cometida con libertad pero sin malicia entonces decimos que la culpa es la diligencia o indebido cuidado.

El código civil Ecuatoriano no nos otorga una definición como tal, lo que hace el código es definir las clases de culpa y diferenciarles entre las mismas, pues es así como el artículo 29 nos establece que: *“La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.*

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.”

Por lo tanto entonces la clasificación de la culpa de acuerdo al código civil son: culpa grave, negligencia grave, culpa lata, la culpa leve, descuido leve, descuido ligero y por último la culpa o descuido levísimo; sin embargo a la culpa también se le puede clasificar como: según su régimen jurídico encontramos la culpa en derecho civil o derecho penal, la culpa según su ámbito puede ser contractual o extracontractual y la culpa de acuerdo a la naturaleza del comportamiento en la cual es por acción o por omisión.

II.3.1.2. La culpa contractual opuesta a la culpa delictual.

La culpa civil contractual es aquella en la que consiste en la acción u omisión voluntaria pero ésta es realizada sin malicia y como consecuencia de esta culpa contractual lo que ocasiona es el no cumplimiento normal de una obligación; sin embargo cabe mencionar que la esencia de esta culpa está en la falta de diligencia y previsión con la que se supone que va a actuar el autor del acto en cuestión por lo que va a generar un incumplimiento de las obligaciones y viene a generar una indemnización; esta culpa en oposición a la culpa delictual se basa en que se da por un hecho ilícito en la cual la persona tiene toda la intención de ocasionar un daño o perjuicio a la otra parte y de igual forma esta culpa también ocasiona una indemnización a la otra parte.

La obligación de las personas que celebran contratos siempre va a ser el cumplimiento de las cláusulas establecidas en el mismo, ya que el incumplimiento del contrato sea por dolo o culpa siempre va a conllevar la indemnización de daños y perjuicios con el simple hecho que ante la presencia de uno de estos elementos ya sea el engaño o la mala fe y que por esta circunstancia se haya incumplido el contrato y que éste

no derive de un caso fortuito o fuerza mayor para que exista la obligación de indemnizar por parte de la persona que incurrió en la ejecución de este elemento del incumplimiento como es la culpa.

II.3.1.3. Las clases de culpa contractual.

Las clases de culpa contractual son aquellas que nos establece el código civil que son: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata: es aquella que consiste en la omisión de aquellas diligencias que se debe observar en los negocios ajenos en las cuales omiten las preocupaciones elementales es decir aquel que no prevé lo que un dueño sí lo haría y el código civil establece que esta culpa en materia civil tiene la misma responsabilidad que el dolo; como por ejemplo en el contrato de depósito el código civil en el artículo 2127 inciso segundo, nos establece que: *“A falta de estipulación, responderá solamente de la culpa grave; Pero será responsable de la leve en los casos siguientes:*

- 1. Si se ha ofrecido espontáneamente, o ha pretendido que se le prefiera a otra persona para depositarlo;*
- 2. Si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración.”*

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero pues aquí el código civil nos dice que es aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación, pues el código civil también nos menciona que esta culpa se opone a la diligencia ordinaria además que tiene que realizar los cuidados debidos como un buen padre de familia lo cual es subjetivo, porque como sabemos cuáles son los cuidados de un buen padre de familia; como por ejemplo el contrato de arrendamiento en el que el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia.

Y por último la culpa o descuido levísimo es aquella omisión de la diligencia que emplea un hombre en su sano juicio, en la administración de los negocios aquí el código civil nos dice que esta culpa se va a oponer en la suma diligencia o cuidado. Y aquí un

ejemplo claro sería en el contrato de comodato en el cual el código civil nos dice en el artículo 2081 que: “ *el comodatario está obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y que esté responde hasta de la culpa levisima*”

II.3.2. La culpa en la contratación pública.

La culpa decimos que es la falta de diligencia o cuidado que la misma ley exige a una persona para que realice un acto o contrato esté al ser un elemento del incumplimiento se deriva la responsabilidad culposa por el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el que afecta directamente a interés de orden público por lo que se ocasiona ya no solo un perjuicio a una parte si no a toda una sociedad que se generarían beneficios de éstos contratos públicos, obviamente dependiendo su naturaleza, es por eso que decimos que esta culpa es contractual ya que viene a ser el incumplimiento de las obligaciones o el cumplimiento pero defectuoso o tardío de la obligación es por eso entonces que la culpa en los contratos públicos da lugar al resarcimiento de daños que vienen a ser el resultado del incumplimiento directo de la obligación.

II.3.2.1. La responsabilidad civil culposa.

La responsabilidad civil culposa es aquella que se fundamenta en éste perjuicio económico causado a la entidad en la cual ya sea por su acción u omisión de los servidores públicos o de terceros siempre y cuando se haya dado un estudio del proceso de contratación y a su vez de la ejecución en las cuales se encuentran involucradas las obras públicas.

En la responsabilidad civil culposa está el personal que administra el aspecto financiero y cualquier servidor de la entidad administrativa que ocasione el perjuicio económico a la otra parte contractual pues así lo establece la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y con respecto hacia las terceras personas que están involucradas cabe el establecimiento de glosas que es una responsabilidad solidaria con los servidores públicos que causaron el perjuicio; es así como se puede observar la presencia de un sujeto activo que es el causante del perjuicio y por lo tanto éste tendrá que

reparar, y por otro lado la presencia del sujeto pasivo que es a quien se le ocasiona el perjuicio.

En la responsabilidad civil culposa se observan tres aspectos que son de orden económico como es:

- A . El daño emergente: es el acto u omisión que hace referencia al monto del perjuicio y éste se tiene que manifestar de una forma obvia y clara, ocasiona una disminución real del patrimonio, debido al incumplimiento o cumplimiento pero tardío de la obligación y su nombre de daño emergente es debido a que emerge del patrimonio.
- B . El lucro cesante: es aquel elemento que tiene que existir y tiene que determinarse claramente en base a la naturaleza de la entidad y obviamente tendrá que ser posible su cuantificación; este lucro cesante en conclusión es aquel beneficio que se generó a favor del servidor público por haberse cumplido con la obra pública para la cual se celebró el contrato.
- C . Computo de intereses: es el máximo tipo de interés convencional de acuerdo a las disposiciones legales establecidas para el caso en concreto.

La autoridad competente para la responsabilidad civil culposa es determinada por la contraloría general del estado pues así lo establece el artículo 212 numeral 2 de la Constitución del Ecuador en el cual nos dice que: *“Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.”*

II.4 EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.

II.4.1. Conceptos, efectos y requisitos.

La palabra fuerza tiene un significado en el vocablo jurídico en la que se le entiende como todo lo que es contrario a derecho; sin embargo cuando estamos hablando de la fuerza mayor tenemos que referirnos como aquel acontecimiento en el que no se ha podido prever o que una vez previsto no se ha podido resistir, es decir se ha convertido en aquel impedimento en el desarrollo de un derecho o en el cumplimiento de una obligación.

En el diccionario jurídico de Cabanellas nos dice que: “ *la fuerza mayor es todo acontecimiento que no ha podido preverse o que previsto no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito*” (CABANELLAS, 1997)

Por otro lado nuestro código civil en el artículo 30 nos define a la fuerza mayor como: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”

Decimos que la fuerza mayor consiste en aquel hecho, imprevisto, imprevisible e inevitable que es completamente ajeno a la voluntad de los contratantes que vienen a impedir el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en cada contrato; hay que tener presente que varias legislaciones y autores toman a la fuerza mayor como sinónimos mientras que otras legislaciones como por ejemplo: la Argentina definen tanto a la fuerza mayor como al caso fortuito; pero nuestra legislación Ecuatoriana define en su artículo 30 mencionado con anterioridad de forma unitaria.

Estos conceptos tienen diferentes perspectivas pues la fuerza mayor es conocida como aquel imprevisto ocasionado por el hombre en los que no pueden realizar el cumplimiento de sus obligaciones éstas pueden ser: un incendio, una explosión, guerras,

etc. Y el caso fortuito según lo definían los romanos a aquel hecho producido por la naturaleza como son los: terremotos, inundaciones, etc. Sin embargo hay tratadistas que nos dicen que la fuerza mayor es una fuerza irresistible y el caso fortuito es un acontecimiento imprevisible.

La fuerza mayor en los contratos públicos se fundamenta en aquel hecho imprevisible es decir que aun cuando las partes se propusieron el cumplimiento de las obligaciones contractuales no pudieron concebir como un acontecimiento posible, pues la fuerza mayor administrativa es esta imposibilidad absoluta de cumplir, es decir que la fuerza mayor en los contratos públicos se marca como una extinción del contrato, debido a que no se puede ejecutar.

Los efectos jurídicos que ocasionan es que el deudor deje de ser responsable por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato ya que falta un elemento indispensable como es la culpa; sin embargo hay excepciones como son: primero si el deudor asume por contrato la responsabilidad por el caso fortuito este vendría a ser un asegurador de su acreedor y lo es válido porque está generando un convenio de ley entre las partes y segundo cuando el caso fortuito se produce después que el deudor se ha constituido en mora y tercero que el caso fortuito sea producido por el deudor.

Para admitir el caso fortuito como una excusa en los contratos privados es necesario que se cumplan estos requisitos: a) que sea independiente de la voluntad humana el hecho que haya dado lugar al acontecimiento inesperado; b) que fue imposible de prever el suceso que motive al caso fortuito y que en caso de preverlo no haya habido medio de evitarlo; c) que a consecuencia del mismo el deudor se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones; y d) no tener participación de los hechos ni el la agravación del daño o perjuicio que haya resultado para el acreedor.

Para los contratos públicos en el caso de existir una fuerza mayor es necesario que concurren todos los elementos que son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistible; la presencia de estos elementos tienen como consecuencia la falta de culpa

por parte del obligado es decir que tuvo todos los cuidados necesarios pero el riesgo se produjo y fue imposible de resistir y genera la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones.

II.4.2. Caso fortuito ocurrido durante la mora del deudor.

Para el caso fortuito durante la mora explicamos que la mora en este caso es el fundamento de la responsabilidad porque se presume la culpa; este precepto no tendría aplicación si estamos frente a una obligación de entregar cosas ciertas y el deudor tendría que demostrar que la cosa hubiere perecido igualmente en el poder del acreedor por el caso fortuito ocasionado.

Sin embargo si la mora del deudor es la que produce el caso fortuito es lógico que el deudor no responda por los daños que generó el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas ya que así lo establece el código civil en el artículo 1574 inciso segundo nos dice que: “ *la mora causado por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios*”; y cuando el caso fortuito genera la extinción de la obligación porque es un hecho en el que evidentemente no se van a cumplir las obligaciones pactadas en el contrato éste libera al deudor de la responsabilidad.

En los contratos públicos que a consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor no ha sido notificado previamente e incurre en la mora se aplicarán las multas diarias mencionadas con anterioridad.

II.4.3. Caso fortuito ocurrido por la culpa del deudor.

Cuando hablamos del caso fortuito ocurrido por el deudor el código civil nos establece en el artículo 1563 en el inciso segundo que: “ *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*” entonces si el deudor logra librarse del caso

fortuito a éste no le podemos obligar a cumplir ni tampoco podemos hacer que cumpla forzosamente el contrato por lo tanto no se le va a exigir el cumplimiento de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Cuando hablamos del caso fortuito en los contratos públicos tenemos que revisar el artículo 96 numeral 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que nos establece que “ *Terminación por Causas Imputables a la Entidad Contratante.- El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante: 4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.*”

En los contratos públicos cuando se establecen las cláusulas referentes a la fuerza mayor y al caso fortuito siempre se rigen por el artículo 30 del código civil mencionado con anterioridad sin embargo el contratista tiene la obligación de dado el momento que se presente este caso fortuito o fuerza mayor tiene que realizar todo lo que esté a su alcance para cumplir con las obligaciones pactadas como prever o evitar tales eventos mediante el ejercicio de la debida diligencia o medidas apropiadas para que se cumpla el contrato caso contrario que haya sido culpa del contratista no prever esta situación esta falta responderá por la culpa o negligencia del contratista además que tendrá que notificar de este suceso en un término de 15 días ya que si no notifica de este acontecimiento no se le otorgará un plazo extra para que pueda cumplir con las obligaciones e incurriría en un estado de mora el contratista.

II.4.4. Fundamento de la exención de la responsabilidad en el caso fortuito.

Las excepciones que admite el caso fortuito como regla general podemos decir que el caso fortuito extingue la responsabilidad del deudor y por lo tanto él acreedor va a perder el derecho a pedir la indemnización de daños y perjuicios sin embargo tenemos excepciones a esta regla general en las que su consecuencia es no eximir de responsabilidad al deudor por lo tanto serán exigibles las indemnizaciones; las

excepciones son: primero cuando el deudor asume la responsabilidad del caso fortuito en el contrato; segundo cuando el caso fortuito se produce luego de que el deudor se ha constituido en mora; tercero cuando el caso fortuito es provocado por culpa del deudor y cuarto cuando la ley obliga al deudor a responder del caso fortuito.

En los contratos públicos por lo general se encuentra una cláusula en la que se puede dar por terminado el contrato debido a causas imputables al contratante en la cual estipulan que cuando no se hubiere llegado a un acuerdo a dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo ante las circunstancias técnicas o económicas derivadas del caso fortuito o fuerza mayor en las cuales tienen que estar debidamente comprobadas y aceptadas por la contratante se puede demandar la resolución del contrato y no hay una indemnización como tal ya que el incumplimiento se deriva de un caso fortuito de forma directa.

II.4.5. Caracteres que debe tener la fuerza.

Según el tratadista Roberto Dromi nos dice que la fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a las personas que lo invoca y que este acontecimiento implica un impedimento para que el obligado cumpla con sus obligaciones y que este acontecimiento debe reunir ciertos caracteres para que puedan eximir de responsabilidad al obligado y que deben ser:

- A. exterior es decir ajeno a la persona obligada y a su voluntad;
- B. imprevisible, es decir que no puede ser razonablemente considerado por el contratante en el momento de celebrar el contrato además que el suceso sea extraordinario y anormal;
- C. inevitable, irresistible por el contratante y
- D. tiene que ser actual (ROBERTO, 2010)

II.4.6. Condiciones que deben concurrir para que la fuerza vicie el consentimiento.

Para que la fuerza vicie el consentimiento decimos que es el incumplimiento de la obligación que se origina por la acción u omisión de la parte obligada para el cumplimiento del contrato por lo tanto vicia el consentimiento cuando esta fuerza es producida por la voluntad de una de las personas en el contrato; cuando no realizó ningún cuidado para tratar de impedir que la fuerza ocasione el incumplimiento contractual es decir no fue un acontecimiento extraordinario sino más bien fue un acontecimiento planeado el cual pudo ser evitable pero por voluntad de uno de los contratantes no lo fue.

II.4.7. La fuerza mayor y el caso fortuito: el concepto y la clasificación establecidos en el artículo 6 numeral 31 de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública.

En el artículo 6 de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública nos establece definiciones y en el numeral 31 nos establece que: “ *Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.*” Es así como este artículo guarda relación con el artículo 30 del código civil que nos dice que “ *se llama fuerza mayor o caso fortuito a aquel imprevisto que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto; o los actos de la autoridad ejercidos por un funcionario público*” por lo tanto podemos concluir que el caso fortuito es aquel imprevisto que es ocasionado por la naturaleza en la cual es imposible resistirnos y la fuerza mayor viene a ser aquella acción u omisión que realizan las personas; estos conceptos son iguales tanto para los contratos civiles como para los contratos públicos.

II.5 LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN EL CONTRATO PRIVADO Y EN EL CONTRATO PÚBLICO.

III.5.1. Concepto.

En los contratos privados y públicos para que la indemnización de perjuicios esté presente debemos entender que ésta sucede cuando el perjudicado tiene el derecho a demandar estos daños y perjuicios pues es quien sufre el daño cuando no se cumplen con las obligaciones estipuladas en el contrato por lo tanto es indispensable determinar quien ocasionó éste daño y poder diferenciar quién va a ser el indemnizado; por otro lado es indispensable entender al daño como aquella acción en la cual su responsabilidad siempre será reparar el daño ocasionado; cabe también mencionar que existen dos tipos de daños como son el daño extrapatrimonial y el daño patrimonial

Cuando hablamos de un perjuicio decimos que es toda disminución del patrimonio del acreedor al igual que la pérdida auténtica de la utilidad que generaba el contrato así como el incumplimiento que lo preveía.

III.5.2. La prueba de perjuicios.

Con referencia a la prueba ésta siempre le incumbe al acreedor ya que es una aplicación directa del onus probandi; sin embargo esta regla general tiene dos excepciones: primero en las obligaciones en las cuales se basan en el pago de un dinero y segundo en la cláusula penal.

Cuando hablamos de la prueba de perjuicios podemos diferenciar que la regla general es la que el acreedor es el encargado de probar los perjuicios que se han ocasionado sin embargo en aquellas obligaciones en que se encuentra involucrado dinero hay que observar el código civil en el artículo 1575 numeral 2 que establece que: *”Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la*

mora está sujeta a las siguientes reglas: 2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo.”

Entonces decimos que los perjuicios se tienen que presumir es decir que el acreedor no debe probarlos y el deudor tampoco puede excusarse de pagarlos alegando que el acreedor no ha sufrido un real perjuicio.

III.5.3. El daño emergente y el lucro cesante.

El incumplimiento del contrato tiene como consecuencia generar un perjuicio como tal y cuando hablamos daño emergente y el lucro cesante el código civil nos establece en el artículo 1572 dice que: *“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.”*

Podemos concluir que el incumplimiento de las obligaciones puede llegar a generar un empobrecimiento ya que tiene que cumplir con la indemnización correspondiente y al mismo tiempo se le restringe de los beneficios que podía obtener por el cumplimiento del contrato; hay que tener presente que lo que busca la indemnización es resarcir la disminución del patrimonio y la justa ganancia que se habría producido con el cumplimiento de la obligación; mientras que el daño emergente es aquella disminución que el acreedor sufre en el patrimonio y el lucro cesante es aquella restricción que se da a la legítima ganancia que le habría producido el cumplimiento de esta obligación.

Podemos concluir entonces que en la indemnización de daños y perjuicios siempre va a estar integrada por dos elementos que son: el daño emergente: entendido como aquel daño que siempre va a ser ocasionado para el acreedor debido a aquel incumplimiento de la obligación y podemos encontrar involucrados el monto de los desembolsos o los gastos que han sido producidos por el contrato y como segundo elemento el lucro cesante que es aquella utilidad o beneficio que ha dejado de recibir una de las partes debido a aquel incumplimiento de la otra parte.

CONCLUSIONES

- Como conclusiones de este trabajo de investigación puedo decir que lo principal para poder entender estas diferencias en los elementos del incumplimiento de los contratos públicos como privados es entender la definición básica del contrato como aquel acto jurídico que contiene este acuerdo de voluntades que es pactado entre dos o más personas en la cual una de ellas se obliga a dar, hacer o no hacer algo y si es un contrato público a entregar un bien o servicio en el cual conllevan obligaciones recíprocas para cada parte que interviene en el contrato; como sabemos todo contrato tanto público como privado tiene que contemplar requisitos que son comunes para todo contrato como son la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita pues sabemos que estos requisitos son indispensables ya que a la falta de una de éstos ya no producen efectos pues vienen a ser la parte medular del contrato; por otro lado tenemos requisitos específicos o particulares para el contrato público como para el contrato privado son estas solemnidades ad solemnitatem y las ad probationem dependiendo del contrato se observa claramente la presencia de estas dos solemnidades y en los contratos públicos es requisito indispensable generar un expediente administrativo en el cual contempla toda la información del contrato y como se va desarrollando además de tener en cuenta el reglamento que está en el portal de compras públicas además de aquellos requisitos contemplados en el artículo 68 de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública.
- Cuando desarrollamos los elementos del incumplimiento como es la mora podemos decir que tanto en el contrato público como privado se le entiende como aquel retardo injustificado por parte de una de las partes contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones que es indispensable que uno de ellos incurra en la mora porque de ser el caso que ambas partes están incurriendo en este elemento del incumplimiento opera el principio de la mora purga a la mora sin embargo al momento que se incurre en la mora al afectado se le compensa

con una indemnización moratoria para lo cual aquí si hay una diferencia entre el contrato público y privado, pues en el contrato privado es una indemnización moratoria pues indemniza los daños ocasionados por el deudor ; y la mora en los contratos público la mora opera con una multa diaria que serán calculadas con el porcentaje de las obligaciones pendientes y serán interpuestas por el administrador del contrato además que en estos contratos públicos cuando el contratista incurre en mora puede el estado dar por terminado el contrato que es una ventaja de los contratos públicos sin embargo desde mi criterio al estado le convienen las multas diarias por incumplimiento antes que terminar anticipadamente el contrato.

- Por otro lado nos encontramos frente al Dolo que es aquel elemento del incumplimiento que opera del mismo modo tanto en los contratos públicos como privados ya que se le entiende desde dos perspectivas la primera como un vicio del consentimiento y la segunda como aquel acto malicioso que hace una de las partes del contrato en cual siempre va a generar distintos efectos como: 1 indemnización de daños y perjuicios, 2 agrava la responsabilidad del deudor, 3 una responsabilidad solidaria y 4 ser objeto de condonación la diferencia con los contratos públicos es que al estar involucrada una fuerte cantidad de dinero en la que es muy fácil generar coimas y darse paso a la corrupción ya que el dolo puede estar tanto en los contratantes como en funcionarios públicos que pueden estar involucrados y estos también tienen responsabilidad en el caso de ser comprobado.
- La culpa es aquella falta de diligencia o cuidado que la misma ley exige a una persona para que pueda realizar un acto o contrato y éste al ser un elemento más por el cual se viene a incumplir el contrato genera una responsabilidad culposa que es este perjuicio económico que por su acción u omisión de una de las partes o del servidor público se genera la conclusión a la que puedo llegar entre la aplicación del contrato público y privado es que la culpa opera del mismo modo sin embargo cuando está es realiza por una de las partes por el contrario el contrato

público la culpa puede estar en uno de los contratantes o en los funcionarios que están involucrados en el cuidado o gestión del desarrollo del contrato ya que en las clases de culpas se aplican de la misma manera.

- El caso caso fortuito y la fuerza mayor muchas de las veces es confundido pues se cree que los dos significan lo mismo incluso así lo define nuestro código civil sin embargo podemos concluir que la fuerza es aquel acontecimiento en el que esta involucrada la voluntad del humano como por ejemplo: una guerra o explosión pero el caso fortuito es aquel hecho o acontecimiento en el cual son realizados por la naturaleza que por lo general no son previsible sin embargo estos producen indemnizaciones tanto en los contratos públicos como privados cuando estos no han sido avisados cuando el acreedor no ha realizado las gestiones pertinentes para prever o evitar este acontecimiento como tal; incluso el acreedor puede incurrir en mora y se tiene que observar de quien es la responsabilidad a que se pueda indemnizar.

- Por último cuando hablamos de la indemnización de daños y perjuicios como otro elemento del incumplimiento puedo concluir que no existe mayor diferencia entre los contratos públicos y contratos privados ya que al ser una sanción que se establece cuando se incumplen con las obligaciones por lo tanto lo único que se debe tener claro es que la acción que genera el daño siempre tendrá que repararse independientemente qué tipo de contrato sea observando el daño emergente y el lucro cesante.

BIBLIOGRAFIA

- C, P. O. (2016). *SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA* . QUITO, ECUADOR: CEVALLOS EDITORA .
- CÓDIGO CIVIL* . (2018). Quito, Ecuador: corporaciones de estudios y publicaciones .
- CABANELLAS, G. (1997). *DICCIONARIO JENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL* (Vol. TOMO IV). EDITORIAL HELIESTA.
- LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA* . (2021). QUITO, ECUADOR : CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIÓN .
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR* . (2021). QUITO, ECUADOR : COORPORACIONES DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES .
- ALVARES, J. M. (1995). *TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES* . QUITO, ECUADOR: PUDELECO EDITORES S.A.
- DÁVILA, P. O. (2015). *TEORIA GENERAL DE LA CONTRATACION PUBLICA ECUATORIANA* . QUITO, ECUADOR: CEVALLOS EDITORA JURIDICA .
- DROMI, J. (1992). *DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I* . BUENOS AIRES : ASTREA .
- GORDILLO, A. (2001). *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO II* . MEDELLIN : BIBLIOTECA JURIDICA DIKE .
- GUSTAVO, P. R. (1999). *INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO, OBLIGACIONES* (Vol. 3). BUENOS AIRES, ARGENTINA: EDITORIAL HAMMURABI .
- MOLINA, R. (2008). *LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO* . BOGOTA: REVISTA DE DERECHO PRIVADO .
- ROBERTO, D. (2010). *LICITACIÓN PÚBLICA*. Argentina , Buenos Aires : ciencia y cultura .