



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Facultad de Derecho

**“LA RELATIVIDAD O NO DEL PRINCIPIO CONTRACTUAL LEY PARA LAS
PARTES FRENTE A LAS RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES”**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del Título de abogada de los Tribunales de
Justicia de la Republica.**

Autora:

Pilar Alexandra Muñoz Tufiño

Director:

Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña

Cuenca- Ecuador

2019



RESUMEN

ABSTRAC

El presente trabajo de investigación pretende analizar y contribuye al debate existente sobre si la Justicia Constitucional, a través de sus resoluciones, puede dejar sin efecto un contrato civil-mercantil, considerando que un contrato legalmente celebrado tiene fuerza de “Ley para las partes”, por tanto, únicamente podría quedar sin efecto por mutuo acuerdo de los contratantes o por causas legales de conformidad a lo establecido por el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1561. Para corroborar lo manifestado se analiza la Garantía Jurisdiccional denominada “Acción de Protección” propuesta por el abogado Abdalá Bucaram Pulley en contra de la Federación Ecuatoriana de Futbol, la misma que buscaba dejar sin efecto el contrato celebrado con la empresa GOL TV para transmitir el campeonato ecuatoriano de futbol.



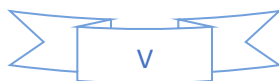
INDICE

CAPÍTULO I.....	1
1. EL CONTRATO COMO PRINCIPAL FUENTE DE OBLIGACIONES.....	1
1.1. GENERALIDADES Y DEFINICIONES. -	1
1.2 FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. -	4
1.3 LOS CONTRATOS. -.....	7
1.4. ELEMENTOS O REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LOS CONTRATOS. -.....	10
1.4.1 LA CAPACIDAD. -	14
1.4.2 EL CONSENTIMIENTO. -	16
1.4.2.1. EL ERROR. -	17
1.4.2.2 EL DOLO. -	18
1.4.2.3. LA VIOLENCIA. -.....	19
1.4.3. El OBJETO. -.....	21
1.4.3.1. REQUISITOS DEL OBJETO. -.....	22
1.4.4. CAUSA LICITA. -	22
1.5. LOS CONTRATOS: CIVILES Y MERCANTILES.....	23
1.6. TRASCENDENCIA DE LOS CONTRATOS EN LA ACTUALIDAD.....	25
1.7. CONCLUSIONES. -.....	28
CAPITULO II	31
2. LOS EFECTOS DEL CONTRATO COMO FUENTE PRINCIPAL DE LAS OBLIGACIONES.	31
2.1. GENERALIDADES Y ENUMERACION. -.....	31
2.1.1. EFECTOS DE LOS CONTRATOS SE PRODUCEN ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES.	32
2.1.2. EFECTOS RESPECTO A LOS SUCEORES DE LAS PARTES.....	32
2.1.3. EFECTOS RESPECTO A TERCEROS.	35



2.2. PRIMER EFECTO CONTRACTUAL EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES.	39
2.2.1. CUANDO NO HA CUMPLIDO LA OBLIGACIÓN DENTRO DEL TÉRMINO ESTIPULADO, SALVO QUE LA LEY EN CASOS ESPECIALES, REQUIERA QUE SE LE EXIJA AL DEUDOR PARA CONSTITUIRLE EN MORA.	44
2.2.2. CUANDO NO HA PODIDO SER DADA O EJECUTADA DENTRO DE CIERTO ESPACIO DE TIEMPO Y EL DEUDOR, Y EL DEUDOR LO HA DEJADO PASAR SIN DARLA O EJECUTARLA.	45
2.2.3. EN LOS DEMÁS CASOS, CUANDO EL DEUDOR HA SIDO RECONVENIDO JUDICIALMENTE POR EL DEUDOR.	45
2.2.4. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD	45
2.3. SEGUNDO EFECTO EL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL.	49
2.4. TERCER EFECTO EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.	52
CAPITULO III.....	61
3. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO PARA INVALIDAR UN CONTRATO	61
3.1. GENERALIDADES. -.....	61
3.2. CARACTERÍSTICAS. –	63
3.2.1. ACCIÓN PROCESAL PÚBLICA TUTELAR.	63
3.2.2. ES UNA ACCIÓN UNIVERSAL.....	64
3.2.3. ES UNA ACCIÓN INFORMAL. –.....	65
3.2.4. PREFERENCIA PROCESAL.....	66
3.2.5. LA ACCIÓN ORDINARIA DE PROTECCIÓN NO ES SUBSIDIARIA.....	66
3.2.6. FORMA DE DESARROLLO DE LA AUDIENCIA	67
3.2.7. ACTÚA DE MANERA PREVENTIVA O REPARADORA DE DERECHOS.	67
3.2.8. ES UNA ACCIÓN INTERCULTURAL. –	68
3.3. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.-.....	68

CUANDO PROCEDE UNA ACCIÓN ORDINARIA DE PROTECCIÓN CONTRA PARTICULARES	69
3.4. ANÁLISIS DEL CASO PROPUESTO POR EL ABOGADO ABDALÁ BUCARAM PULLEY EN CONTRA DE LA FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL.....	71
3.4.1. ANTECEDENTE. –	71
3.4.2. LEGITIMACION PARA PROPONER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.	75
3.5. CONCLUSIONES FINALES. –.....	108
3.6. RECOMENDACIONES. -.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	114



**“LA RELATIVIDAD O NO DEL PRINCIPIO CONTRACTUAL LEY
PARA LAS PARTES FRENTE A LAS RESOLUCIONES
CONSTITUCIONALES”**

INTRODUCCIÓN. –

En el derecho privado, la rama jurídica que se ocupa de la regulación entre personas particulares, en donde no interviene el Estado como tal, rama que se rige por sus propios principios e instituciones. Es así que se establecen ciertos principios fundamentales inherentes a su naturaleza, en el libro IV se encuentra el apartado que hace referencia a las obligaciones, en cuya fuente principal se encuentran los contratos, aquellos que crean, extinguen y modifican obligaciones, por lo que generan efectos inter partes.

Dentro del primer capítulo se hará un examen de las fuentes de las obligaciones, la definición del contrato como tal, los elementos que lo constituyen, a saber, la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

Son estos los que servirán para determinar cuáles son las causas legales que podrían dejar sin efecto un contrato, así también, se abordará la temática de la trascendencia actual de los contratos en materia privada, abordando el tema de la constitucionalización del derecho civil.

Mientras que en el segundo capítulo se estudiará el tratamiento que el Código Civil, errado por cierto, hace de las obligaciones y de los contratos, los efectos de los mismos, aquellos serán

analizados de forma individual; partiendo por el principio de que el contrato es ley para las partes, aquel que está prescrito en el artículo 1561 de la norma sustantiva, relacionado con el principio de buena fe contractual, a su vez en concordancia con el artículo 1562 que se refiere al principio de responsabilidad contractual. En el título XII del libro IV del Código Civil se inicia haciendo referencia al primer efecto, que es fundamental en el ámbito contractual que manifiesta que los contratos solamente pueden ser invalidados por el consentimiento recíproco de las partes, o también por causas legales; como son, la falta de del cumplimiento contractual, la nulidad relativa y absoluta, ya que, aquel axioma tiene como consecuencia el hecho de que cualquier compromiso, una vez adquirido por los contratantes, impide su incumplimiento. Esto en concordancia con el principio contractual que prevé que el contrato es ley para las partes, por tanto, el hecho de que se evite o se omita el cumplimiento de esta obligación, también relacionado con la ficción legal del conocimiento de la ley, que se entiende conocida por todos, por lo cual la ley es de obligatorio cumplimiento, pues su desconocimiento no excusa a persona alguna.

Por último, en el tercer capítulo se analizará la Acción de Protección a partir de su definición, a sus principios y al alcance. La discusión del tema propuesto es entorno a saber si podría o no dejar sin efecto un contrato, a pesar de ser un ente de amparo, protección y defensa. El tema gira entorno a que, al tratarse de materia civil regulada por el Código Civil, se encuentran previstos únicamente ciertos mecanismos para invalidar un contrato. En esa línea, se hará un análisis al caso de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, que establece un precedente en el que se verifica la constitucionalización del derecho civil, realizando una interpretación de un argumento jurídico, con el fin de encausar en esta garantía jurisdiccional, en la presente causa sometida a

conocimiento de los jueces, se logra una sentencia favorable, misma que ordena dejar sin efecto el contrato celebrado por la Federación Ecuatoriana de Fútbol y la Empresa GOL TV.

Por lo que, el presente documento tiene por objeto estudiar la relatividad del contrato, desde un punto de vista objetivo. Es de suma relevancia, ya que, visto de esta forma el contrato como tal, surte efectos para las partes contractuales y sus herederos, por lo que, se analiza si una Acción Constitucional de Protección, presentada por un tercero ajeno a la relación contractual, podría o no dejar sin validez un contrato válidamente celebrado.

CAPÍTULO I

1. EL CONTRATO COMO PRINCIPAL FUENTE DE OBLIGACIONES.

1.1. GENERALIDADES Y DEFINICIONES. -

Obligación tiene varias acepciones, pero en sentido jurídico y en aplicación del análisis del documento presente se puede considerar en dos sentidos, uno en sentido amplio, con un componente ético, obligación entraña un deber, lo que la conciencia dicta que debe cumplirse. Así mismo, puede ser observado como un vínculo jurídico, en el que impone hacer algo, un imperativo categórico. En el sentido ético, importa para el análisis en el que nos encontramos, porque de este componente se desprenden los sentidos abstractos sobre algunos principios que rigen en materia contractual, como el de buena fe contractual. En el sentido jurídico, importa en tanto que la obligación contiene en sí mismo un vínculo que jurídicamente les ata a las partes, dando la facultad de ejercer cuanta acción o excepción crean asistidos las partes que se obligan. (Larrea,2007, pág.1)

El término obligación nace de la raíz latina obligatio, proviene de obligare, que significa atar, por tanto, se podría definir como el vínculo jurídico o lazo mediante el cual un deudor se obliga con un acreedor a dar, hacer o no hacer algo. (Coello García, 2010). Es importante también, indicar que existen derechos u obligaciones que habiendo sido contraídas de forma correlativa, puede dar lugar a derechos personales u obligaciones, importante esta forma, en el sentido en

cómo se vinculan las obligaciones, por un lado, están los derechos personales, que permiten exigir el cumplimiento de la obligación solamente respecto de ciertas personas, que por un hecho suyo o porque la ley así lo disponga, por otra parte, se encuentran los derechos reales, cuya exigencia puede hacerse frente a cualquier persona, así se halla establecido en el artículo 596 del Código Civil.

A modo de reseña histórica, en la primera etapa del Derecho romano el deudor obligado comprometía su propio cuerpo como objeto de la obligación, teniendo el acreedor la facultad de apoderarse de él, tenía a su cargo incluso el dominio de su vida, posteriormente, la obligación reposaba en el patrimonio y ya no sobre la persona del obligado. (Borda, 1994)

Por su parte, Cabanellas indica que la obligación resulta compleja de dotarla de un concepto, sin embargo, la etimología nos permite orientar en gran medida esta noción, el prefijo de origen latino ob, indica delante o por causa de, y ligare, es como se había indicado, atar, sujetar, que dan como lugar a un vínculo o nexo, con componente moral y también jurídico. Entraña en sí mismo una carga, tarea o función exigida por la ley o voluntariamente adquirida por las partes, que impone una acción o una omisión (Cabanellas, 1993). Siendo, por tanto, el término obligación polivalente, puede, como veremos más adelante que incluso nuestro Código Civil, dar lugar a equívocos.

Toda obligación presenta un aspecto activo y uno pasivo, el primero hace referencia a que la obligación conlleva en sí mismo la facultad de exigir algo; el segundo, un deber de dar, hacer o no hacer. Esto no quiere decir que sean dos conceptos diferentes, sino de características

diferentes que conforman un solo concepto que es la obligación, cuyas partes tienen un componente bipolar, conformado por un deudor y un acreedor. Acreedor es el titular del derecho subjetivo, que puede proceder a exigir su cumplimiento, contra quien procede es el que se denomina deudor. (Arnau, 2009)

Con el afán de entender cómo se encuentran estructuradas las obligaciones en el Código Civil, aclaramos que el libro cuarto se encuentra dividido en dos apartados, mismos que abordan, por una parte, las obligaciones en general, y por otra, los contratos en particular. El primer apartado se denomina “De las obligaciones en general y los contratos”, aquel estudia la denominación de obligación, sus fuentes, clasificación, formas de extinción, reglas de interpretación de los contratos y las pruebas de las obligaciones en el aspecto sustantivo, ya que la forma adjetiva de estos derechos se encuentra prevista en el Código Orgánico General de Procesos; del segundo apartado se desprende la teoría general de los contratos.

Por su parte, el Código Civil establece en el artículo 1454 que el contrato o convención “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a hacer o no hacer alguna cosa ” (Código Civil, 2016), como se desprende de la definición que el Código Civil emplea del contrato, es mucho más compatible con la esencia de las obligaciones, sin embargo, estas son el género, mientras que las obligaciones son la especie.

Las obligaciones, según puedan estas, exigirse judicialmente o no, pueden ser de dos clases, las obligaciones civiles y las naturales. Las primeras, son aquellas cuyo cumplimiento puede exigirse a través del órgano judicial, es decir, concede acción y excepción, además de las

obligaciones naturales cuyo cumplimiento no es posible exigir judicialmente, sea porque se han extinguido mediante prescripción, porque no cumplieron con todas las solemnidades, fueron adquiridas por incapaces, no son reconocidas dentro de juicio por no tener prueba suficiente, entre otras, dando lugar a que no pueda ser requerido su cumplimiento a través de la administración de justicia, por tanto, pudiendo el accionado proponer una excepción con la falta de una obligación jurídicamente exigible por tratarse de una de tipo natural. (Coello García, 2010).

1.2 FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. –

Las fuentes de las obligaciones son aquellos hechos o actos jurídicos que tienen como efecto el nacimiento de estas (Albaladejo, 2002), son por lo tanto el origen, de donde surgen las obligaciones, expresión que proviene del Derecho Romano, que ya había previsto una división muy similar a la que actualmente tenemos, los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

Es así, que los romanos empleaban una denominación figurativa de manantial, que, en el contexto, al cual nos hallamos refiriendo, empleamos el término para referirnos a las causas o fuentes de las obligaciones como a todos los hechos o actos jurídicos que las originan, mismas que al ser reconocido por el ordenamiento jurídico crean una relación obligatoria entre los sujetos. (Larreategui,1982,pag23); a su vez, el famoso jurisconsulto romano Gayo elaboró la primera clasificación de estas, que comprendía los contratos y los delitos, sin embargo, entendió que esta clasificación no era suficiente, puesto que existían otras situaciones como el pago indebido, la gestión de negocios ajenos, por lo que optó por introducir un elemento adicional a la clasificación que es “*Ex variarum causarum figurae*” que quiere decir, otras figuras jurídicas, aquellas que a

pesar de no configurar contratos ni delitos, sin embargo, generan obligaciones para quienes las ejecuten.

No obstante, Justiniano no encontraba lógica a esta primera clasificación, ya que, para él, el pago indebido se consideraba cuando el juez se hacía de algo que no es suyo, es así que elaboró una clasificación más específica, como son las fuentes de las obligaciones contractuales, misma que comprende el contrato, cuasi contrato y las fuentes delictuales que comprende el delito y cuasi delito.

Por lo tanto, no existe obligación sin una causa que la preceda, sin que esta devenga de un hecho o acto, sea lícito o incluso ilícito, como en el caso de los delitos, que también son fuente de obligaciones. Esta causa se suele llamar también como causa eficiente o generadora, que da lugar al vínculo que liga al deudor con el acreedor, situación que antes de la causa generadora, esta obligación no existiría, pero producido aquel hecho o acto, la obligación comenzó a existir, que, de un correcto análisis, no podemos referirnos a aquella causa únicamente como de tipo humana, sino que en general a todo acontecimiento que pueda desembocar en una situación jurídica.

En consecuencia, del análisis realizado a la mencionada clasificación por parte del jurisconsulto romano Justiniano, permite comprender que las obligaciones son contractuales cuando surgen del acuerdo de voluntades, mientras que son cuasicontractuales cuando estas se originan de un hecho, que si bien tiene un componente voluntario, este no configura un contrato, puesto que, carece de los elementos necesarios para ser tal, como sucede en la gestión de negocios, que si bien existe un rasgo voluntario, sin embargo, no es suficiente, ya que, una persona realiza una gestión, con componente o no jurídico, pero lo hace de forma unilateral para beneficiar a otra, sin que anteriormente haya recibido este encargo, no obstante, la ley establece que se origina una

obligación. En este mismo sentido, existen otras formas en las que surge una obligación que no precisamente tiene como causa el acuerdo de voluntades, como lo es la tutela, la curatela, la comunidad de cosas particulares o condominio, las universalidades que devienen de la aceptación de una herencia, del pago de lo indebido (Larreategui, 1982, pag25).

Además, las fuentes de las obligaciones, como se indicó, tienen como causa también los delitos, que son aquellos que surgen de actos que entrañan una intención de causar daño, conocido como dolo. Mientras que aquellos actos que conllevan culpa, es decir, aquella falta no intencionada que origina un daño. En la antigua Roma estos se diferenciaban por un hecho meramente subjetivo, basado en la intención con la que se cometía; en la doctrina moderna en el delito y cuasidelito deben cumplirse tres situaciones objetivas: la transgresión a la norma, el daño causado y el nexo causal entre la conducta y el daño.

En la legislación ecuatoriana se encuentran las fuentes de las obligaciones, el artículo 1453 del Código Civil determina que si estas nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas se trata de un contrato o convención; si surge como consecuencia de un hecho voluntario de una de las personas se denomina cuasicontrato, surgiendo por lo tanto una obligación. De igual manera, nuestra legislación establece también que las obligaciones pueden nacer de la ley, y son las que en ella se expresan, a decir del artículo 2184 indica que las obligaciones tienen como causa también a los delitos, como se ha indicado anteriormente, cuando el hecho es ilícito y cometido con el elemento subjetivo intencional de dañar. De modo tal, que, nuestra legislación conserva la clásica catalogación del derecho romano, como las concepciones anteriormente enunciadas.

Por último, las obligaciones también tienen como origen a la ley, debido a que en nuestro derecho positivo se halla establecida como una nueva fuente, misma que por el propio efecto imperativo de la ley impone de manera inmediata y directa obligaciones, entre ellas tenemos, las pensiones alimenticias, en donde el obligado o el que debe la prestación de alimentos, tiene que cubrir las necesidades básicas del menor, es decir, cumplido el presupuesto establecido en la ley, surge la obligación de ciertas personas a favor de otras.

1.3 LOS CONTRATOS. –

Como se ha visto, el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones, es así, que el Código Civil inicia con el tratamiento de los contratos, para posteriormente hacerlo con el resto de las fuentes, es por eso que el Código Civil ecuatoriano en el artículo, 1545 se lo define como “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Código Civil, 2016), constituye así, la mayor y más importante, fuente de las obligaciones, sin embargo, hay que aclarar que nuestra legislación tiende a confundir la denominación de contrato y obligación, no obstante de aquel error, el primero se refiere a la especie, pues, son las relaciones que proceden del concurso de voluntades, mientras que la obligación es el género, es decir es más amplio y abarca también al contrato, por tanto, los dos términos no son idénticos.

El contrato, para Aubry y Rau, es el acuerdo que se da entre dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; constituye una especie particular de obligación, lo cual es acorde al planteamiento del párrafo anterior, cuyos términos no son unívocos, ya que su carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.

El término contrato proviene del latín contractus que significa contraer, estrechar, unir; para cuya existencia es necesario que existe un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, lo que se denomina como consentimiento, que como veremos posteriormente, hace parte de los elementos que todo contrato debe tener para que este sea jurídicamente válido. En el derecho romano se consideraba ya que en el contrato está presente el nexum, que es una suerte de derecho que tiene el acreedor sobre el deudor.

Puede entenderse también el contrato desde un punto de vista antropológico, según Simental Franco, es una manifestación cultural propia de la vida del ser humano en sociedad (Simental, 2012). De ahí la importancia del contrato como institución fundamental del derecho civil, que regula precisamente, las relaciones humanas.

Las nociones ayudan a tener la comprensión general de un tema específico, es por eso que, puede entenderse al contrato como un mecanismo creador de obligaciones, es decir, una fuente de las obligaciones, por eso es importante entender por qué estos obligan.

Comprendido de una forma sociológica, es un mecanismo ideado por el ser humano para crear obligaciones, encontramos como fundamento; el aristotélico, que consiste en una equivalencia objetiva entre las prestaciones que constituyen una relación contractual; la liberal, parte de que los individuos basándose en su voluntad celebran contratos, por lo que es precisamente esa libertad su justificación; una teleológica, es decir, un medio para el culmen de un bien individual o social. (Guevara, 2017)

En un sentido sociológico, en búsqueda de las razones que fundamentan al contrato, por otra parte, surge de la autonomía de la voluntad, entendido en un sentido más apegado al plano jurídico, surge del vínculo o acuerdo de las partes.

Por otra parte, el Profesor Hernán Coello García consideraba a los contratos como la fuente principal de las obligaciones, quien criticaba el erróneo tratamiento que hacía el Código Civil al tratar como sinónimos al contrato y a la convención, cuya apreciación por el cuerpo normativo es erróneo, ya que, como se ha indicado, la obligación es genérica, pues esta abarca al contrato, siendo entonces que todo contrato entraña una obligación, pero la obligación al ser el género, está presente también en otras figuras, como los ya hechos referencia, delitos, cuasidelitos y otras establecidas en la ley.

El Código Civil argentino¹ establece que existe contrato cuando hay varias personas que se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad, común destinada a reglar sus derechos, esto es, que el consentimiento debe manifestarse y ser recíproco a partir de la voluntad, por tanto, que no puede esta ser secreta, tiene que darse a entender entre las partes de forma recíproca. Para Savigny el contrato es “El acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas” (Stiglitz & Stiglitz, 1990, pág. 34).

Así también, Coello García, establecía que el contrato es un acuerdo de voluntades que tiene como finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones (Coello García, 2010, pág. 118). De esta forma, el contrato es mucho más puntual, en primer orden deberá verificarse en él si existió

¹ El Código Civil argentino en su Art. 1137 califica al contrato como una manifestación de la voluntad, variada e importante, además alude a “muchas personas” es decir una en presencia de otra, en donde manifiesten su voluntad.

un consentimiento previo que puede generar una obligación de dar, hacer o no hacer, conforme a lo estipulado; se dice del contrato ser más puntual, porque las obligaciones son más amplias, pueden ser efecto de otras fuentes.

En consecuencia, el contrato es un acuerdo de voluntades en donde dos o más partes crean, modifican o extinguen obligaciones, es una especie o tipo de convención generadora cuyo objeto tiene como fin crear derechos personales o créditos.

Para efectos del análisis del tercer capítulo, es importante hacer mención que nuestra Constitución en su artículo 66 numeral que trata sobre los derechos de libertad, reconoce y garantiza a las personas el derecho a la libertad de contratación, constituye, por tanto, un derecho plenamente garantizado y exigible.

1.4. ELEMENTOS O REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LOS CONTRATOS. -

Los elementos del contrato son aquellas cosas que son de su esencia, las de la naturaleza y las accidentales, remitiéndose a doctrina ampliamente sostenida por autores del siglo XVII, una tesis con una tradición de mucho tiempo, que persiste hasta hoy. (Larrea Holguín, 2007)

En todo acto concurren en principio categorías de elementos, aquellos que son esenciales para que exista el contrato y aquellos que deben existir para que tenga plena validez jurídica, mientras que existen otros elementos que pueden o no estar presentes, dependiendo de lo que las partes, basándose en su libertad contractual, establecer en un contrato.

Los juristas romanos no clasificaron a los elementos de los contratos de forma específica, sin embargo, con el transcurso del tiempo, los diferentes interpretes han logrado clasificarlos en elementos esenciales, naturales y accidentales.

Los elementos esenciales son aquellos sin los cuales un contrato simplemente no puede existir, simplemente estos no pueden dejar de estar presentes, son indispensables para que un contrato tenga existencia jurídica, entendida esta como la situación que hace que nazca a la vida jurídica, que el contrato tenga repercusiones en derecho, esto es, que no pueda llegar a conformarse; aquellos elementos son: el consentimiento, causa y objetos lícitos.

Mientras que los elementos naturales son aquellos que sin ser esenciales, que no dependen de estos para la vida jurídica del contrato, se entienden incorporados en los contratos, sin la necesidad de que estos se hallen estipulados o que estos consten de forma individualizada en el contrato, pues, se entienden incorporados por mandato legal, son parte del contrato inherente a la naturaleza del mismo ,sin embargo, estos pueden verse modificados por las partes a través de cláusula expresa, siempre que estos no tengan prohibición legal expresa, es de esta forma que en un contrato de compraventa, se entiende que intrínsecamente existe la obligación del saneamiento del vendedor hacia el comprador, pero las partes pueden pactar libremente que el vendedor no responda por la evicción. Por tanto, en principio estos se entienden propios del contrato, al faltar alguno de ellos este no deja de existir, pues de acuerdo a su propia naturaleza, estos se encuentran implícitamente incorporados. (Coello García, 2010)

Se denominan elementos accidentales aquellos que las partes determinan o incluyen en el contrato para modificar sus efectos, conocidos también como modalidades o condicionales, que pueden establecerse en el contrato con relación a la autonomía de la voluntad que tienen las partes, siempre que estos no afecten al orden público, ni a los intereses de terceros, de esta forma, en el contrato de mutuo se pueden fijar o no intereses, pues este rédito le beneficia únicamente a las partes, pudiendo modificar libremente estos elementos del contrato. (Coello García, 2010)

El artículo 1460 del Código Civil ecuatoriano determina cuales son los elementos de los contratos, los de su esencia, los inherentes a su naturaleza y los puramente accidentales. Podemos distinguir en cada contrato primero las cosas que son de su esencia, segundo las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son elementos esenciales de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato, las que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin la necesidad de una cláusula especial; y son elementos accidentales de un contrato aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan a través clausulas especiales. (Código Civil 2016).

Las condiciones o requisitos legales para que alcancen la vida jurídica los contratos, y por ende las obligaciones, son tanto del sujeto o sujetos como del objeto, a los primeros se les exige que sean capaces y que su consentimiento sea libre, como ya se analizará posteriormente cuales son los vicios que lo afectan, mientras que el objeto debe ser lítico, a decir de Merino Barros, “En cuanto a la causa jurídica del acto o contrato, se encuentra en cierto modo tanto en el sujeto como en el objeto; la causa es principalmente objetiva: depende de la naturaleza misma del acto o contrato, pero la intención subjetiva puede desvirtuar la causa, si bien no basta la mera intención”.

Así, los elementos del contrato se encuentran tanto en las personas que lo celebran como en las cosas u objetos sobre el cual celebran.

Nuestro Código Civil sí prevé los requisitos que deben tener para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración voluntaria, en su artículo 1461 indica que los requisitos que deberá contener un contrato son:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

Indica así mismo, en qué consiste la capacidad, al decir que se da en una persona en el poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio ni autorización de otra. (Código Civil, 2016)

Existe un consenso mayoritario entre los tratadistas modernos al establecer que los requisitos de existencia de los contratos son el consentimiento, el objeto y causa; y los requisitos para que tengan validez son los indispensables para que el acto o contrato produzca las consecuencias jurídicas necesarias son la capacidad, el consentimiento libre de vicios, la licitud del objeto y la causa lícita.

1.4.1 LA CAPACIDAD. –

La capacidad para contratar se encuentra en el hecho de las condiciones que la ley cree pertinente que una persona pueda o no celebrar válidamente un contrato. Para establecer si una persona es capaz se han desarrollado varios sistemas, se hará mención al sistema del argentino Vélez Sarsfield, que edificó un sistema objetivo para determinar la capacidad basándose en tres ejes que son: la edad, la salud mental y el rol que ocupa la persona sometida al análisis. Sin embargo, la capacidad no solo puede analizarse desde aquellos ejes, sino también desde dos perspectivas adicionales. La primera, consiste en si el acto puede ser atacado por la vía de la lesión o sanción por nulidad. La otra, si la persona está en la posibilidad de ejecutar actos de administración y disposición.

El primer eje que comprende la edad de la persona, en nuestra legislación, se cumple la mayoría de edad a los 18 años, es decir, cumplida esa edad, la ley de pleno derecho otorga la capacidad para obligarse, visto de esta forma, la mayoría de edad comprende una condición negativa, la incapacidad de contratar en la minoría de edad.

Continuando, el segundo eje se refiere a la salud mental, aquel es un obstáculo para restringir la capacidad para contratar, existen aquí diferentes tipos, que serán analizados en su momento.

El contratar con una persona que no tiene la capacidad legal para hacerlo, puede dar lugar a una obligación natural, según de qué tipo de incapacidad se trate, pues el artículo 1486 en su numeral primero indica que son obligaciones naturales, por tanto, no puede ni dan derecho a exigir

su cumplimiento, al establecer que son obligaciones naturales las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos. No obstante, si los actos son celebrados con personas absolutamente incapaces, no surten ni siquiera obligaciones naturales, así lo establece claramente el artículo 1487 del mismo código. (Código Civil, 2016)

Entonces, la capacidad legal de una persona consiste en la posibilidad obligarse por sí misma y por tanto no necesita de la autorización ni ministerio de otra; es fundamental distinguir la capacidad de goce que implica que una persona puede adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras que la de ejercicio o de obrar alude a la capacidad jurídica que tienen las personas para celebrar por sí mismos actos jurídicos. De tal modo, que la capacidad es la generalidad, mientras que la incapacidad es la excepción, y esta se basa en el principio de especificidad, esto es, que una persona debe ser declarada como tal,

Este elemento contractual es fundamental ya que, sin éste, el contrato no producirá ningún efecto, porque no existe, sin embargo, si falta un requisito de validez este contrato es nulo, o si subsiste con un vicio este será anulable si se alega, ya que de no hacerlo este podrá producir consecuencias jurídicas.

El código chileno distingue contratos absolutamente nulos como lo son los celebrados por los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, dementes, impúberes; y a su vez los contratos que excluyen solemnidades sustanciales, pero es importante notar que esta legislación no prevé una diferencia que el Código Civil ecuatoriano si lo hace entre actos inexistentes y nulos,

pues, solo habla de existencia de nulidad absoluta que comprende las dos anteriores sin individualizarlas.

1.4.2 EL CONSENTIMIENTO. –

Se refiere a la expresión o manifestación exterior de la voluntad de las partes, según Carlos Pizarro, se indica que la voluntad expresa también mediante algún indicio que indique que se presta el consentimiento, así mismo, establece que una actitud silente para nada puede ser considerada como manifestación de la voluntad, pero entendido este silencio, no solo como el hecho de emitir palabras, sino como la no manifestación de forma alguna ni siquiera mediante signos o señales que permitan inferir que existe un consentimiento.

El consentimiento, requisito fundamental de los contratos, comprende la conformidad que existe entre dos voluntades libres, en donde dos o más personas manifiestan su aceptación en un negocio jurídico una prestación.

El consentimiento puede ser de dos clases: el expreso y el tácito. El primero, comprende aquella expresión de forma evidente, por signos que nos conduzcan de forma inequívoca a constatar que se dio la aquiescencia, sea porque así se desprenda de un documento, es decir, por escrito, o por la manifestación verbal o de signos. El segundo, se da cuando existe en alguna manifestación de ejecución, que nos conlleve a pesar que ese consentimiento fue expresado.

Así también, el consentimiento contiene dos momentos fundacionales para la existencia del mismo, estos son: la oferta y la aceptación. La oferta es la declaración de la voluntad de una

parte proponiendo a otra la conclusión de un contrato; y la aceptación es la declaración que va dirigida al proponente y se manifiesta que se consiente. (M, 1982, pág. 238).

La exteriorización del consentimiento puede manifestarse de manera verbal o expresa, por medio de palabras mediante escritos, signos de inclinación de cabeza dirigidos hacia la aceptación o no de determinada prestación o negocio jurídico, pues los romanos consideraron en la antigüedad un simple suficiente (notus)².

El consentimiento se puede considerar tácito cuando nace de hechos positivos que hacen suponer de manera inequívoca que se presta el consentimiento, sin existir la mínima duda, tanto así, que de cumplirse este requisito puede decirse que los efectos son los mismos que el consentimiento expreso.

Para que el consentimiento pueda producir consecuencias jurídicas debe ser libre, existiendo de esta forma tres situaciones que pueden viciar o alterar el consentimiento:

- Error
- Fuerza
- Dolo

1.4.2.1. EL ERROR. -

Savigny define el error como “Falsa noción que se tiene de algo”, entonces existe el error cuando hay una confusión entre la declaración de una voluntad y la voluntad real, es decir, el error

² “SET ET NOTIO SOLO PLERAQUE CONSISTUNT. L 52& 10, TIT. De obligat et action 1,44 Digesto,

afectará la intención que tenía la parte, es un pensamiento equivocado o disconformidad en el pensamiento sobre alguna situación objetiva, en donde hay la ignorancia considerada como la ausencia total del conocimiento.

El error se clasifica en error de hecho y de derecho, el primero hace referencia a circunstancias fácticas de un contrato, a saber, si una persona cree que está contratando con otra, más, sin embargo, contrata con una tercera ajena a con quien creía que estaba contratando. La segunda clase de error recae sobre los elementos jurídicos normativos, cuando las personas tienen un criterio equivocado de la ley, verbigracia, pensar que la mayoría de la edad en Ecuador se adquiere a los 16 años, aun así, el error de derecho en nuestro ordenamiento jurídico es inexcusable, conforme desprende el del artículo 1495 del Código Civil que declara que el error de derecho no vicia el consentimiento, esto, en total armonía con la ficción de derecho de conocimiento de la ley contemplada en el artículo 13 *ibídem*, que hace un alcance de esta ficción a los extranjeros.

1.4.2.2 EL DOLO. -

En el derecho romano se consideraba al dolo como un delito pretoriano a principios del siglo I a.C., y lo definían como *dolus*, que significa engaño, mentira, fraude. El dolo es un vicio de la voluntad jurídica, altera la voluntad, considerado como maniobras fraudulentas o deshonestas, maquinaciones mala fe, que puede originarse en una de las partes o un tercero para obligarla a contratar, definido por Bonfante como “El propósito deliberado de perjudicar a otros con quienes se tiene el trato” (Bonfante, 1959, pág. 95), Por otro lado, el Código Civil ecuatoriano lo define en el artículo 29 como “Intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”

(Código Civil, 2016). En consideración a lo antes expuesto, el dolo en materia civil es la voluntad maliciosa que busca el beneficio propio o el daño, valiéndose de argucias o del desconocimiento ajeno, pudiendo también ser el mal que puede ocasionarse como consecuencia de la omisión de prestaciones, como la mora del pago o modificaciones unilaterales. El dolo en materia mercantil es similar al considerado en materia civil, sin embargo, se atenúa conforme al impulso lucrativo que lo rige.

1.4.2.3. LA VIOLENCIA. –

La violencia o fuerza es considerada como un mal grave que obliga a la persona a la celebración de un contrato, por tanto, el consentimiento al no ser libre vicia el contrato y como consecuencia degenera en nulidad absoluta debido al temor que la víctima experimenta. La violencia se clasifica en dos clases, la física y la moral.

La violencia física³ excluye en su totalidad el consentimiento, por ejemplo, una persona sujeta un arma contra otra hasta que una letra de cambio en la que se obliga a pagar una determinada cantidad de dinero sea firmada, rúbrica que es la manifestación o exteriorización de la voluntad, el individuo es coaccionado hasta anular completamente su libertad, pervirtiendo uno de los elementos esenciales del contrato, como lo es el consentimiento, alterado este por la violencia ejercida con el fin de que se obligue, anulando completamente su libertad contractual.

³ Vis soluta – VIOLENCIA FISICA

La violencia moral o intimidación⁴ es la amenaza de un mal inminentemente grave, que inspire un temor real al contratante, no el simple temor reverente, a modo de ejemplo, un asesino a sueldo amenaza la integridad de la familia del coaccionado, conociéndose ya varios delitos imputados a este individuo, esto generaría un temor real al que le es dirigida la intimidación, obligándole a disponer, por tanto, este contrato sería también nulo.

1.4.2.3.1. CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA.

Para que pueda declararse la ineficacia del contrato en virtud del vicio del consentimiento, se debe reunir los siguientes parámetros:

Ser injusta; se puede considerar, que es un elemento cualitativo, puesto que, si el que amenaza a su deudor con demandarlo, embargarle bienes, dejarlo insolvente, solo se encuentra enunciando sus derechos ante una potencial situación por incumplimiento de una obligación, más no podría considerarse violencia, porque no irrumpe lo justo.

El mal debe ser grave; es decir, un elemento cuantitativo, el miedo debe ser el mayor, no el simple temor, se debe creer que se genera el peor mal y este generar un temor a una persona valiente, no a un pusilánime. La amenaza puede estar dirigida a la persona contratante, o a sus afines, como su hijo, esposa, entro otros.

⁴ Vis compulsiva o metus- VIOLENCIA MORAL

El mal debe ser inminente y actual; no simplemente improbable o imaginario, ya se manifestó en Roma, “Si algún medroso hubiere temido sin fundamento una cosa imaginaria, no es restituido por el edicto, porque ni por fuerza ni por causa de miedo hizo algo” (228), es decir, para ellos era fundamental que este se manifieste en el momento de celebrar el contrato. El ordenamiento jurídico ecuatoriano manda en el artículo 1499 “La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es tomando en cuenta su edad, sexo o condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ellos, su consorte, o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave” (Código Civil, 2016) El temor reverencial, es solo el temor de degradar a las personas, o quienes se debe sumisión y respeto, sin embargo, este no es suficiente para viciar el consentimiento.

1.4.3. El OBJETO. –

Se puede considerar a la prestación misma, o la cosa que debe darse, hacerse o no hacerse, tenemos así, que si una persona debe entregar a otra cierta cantidad de dinero, el objeto de la obligación es la dación del monto acordado; si el contrato consiste en el hecho de una compraventa de una cosa, la una persona tendrá por objeto realizar la entrega material de aquello de lo que se obligó, así como la otra parte deberá realizar el pago del precio. El objeto es todo aquello que intelectualmente puede ser percibido, es decir, posee una forma de materializarse, aquello que tiene una existencia sensible, que sea determinado, o cuando menos, sea determinable al momento al momento en el que la obligación sea exigible. Es así que, el objeto puede ser las personas, las cosas y las acciones que son parte de una relación jurídica.

1.4.3.1. REQUISITOS DEL OBJETO. -

El objeto de los contratos debe cumplir los siguientes requisitos:

Ser física y legalmente posible, es decir, si el objeto es imposible de materializarse o realizarse, sea este por ser contrario a las leyes de la naturaleza, por enajenar bienes que se encuentran fuera del comercio o porque se encuentra prohibido por la ley, en este caso, el contrato sería inexistente. Las cosas futuras son aquellas que si bien no existen todavía, se espera que existan, como puede ser la cría de un animal, estas pueden perfectamente materia u objeto de un contrato, sujetos a la condición de lleguen a existir, en caso de que no llegue a ser plausible, el contratado no cobrará existencia jurídica por carecer de objeto. (Coello García, 2010). El objeto debe ser lícito, lo que implica que no puede ser contrario a la ley ni a las buenas costumbres, si estos afectan el interés general producirán nulidad.

1.4.4. CAUSA LICITA. –

La causa es el motivo que impulsa algo, la razón que nos inclina a realizar determinada cosa, que, en nuestra materia de análisis, es el antecedente necesario que origina un derecho, la causa en materia civil existe tanto en las obligaciones como en los contratos, entonces es el fin esencial o más próximo que las partes se proponen al contratar. (Cabanelas de Torres, 2005).

El Código Civil ecuatoriano en el artículo 1483 manifiesta que no podrá existir obligación sin causa real y lícita, aunque no es necesario expresarla, pues la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Es así que, la causa se conceptualiza como el motivo que introduce el acto o contrato, nuestro código sustantivo ejemplifica y manifiesta que la promesa de dar algo en pago por una deuda que no existe, carece de causa. La causa debe ser lícita y ella se entiende como cuando se encuentra ajustada a la moral o al orden público, por eso dar algo en recompensa del cometimiento de un delito o hecho inmoral tiene una causa ilícita. (Código Civil, 2016).

El derecho atiende a los actos externos, pero sin dejar de tomar en a los internos, para poder distinguir la buena y la mala fe, el dolo y la culpa, que, de forma alguna, es expresada externamente, permitiendo resumir, o presumir la conducta; objetivamente las acciones u omisiones y los efectos que producen son la causa eficiente y la intención, voluntad y finalidad, el objetivo a donde va dirigida aquella voluntad, un factor subjetivo o intencional es la causa final.

1.5. LOS CONTRATOS: CIVILES Y MERCANTILES.

La naturaleza de contratos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es de variada índole, pero al ser el objeto de este trabajo, serán analizados únicamente los contratos mercantiles y civiles; la teoría de los contratos nos presenta los elementos comunes a estos los cuales son: la Capacidad, en consideración que toda persona es capaz excepto las que la ley declare incapaces, la legislación ecuatoriana manda que las personas sean mayores de dieciocho años para celebrar contratos, empero existen personas consideradas incapaces absolutas como las de los dementes o sordomudos y las relativas como los interdictos y mayores adultos, consideradas así por la condición de las personas para que sus actos puedan producir efectos jurídicos lo que no puede suceder con la incapacidad absoluta, el segundo elemento contractual es el Consentimiento, el

tercer y cuarto elemento radican en que el Objeto y la Causa cuya naturaleza debe ser lícita, ósea que no contravengan al Derecho Público Ecuatoriano. Cabe resaltar que el Contrato como tal es ley para las partes, en consecuencia, jurídicamente hablando cualquier tipo de incumplimiento acarrea la terminación del mismo. (Código Civil, 2016)

El Contrato Mercantil como tal no tiene una definición clara en nuestra legislación como se pudo verificar en líneas anteriores, sin embargo, para el efecto nuestro Código de Comercio, en su artículo primero indica que son las obligaciones por los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por un no comerciante, en tanto estos contratos son los que rigen la Contratación Mercantil que regula a las personas que hacen del comercio su actividad habitual, dándoles la calidad de comerciantes en su artículo 4 del mismo cuerpo normativo nos aclara que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la Republica, o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años, pues, hay que tomar en consideración que dentro de estos también existen los contratos innominados como por ejemplo know-how, esponsorización, etc., que tal como indica su nombre no están establecidos en nuestra legislación, y por tanto se han venido manejado por las costumbre y por las generalidades, en tanto podemos definir que un contrato mercantil es un acuerdo en donde existe el concurso real de dos o más voluntades que se comprometen a ejecutar obligaciones de dar o hacer, y cuya parte álgida es que una parte posea la calidad de comerciante, y el ánimo de lucro es decir que haga del comercio su actividad habitual y que posea su calidad de comerciante conforme el artículo 140 del código de comercio. (Codigo de Comercio, 2018)

Los contratos civiles son aquellos en los que una o varias personas se obligan al cumplimiento de dar una cosa, cumplir con algún servicio, de modo que, estos no podrían existir si la obligación no contuviera una causa real y lícita⁵ (Código Civil, 2016), es decir, todos sus elementos se encuentran establecidos en el Código Civil, mismos que admiten un sin número de calificaciones, es así que, dependerán de la forma en que se obligan las partes, también la utilidad que reporta cada contrato, o el número de partes que se obligan, entre muchas otras razones que se toman en cuenta para su clasificación, por ejemplo existen contratos bilaterales imperfectos, bilaterales esto depende del número de las personas que se obligan o por la utilidad que le reporta a los contratantes como son los gratuitos y onerosos, entre otros. (Código Civil, 2016)

1.6. TRASCENDENCIA DE LOS CONTRATOS EN LA ACTUALIDAD.

Es importante hablar del nuevo concepto de contrato, el Autor Diez Picazo, determina que se podría hablar de varios conceptos siempre y cuando descendamos de lo general a lo específico, él nos manifiesta que contrato en la actualidad es un supra concepto (oberbegriff⁶) que puede ser aplicable a todos los campos jurídicos, por tanto al derecho privado y público; sin embargo, el tema se encuentra enfocado a materia privada, por consiguiente, la idea de contrato analizada de manera general equivale a hablar de negocios jurídicos bilaterales tanto como de derecho patrimonial, familiar o sucesorio, en consecuencia el matrimonio también podría ser clasificado como un contrato, por otra parte el contrato en un sentido más restringido busca el sometimiento a un régimen jurídico de tipo unitario, esto en doctrina moderna equivale a solo

⁵ Art 1483 “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente...” (Código Civil, 2016)

⁶ Sinónimo. Concepto Superior comprensivo de aquellos otros que se establece.

aquellos negocios jurídicos con incidencia patrimonial de tal manera que el autor manifiesta “...el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en transmitir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. (Diez Picaso, 1969).

La evolución y la crisis de este concepto de contrato en el siglo XIX en pleno auge del liberalismo es la figura central para la creación de varias nuevas instituciones jurídicas, desde la creación misma del Estado al hablar de un contrato social además de que la organización del mundo internacional regulado por tratados con esencia contractual, regulando también la institución jurídica del matrimonio y los derechos reales que se constituían como pactos que inclusive los más desposeídos debían respetarlos. (Castan Tobeñas, 1944).

De tal manera que las partes que celebran un contrato deben discutir libremente con relación a sus cláusulas en una situación de absoluta libertad e igualdad, en oposición a lo que se observa en la actualidad al existir una decadencia en el contrato a partir del intervencionismo estatal y la exaltación de la idea de la colectividad; de tal manera que el contrato va perdiendo sus elementos típicos y puros porque se va centrando sobre estas nuevas bases sociales.

Las nuevas modalidades contractuales nacen de la evolución económica y social de los últimos años, lo cual ha ido generando variaciones importantes en el régimen jurídico de los contratos, como los son los contratos en masa o contratos tipo, lo cuales son impuestos por las grandes Empresas a sus clientes mercantiles e industriales referidos a los bienes y servicios (agua potable, teléfono, energía eléctrica, etc.) , de tal manera que a ser bienes de consumo necesario hace que la libertad de iniciativa se restrinja lo cual es claramente prepotente con respecto a las

partes si caemos en el supuesto ideológico “Libertad de las partes para contratar” en donde encontramos los contratos de adhesión o por formulario.

Los contratos normados o de contenido imperativo vienen de la mano con una serie de condicionamientos de la política económica y social en consecuencia el contrato no se puede dejar al juego de pura libertad contractual, porque eso traería consigo dejar a la parte más débil a merced de la otra y que el Estado asume la tarea de dotar legislativamente de un contenido imperativo a estos contratos, como lo son los contratos de trabajo, arrendamiento etc. Los contratos forzosos son en los que el dirigismo estatal en materia económica lo llena de su intervencionismo en materia patrimonial, crea una relación jurídica similar a la de un contrato sin la voluntad de la otra parte, estos no son contratos genuinos solo una hipótesis de constitución forzosa legal, administrativa o judicial o razones de interés social, por ejemplo, la ordenanza metropolitana No. 169 de bienes mostrencos en Quito.

También los contratos que en doctrina alemana se usan como son los de prestaciones del tráfico en masa, en los cuales por la mera realización de un acto nace un contrato nace una obligación, sin declaración de la voluntad alguna, tenemos como claro ejemplo el sistema de parqueo tarifado, utilización de servicios públicos de transporte, máquinas expendedoras de productos. (Jaume, 2019)

1.7. CONCLUSIONES. –

Las obligaciones son el vínculo o lazo jurídico mediante el cual un deudor se obliga con un acreedor a dar, hacer o no hacer algo, definición de contrato que otorga el Código Civil, por otro lado, como manifiesta el Dr. Hernán Coello es mucho más compatible con la esencia de las obligaciones, pues, estas son el género y los contratos son la especie. Las obligaciones son responsabilidades que deben ser cumplidas, ya que todo puede generar de manera constante y permanente éstas, en un sentido amplio, ético o moral, ésta debe ser conceptualizada como todo deber que en la conciencia impera.

En la legislación ecuatoriana clasifica las fuentes de las obligaciones en el Art. 1453 del Código Civil, y son el contrato o convención, los cuasicontratos y los cuasidelitos, posteriormente se hace alusión a la ley, esto debido a que en nuestro derecho sustantivo se encuentra incluida como nueva fuente, siendo esta una fuente inmediata y directa de obligaciones.

Los contratos son la fuente por antonomasia de las obligaciones, genera una relación jurídica en virtud de que una parte tiene el deber de dar, hacer o no hacer. El Dr. Hernán Coello García, define al contrato como un acuerdo de voluntades que tiene como finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones.

Los elementos de los contratos son esenciales, naturales y accidentales; son esenciales los que no pueden faltar para que tenga vida jurídica un contrato, por lo que, si careciera de alguna de estas cualidades no se podría considerar como tal. Mientras que, los elementos naturales del contrato son aquellos que, sin ser esenciales, se entienden incorporados o innatos sin la necesidad

de estipulaciones o acuerdos por las partes. Por último, se denominan elementos accidentales, conocidos también como modalidades, son aquellos que las partes determinan o incluyen en el contrato para modificar sus efectos, estos son de libre estipulación por las partes, siempre y cuando no afecten al orden público, ni a los intereses de terceros.

Los requisitos de existencia y de validez del contrato son:

- Capacidad.
- Que el consentimiento dentro de tal acto o declaración no adolezca de vicios.
- Que recaiga sobre un objeto lícito.
- Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, por tanto, no requiere de la autorización ni ministerio de otra, este elemento contractual es fundamental ya que, sin este, el contrato no producirá efecto alguno.

El consentimiento es la conformidad que existe entre dos voluntades libres, en donde dos o más personas manifiestan su aceptación en un negocio jurídico una prestación, para que el consentimiento pueda producir consecuencias jurídicas debe ser libre, pero existen tres situaciones que pueden viciar el consentimiento: error, fuerza y dolo.

El objeto es la prestación misma, o la cosa que debe darse, hacerse o no hacerse, es todo lo que intelectualmente puede ser percibido, es decir, posee materialidad, es todo lo que tiene

existencia sensible; por tanto, son las personas, las cosas y las acciones que son parte de una relación jurídica.

Existen normas que rigen la vida de los ciudadanos que son reguladas por el Estado; de esta forma, a diario se celebran acuerdos civiles que se efectúan mediante contratos, mismos que en la actualidad cobran gran importancia, ya que estas relaciones comerciales conformadas, por un lado, un sujeto que será la parte exigente y estará confinando a un prestador, en donde cuyas obligaciones correlativas nacerán de ese contrato, aquel que servirá como una herramienta para exigir su cumplimiento. La constancia escrita de un contrato nos permite establecer diferentes situaciones como, las características del producto o servicio prestado, las condiciones, obligaciones, responsabilidades, evitando de esta forma mal entendidos y reclamaciones que pudieran evitarse, en caso de surgir diferencias, se recurre a él para analizar el altercado, por lo que el contrato celebrado por escrito, aporta seguridad, entre muchas de las facilidades anteriormente descritas.

Es así que, el cumplimiento del contrato y consigo el derecho de propiedad son inseparables, a la vez, son libres en relación a lo que cada persona puede optar en cómo proceder con el emolumento que le genera su trabajo. Existen varias teorías que atentan contra el derecho civil en materia contractual como lo es la teoría de “la lesión” y “abuso del derecho” “imprevisión”, “enriquecimiento ilícito”, “la penetración”, es así que, para proteger y garantizar los derechos de los gobernados se alude al derecho de propiedad empezando con la libertad de poder expresar su propio pensamiento, uso y disposición de lo que se adquirido a través de contratos que buscan el intercambio libre y voluntario entre las partes.

CAPITULO II

2. LOS EFECTOS DEL CONTRATO COMO FUENTE PRINCIPAL DE LAS OBLIGACIONES.

2.1. GENERALIDADES Y ENUMERACION. –

El capítulo anterior nos permitió entender al contrato y su esencia, entendido este como el acuerdo de voluntades, cuya finalidad es crear, modificar y extinguir obligaciones, mismo que dependerá de tres situaciones que se podrían presentar en la vida real y su estudio es fundamental antes de análisis de los efectos contractuales como tal, es así que se analizarán como se pueden extender los efectos de los contratos a las partes celebrantes, frente a terceros, y como se regularán los derechos de los que en ellos intervienen.

Los efectos del contrato se entienden como “aquellos derechos y obligaciones que se general como efecto de aquellas declaraciones y disposiciones que las partes han introducido en su generación y perfeccionamiento” (Aguad, 2013). Del contrato surge la importancia de entender cuáles son los efectos inmediatos que surgen posterior al perfeccionamiento de un contrato, entender los motivos del por qué el contrato obliga, quiénes son los que resultan obligados, siendo que en ocasiones resultan ser los mismos que suscribieron el contrato en la forma inicial, o en otras situaciones, como se verá más adelante, son terceros que en un inicio nada tenían que ver con el mismo.

2.1.1. EFECTOS DE LOS CONTRATOS SE PRODUCEN ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES.

El artículo 1464 del Código Civil dispone “ Lo que una persona ejecute a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado el mismo” (Código Civil, 2016) De esta forma, no es necesario que las partes hayan contratado necesariamente por su propia persona, sino puede también ser por interpuesta persona, es decir, si no existe impedimento legal, puede ser representado por un tercero, como por ejemplo el padre, la madre, el tutor, el curador, el representante legal, en el caso de las personas jurídicas, que son relativamente incapaces, por lo que requieren representación legal, sea el presidente o gerente, conforme conste en su estatuto, o como el caso de una convención, como puede ser por un mandato, en todo caso, dependerá de las formas de representación que prevea la ley, de cualquier modo, estas generan responsabilidad y las mismas obligaciones como si hubiera contratado el mismo representado.

2.1.2. EFECTOS RESPECTO A LOS SUCESORES DE LAS PARTES.

El término suceder hace referencia a remplazar, ocupar el lugar de algo o alguien, continuar una persona a otra, siendo de esta forma, que a los que se les podrá hacer un alcance por los efectos de los contratos que hubieren sido celebrados por los causantes, podrán ser extensivos a sus herederos o sucesores universales, no obstante, también puede ocurrir que pudieran verse perjudicados de forma indirecta, por lo que, es necesario esclarecer las situaciones que pueden nacer de la sucesión:

- **Sucesión a título universal:** Es aquel que al aceptar la masa de bienes le transfiere la herencia, se vuelve responsable de todas las obligaciones, obteniendo derechos, sea en su totalidad o a prorrata de su cuota, esto es, sin individualización de bienes o derechos, volviéndose responsable de todas las obligaciones y adquiriendo derechos, no obstante de aquello, existen ciertas obligaciones que son intransmisibles, las cuales se extinguen con la muerte del causante, que son generalmente las inherentes a la persona, como el de pedir alimentos, el comodato, a más de las que la ley así las determine. Pero la regla general es que las obligaciones sí se transmiten a los herederos, pudiendo incluso llegar a verse afectado, si es que, el pasivo que conforma la herencia es superior al activo, para lo cual la ley dispone el beneficio de inventario⁷ o el repudio de la misma, hacemos referencia a este supuesto en la sucesión a título universal, porque es únicamente en esta forma de suceder que puede darse el caso de que se adquiriera el pasivo en mayor proporción respecto al activo.

Es importante hacer hincapié a la observación realizada por el autor argentino Rubén S. Stiglitz, quien plantea qué sucedería si una persona llega a ser sucesor universal pero no por causa de muerte, sino por un acto entre vivos, por ejemplo, un adquirente de un fondo de comercio⁸ se considera como un sucesor universal, mas no es un heredero. Es menester mencionar que la legislación ecuatoriana analiza los actos entre vivos como un efecto individual conocido como derecho de sucesión de derechos y obligaciones que detallaremos en líneas posteriores.

⁷ Facultad que le permite al heredero responder a las obligaciones del predecesor solo con el patrimonio del causante. Relación ordenada de los bienes de una persona o de las cosas o efectos que se encuentran en un lugar, ya con indicación de su nombre, número o clase también con una somera descripción de la naturaleza, estado y elementos que puedan servir para su identificación o avalúo. Ato u operación de formar ese catálogo. (Cabanelas de Torres, 2005)

⁸ Activo intangible indefinido, capaz de generar beneficios para empresas que corresponden al valor de u marca, prestigio, reconocimiento, clientes.

Entonces, acabamos de observar que los efectos de los contratos se pueden extender inclusive a personas que no fueron parte formal, ni sustancial del negocio celebrado, ya que, después que se manifieste el hecho generador conocido como la muerte de cualquiera de los contratantes, sus herederos en posesión de los bienes del causante continuarán como sucesores de sus derechos y obligaciones.

- **Sucesión a título singular:** En esta situación no se hereda la totalidad de una masa hereditaria, sino un legado, en la que el legatario no es más que un simple acreedor de los herederos, si bien en principio la responsabilidad con respecto a las obligaciones no se extiende de manera directa, aunque una vez aceptado el legado podría existir una responsabilidad subsidiaria, pues los responsables primarios son los herederos. En consecuencia, el legatario podría responder frente a quien reclama el cumplimiento de un contrato celebrado por el causante sobre bienes en los cuales se constituyó el legado, es decir donde se puede hacer exigible, esto en relación al principio general del derecho que establece que las cosas se transmiten con sus cargas.

- **Especie de sucesión de derechos y obligaciones.** Son negocios jurídicos entre vivos que, acontecen cuando un tercero adquiere sus derechos y acciones, sea a partir de un contrato de sesión o sucesión hereditaria, a partir de la figura de la subrogación legal, o convencional, también podría caber la adquisición de un derecho litigioso, por ejemplo, la compra de una letra de cambio.

2.1.3. EFECTOS RESPECTO A TERCEROS.

Se podría pensar que, en principio, al no suscribir por parte de terceros un contrato, no siendo sucesores, ni interviniendo de manera directa en éstos, los efectos de los contratos no podrían afectarlos, sin embargo, es posible que un contrato pueda vincular a terceras personas, pero, no por el hecho de ser una obligación jurídica, que haya surgido de un contrato legalmente celebrado entre las personas a las cuales le han sido alcanzados sus efectos aun no habiendo celebrado directamente ellos, sino porque existen las clases de contratos que veremos a continuación.

Existen dos clases de contratos que generan obligaciones a terceros, son conocidos como la estipulación por otro y promesa de un hecho ajeno; la primera hace alusión a lo dispuesto en el artículo 1465 “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona aunque no tenga derecho de representarla; pero solo esta persona podrá demandar lo estipulado y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita...” (Código Civil, 2016). Este apartado del Código Civil deja abierta la posibilidad para que una tercera persona sea sujeto dentro de una relación contractual sin previa notificación, a pesar de ello se requiere que todo lo actuado por la parte que contrato en favor al tercero sea ratificado, sin embargo, antes de la ratificación puede revocarse el contrato por la simple voluntad de las personas que intervinieron en él, por tanto, la ratificación suple la manifestación de la voluntad que no existió en un inicio, siendo que se consciente en la obligación desde el momento en que se ratifica, retrotrayéndose a los efectos de la obligación desde el momento en el que las partes inicialmente aceptaron.

El artículo 1466 “ Siempre que uno de los contratantes se compromete con una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse , hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, si no en virtud de su ratificación; y si ella no lo ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa ” (Código Civil, 2016), en congruencia con el primer artículo, existiendo, de este modo, la posibilidad de la ratificación, ésta es sumamente importante para que pueda surtir efectos el contrato o en su defecto en caso de no ser ratificado pueda responder por los daños y perjuicios sufridos el contratante que hizo la promesa, si se prescindiera de esta figura, se estaría atentando el principio de la autonomía de la voluntad contractual, pues se obligara a nombre de un tercero sin que se exprese la intención del tercero por obligarse.

Es así que, pueden darse situaciones en las que terceros se vean involucrados en contratos, en cuya celebración no han intervenido o suscrito dichos actos jurídicos, como en el caso de que en un contrato de arrendamiento el propietario del inmueble objeto de la obligación, la calidad de propietario que deviene de la celebración de una compraventa, siendo que el contrato de arrendamiento es adquirido por el anterior titular del bien inmueble, por tanto, da la posibilidad al actual propietario de desahuciar y por consiguiente obtener la terminación del contrato de arrendamiento entre el primer dueño y el arrendatario, o en su defecto, ratificar el arrendamiento y constituirse como el nuevo arrendador, es así, como un tercero independiente puede verse involucrado en un contrato a pesar de no haberlo celebrado.

Es importante dentro de este apartado analizar el principio de la relatividad contractual de la doctrina Peruana para complementar el estudio antes como la determinación o alcance o

aplicación de los efectos jurídicos que produce el contrato, en consideración que estos solo pueden afectar a las partes o a sus herederos, en consecuencia los contratos no tendrán un alcance absoluto sino solo relativo en consecuencia los que no son parte del contrato “terceros” están protegidos frente a los efectos que estos producen. (Torres Méndez, 2016).

Este principio nace de la raíz romana que se halla identificado con la fraseología “Res inter alios acta aliis nequencere potest” que significa “Las cosas otorgadas entre otros no pueden ni aprovechar ni perjudicar” posteriormente se le agrego el término tercero, es decir que las cosas no podrán beneficiar ni perjudicar a un tercero, por tanto, esta es la limitación a los efectos contractuales.

Hay que tomar en consideración el ejemplo utilizado por el autor Miguel Torres Méndez en su libro Fundamentos de la Nueva teoría del contrato m en donde utiliza personajes bíblicos para analizar un contrato muy antiguo cuyo antecedente se remonta a un contrato celebrado entre Moisés y Aarón que realizan un requerimiento para poder liberar a la población judía de su reino a el emperador Ramsés II mismo que manifiesta “No estoy obligado por vuestro contrato por cuanto no he sido parte de él, por tanto soy un tercero frente al mismo” aquí se pude verificar la relatividad de la aplicación del contrato y por tanto, los efectos directos que de este surjan lo asumen los contratantes inmediatamente al momento de su celebración, es importante establecer que pueden surgir efectos indirectos que nacen del efecto directo en consideración que las partes adquieren un status y que los demás o terceros deben respetarlos. (Torres Mendez, 2016).

Entonces el rey Ramsés II no estaba obligado a cumplir el contrato entre Dios y el pueblo de Israel representado por Moisés, pues a él no le repercutían directamente los efectos de este contrato. Desde una perspectiva se manifiesta que a nadie se le puede someter a la esclavitud el faraón debía liberarlos, por tanto, ahí si el faraón debía sumirse al mandato divino. Desde la perspectiva jurídica igualmente se hubiera resuelto porque no se le puede someter a nadie a la esclavitud; pero en este caso en concreto se analiza que el requerimiento que le hacen al faraón Ramsés II es de naturaleza contractual y piden que se cumpla el contrato, pero el al ser un tercero no le repercuten directamente los efectos directos que ha producido la celebración de este contrato ya que aquí existe la obligación de dar libertad.

Como en la antigüedad no existían la perspectiva de los derechos humanos los esclavos eran tratados a través de un régimen particular el de los bienes “res” por eso el faraón era su propietario o “domine” y podía hacer lo que desee con ellos, por eso el éxodo consiste en un debate entre el derecho a la libertad y el de la propiedad; para eso Moisés requiere al faraón para que le de la libertad a su pueblo amparado en la obligación divina que él asumió al celebrar un contrato con Dios. (Torres Mendez, 2016)

En conclusión, de conformidad desprende a los hechos narrados primero el derecho a la libertad por situaciones sobrenaturales, más aun jurídicamente no era sustentable desde una perspectiva patrimonial, por cuanto se le hizo un requerimiento jurídico a Ramsés de naturaleza contractual mas no humanista, por tanto, no era pertinente.

2.2. PRIMER EFECTO CONTRACTUAL EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES.

Como se ha indicado en el capítulo anterior, los contratos son la primera fuente de las obligaciones, por lo que, genera deberes y derechos entre las partes; esto resulta evidente en los contratos bilaterales, también en los bilaterales imperfectos o unilaterales⁹, en donde existen prestaciones correlativas, el Doctor Hernán Coello García indica: “... hasta en la donación típico caso de contrato bilateral imperfecto, el donante y el donatario contraen obligaciones correlativas de lo cual resulta que no es cierto que en estos contratos el donatario no contraiga obligación alguna” (Coello García, 2010, pág. 121) en efecto, se podría decir que en este caso puntual, el donatario adquiere la obligación de gratitud para con el donante.

El efecto de la relatividad del contrato, como regla general, los contratos producen efectos, como se ha visto, son los derechos y las obligaciones que del contrato surgen, estos producen efectos entre y para las partes, sin prevalerse ni menoscabar los derechos de terceros que no estuvieron presentes en la formación misma del contrato. Para entender el posterior análisis que se realizará sobre el alcance de los contratos, es preciso entender los conceptos jurídicos de partes y de terceros.

Por partes debe entenderse a las personas, sea por sí mismos o por interpuesta persona, acuden a la formación de un contrato, sobre quienes son partes el contrato produce enteramente sus efectos, pero no todos los que intervienen en un contrato pueden ser considerados como parte

⁹ Unilaterales, siempre existen dos partes en el contrato, sin embargo las contraprestaciones no son recíprocas.

de aquel, que puede darse el caso que, si bien están presentes durante su formación, estos no acuden a manifestar la voluntad, por lo que, tampoco contribuyen en la formación del mismo.

Por terceros, se los debe entender de forma residual, es decir, aquellos que no son parte, en concordancia, aquellos de los cuales se puede prescindir de la manifestación de la voluntad y aun así sin esta declaración de voluntad el contrato surge con plena validez, sin embargo, debemos precisar de qué terceros se trata.

No obstante, los terceros pueden así mismo ser absolutos y relativos, serán los primeros aquellos totalmente ajenos a la formación del contrato, no tienen ni tendrán interés alguno en el contrato, son ajenos a este y a las partes que lo conforman. Mientras que los relativos son aquellos que tienen o tendrán alguna relación o interés jurídico con las partes, sea porque así lo han decidido mediante su propia voluntad, o porque la ley así lo impone.

Es así, que un contrato que cumple con sus elementos constitutivos como los mencionamos anteriormente (capacidad de ejercicio, voluntad, objeto lícito y causa lícita) nacen a la vida jurídica y de manera inmediata vincula a los contratantes, entonces, surte efecto el artículo 1561 cuyo precepto indica: “Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Código Civil, 2016) es así como se genera una especie de seguridad jurídica para los contratantes que los vincula o une y esta se puede extender inclusive para sus sucesores, en forma colateral y para terceras personas, como prevenimos en apartados anteriores, en donde la responsabilidad puede vincular a los herederos para el cabal cumplimiento de la obligación.

El contrato al nacer de un acuerdo de voluntades vincula a los contratantes, es importante ahondar en la obra del Dr. Hernán Coello García, en donde puntualiza la importancia de diferenciar entre la obligación que surge de los contratos y la ley propiamente dicha, refiriéndose a que “la ley obliga a todos los habitantes de la Republica, con inclusión a los extranjeros”, es así que, si en primera instancia los contratos vinculan solo a las partes implicadas, la segunda apreciación es extensiva.

Continuando el análisis a este artículo, es fundamental ahondar el apartado que determina que un contrato no puede invalidarse sino por consentimiento mutuo de las partes o por causas legales; pues, si se presentara otra forma de invalidación no establecida en la normativa, el contrato dejaría simplemente ser ley para las partes, lo cual desvirtuaría la naturaleza jurídica del derecho privado.

En el primer enunciado se manifiesta, el consentimiento mutuo de las partes, al nacer el contrato de la voluntad libre de los contratantes, pueden consentir también en dejarlo sin efecto de recíproco acuerdo, mismo criterio que guarda concordancia con el principio de derecho privado las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen, valga como ejemplo, si dos sujetos deciden celebrar un contrato de prestación de servicios personales, pero no existe cuerdo entre ellos por la situación que fuere, si ambas partes llegaran al acuerdo de dar por termina aquel contrato legalmente celebrado, lo cual es plausible, conforme a la norma anteriormente estudiada; así también, es importante hacer hincapié, que si el contrato celebrado por alguno de los

suscriptores no hubiera generado efecto alguno, cabría la disolución del contrato, dejando las cosas como si nada hubiera ocurrido.

El apartado legal que posibilita esta disposición es el artículo 1583 del Código Civil que permite a las obligaciones extinguirse, ya sea en su totalidad o parcialmente, esto por la convención de las partes interesadas, que tengan la capacidad de disponer libremente lo suyo, nos referimos a la capacidad de ejercicio. Norma que no es absoluta, pues, ya se ha podido observar que los contratos bilaterales imperfectos se pueden terminar por la revocatoria del mandato ejecutada por el mandante, o por la renuncia del mandante, de conformidad al artículo 2067 numeral 3 y 4 del Código Civil ecuatoriano¹⁰.

Otra forma de dejar sin efecto los contratos es a partir de causas legales, para aclarar, podemos ejemplificar con la cláusula resolutoria tácita¹¹, aplicable a los contratos bilaterales perfectos que en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado, se puede pedir la resolución que volverá las cosas al estado anterior, o, el cumplimiento del contrato que podrá estar acompañado del pago de daños y perjuicios mismos que serán cuantificados al arbitrio del cumplidor, para lo cual, el artículo 1561 y 1562 del Código Civil le permite optar una de estas dos opciones premiando su buen actuar; ya que cualquiera de los obligados puede incumplir el contrato; además es importante manifestar que los contratos unilaterales (bilaterales imperfectos) simplemente permiten la revocatoria y terminación. Existe una situación especial con la cláusula

¹⁰ TERMINACION DEL MANDATO: El mandato termina:

3.- Por la revocación del mandante

4.- Por la renuncia del mandatario

¹¹ Artículo 1505 del Código Civil Ecuatoriano: *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

resolutoria expresa, pues el código nada menciona sobre ésta, y serviría para señalar específicamente cuando se ha incumplido el contrato.

Al analizar el incumplimiento contractual es fundamental ahondar en el principio contractual que indica que la mora purga la mora, la mora es la demora en el cumplimiento de la obligación, tardanza, dilación o retraso, prescrito en el artículo 1568 cuyo contenido manifiesta “ En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está 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 o tiempo debidos” (Código Civil, 2016) ;es decir, si ninguno de los dos contratantes está honrando la obligación pactada no podrán interponer ninguna sanción para la otra parte.

Para aclarar este último apartado propondremos un ejemplo, una persona compra una casa en 120,000 dólares, pero solicita algunas modificaciones y arreglos a este inmueble que ayudarán a sumar al valor pactado de la casa USD \$18,000 dólares al ser extras que no contaban en el contrato principal, además existió una cláusula penal valorada en USD \$5,000 pero no existe el cumplimiento de este contrato por parte del vendedor que no ha culminado las obras para la fecha requerida. Entonces fechas posteriores se le conmina al señor comprador a una notaría de la ciudad para solicitar el cumplimiento del contrato y se pretende declararlo incumplidor, en vista que no se han cancelado los USD \$ 18,000 dólares inclusive se buscaba ejecutar la cláusula penal por USD \$5,000 ; con este antecedente y conforme desprende de la norma él comprador tiene dos opciones, alegar que la obligación no ha sido cumplida por ninguna de las partes ni en forma ni tiempo, porque el vendedor debió transferir la casa a tiempo y hay que considerar que se debió celebrar un contrato accesorio al principal con relación al principal para el pago de los USD

\$18,000; y por tanto la mora purga la mora y no es accionable por ninguna de las dos partes; una segunda opción sería que él comprador se acerque a la notaria con los cheques o dinero efectivo para cumplir en su totalidad la obligación y en tal caso la mora solo devendría del vendedor al no haber transferido la obligación en tiempo y forma debida, pudiendo el comprador pedir el cumplimiento de esta más daños y perjuicios o la resolución del contrato.

Es importante mencionar a la mora deudor, o mora por parte del deudor que asimilamos falsamente que se genera simplemente al no cumplir la obligación, pero no es así, ya que esta puede no haber sido cumplido a tiempo, o haber sido cumplida parcialmente o siendo cumplida en su totalidad se entrega tarde. El Código Civil ecuatoriano es preciso en cuanto a la disposición del artículo 1567 misma que prevé tres circunstancias:

2.2.1. CUANDO NO HA CUMPLIDO LA OBLIGACIÓN DENTRO DEL TÉRMINO ESTIPULADO, SALVO QUE LA LEY EN CASOS ESPECIALES, REQUIERA QUE SE LE EXIJA AL DEUDOR PARA CONSTITUIRLE EN MORA.

Existen obligaciones sujetas a plazo, o un periodo de tiempo exigible, por ejemplo, si Jeny tiene que cumplir con una obligación en fecha 4 de octubre 2018, el día 5 de octubre a las 00h0 es decir al siguiente día esa obligación ya es exigible, además solo la llegada del plazo implica la mora por el deudor.

2.2.2. CUANDO NO HA PODIDO SER DADA O EJECUTADA DENTRO DE CIERTO ESPACIO DE TIEMPO Y EL DEUDOR, Y EL DEUDOR LO HA DEJADO PASAR SIN DARLA O EJECUTARLA.

Eso implica que el contrato debe ser cumplido en fecha, hora y lugar establecido, por tanto, si esta no ha podido ser dada o ejecutada dentro de cierto tiempo y espacio si es que no habiendo sido pactado ningún tiempo ni espacio en específico el deudor ha gozado de una cantidad de tiempo considerable para cumplir la obligación no lo hace.

2.2.3. EN LOS DEMÁS CASOS, CUANDO EL DEUDOR HA SIDO RECONVENIDO JUDICIALMENTE POR EL DEUDOR.

Si reconvenimos al deudor el tiempo será cuando era exigible la obligación, pero si se desconoce el tiempo o momento será exigible desde que se admite la demanda a trámite; es importante saber que solo cuando se halle constituido en mora puedo accionar con éxito una resolución más el perjuicio generado por el incumplidor.

2.2.4. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

La fuerza mayor y el caso fortuito pueden eximir del cumplimiento de la obligación, pero hay una excepción, si se halla constituida en mora y ocurren alguna de las causas eximentes igual deberá responder de conformidad con el artículo 1563, por ejemplo, Antonio celebro un contrato de compra venta de una televisión, mismo que debía ser entregado el 5 de octubre del 2018 no lo hace, pero quiere entregar el objeto materia del contrato que deberá ser perfeccionado con la entrega el día 8 de octubre del 2018, es evidente que se encuentra en mora y cuando se acerca casa del comprador ocurre un deslave que le imposibilita llegar, él no podría alegar como eximente esta

situación porque ya estaba en mora al haber transcurrido un tiempo mayor al pactado por tanto deberá responder por los daños y perjuicios generados si es que contratante exige el cumplimiento, pero si esto hubiera ocurrido es eximente para constitución en mora de la obligación.

Es trascendental diferenciar estos términos, pues, el Código Civil ecuatoriano en su artículo 30 manifiesta “ Se debe entender como fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible desasistir como un naufragio, terremoto el apresamiento de enemigos los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” el código los trata como sinónimos, pero la fuerza mayor en latín vis mayor deberá ser entendida como un hecho de la naturaleza que no se puede evitar por ejemplo un deslave, terremoto, temblor, tsunami, etc. mientras tanto el caso fortuito es un suceso que no era previsible a pesar de utilizar la diligencia debida, pero de poderse habido evitar se hubiera evitado, por ejemplo un choque, una lesión, etc.

Pero para que el deudor se exima de la responsabilidad que se pudo generar deberá cumplir esta regla:

- Deberá ser un hecho imprevisto
- Que haya sido imposible para el deudor evitar

Una vez analizado el primer efecto de los contratos en la legislación ecuatoriana, es importante el antecedente brindado por Argentina en donde este efecto recibe el nombre de “Fuerza obligatoria del contrato”¹², que para la concepción liberal es la fuerza obligatoria en la que se

¹² La regla se edifica a partir del principio de auto responsabilidad, asignándoles de este modo estabilidad al vínculo contractual, construyendo el valor seguridad.

- I. Los contratantes deben atenderse a lo contratado.
- II. La convenciones tienen preminencia a las normas supletorias de la ley e, incluso, a las dictadas con posterioridad (Aparicio, pág. 102)
- III. Los jueces deben respetar y hacer cumplir las disposiciones contractuales, interpretarlas y decidir sobre su alcance.

interponía entre el juez y las partes, este se halla vinculado a este como lo estaría la ley, si es que la voluntad de las partes ha sido claramente manifestada; el juez no podría dejar de aplicar las reglas de la autonomía¹³ aun cuando contraríen la equidad por el solo hecho de haber sido pactadas voluntaria y libremente; no podrían ser modificadas por quien debe asumir la condición de servidor respetuoso del contrato, el mismo que deberá interpretar este contrato desde la voluntad real y común de las partes, se le estaba completamente vedado sustituirla por su concepción de justicia, este criterio nos hace deducir que a pesar de lo que se hallaba estipulado en el contrato este debía ser cumplido, sin tomar en consideración la interpretación ni criterio del juzgador.

Se establecía que esta fuerza obligatoria, derivaba de la libertad que alcanzaba en el marco de la contratación, por la autonomía de la vida privada y su actividad productiva, porque las partes acuerdan voluntaria y libremente las reglas que regirán transformándose en una especie de legisladores dentro su esfera contractual, es cierto que el Estado tanto Argentino como Ecuatoriano garantiza el ejercicio de la libertad contractual y de la libertad de contratar , por tanto son completamente libres de seleccionar al otro contratante, de concluir el contrato y suministrar su contenido, porque se asume que las partes se encontraban en igualdad y concertaron libremente.

Existe otra tesis que sostiene el derecho positivo argentino, en donde la fuerza obligatoria del contrato deviene de un poder superior la que autorizara a crear a una norma inferior, y por tanto

¹³La manifestación del principio de libertad y autonomía de los sujetos es hallada en la regla de la libertad que estos tienen para escoger la formalidad con la cual revestirán sus actos. (Fernando J. López Zavalia, Teoría de los contratos, 1971, parte general, pp.80-82.)

acá las consecuencias que deriven de esta no devienen de la voluntad de las partes o de una de ellas sino de una norma jerárquicamente superior.

Es significativo habiendo analizado estas dos corrientes decir que, la concepción liberal es muy utópica en cuanto establece que las partes que han contratado en condiciones de igualdad y libertad, pues cada contrato nace en su mayoría de la figuración interna de una parte y así la otra parte que podría considerarse débil solo deberá contratar o no sobre ese esquema predispuesto, sin embargo, es fundamental proteger de manera subjetiva los derechos contractuales con instrumentos útiles al servicio del desarrollo social, pero tomando en consideración el derecho objetivo dentro del marco de la justicia contractual.

Otra forma de dejar sin efecto el contrato que manda el Código Civil es cuando existe nulidad relativa y por tanto se produce la rescisión, el artículo 1967 manifiesta “Es nulo todo acto o contrato a que falta uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. La nulidad relativa puede ser subsanada o en su defecto producir la rescisión del contrato, las causas que pueden generarla son los vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, lesión, actos celebrados por los relativamente incapaces de ejercicio como lo son menores adultos o los que deben actuar mediante representación, incapacidades especiales es cuando la norma funge como prohibitiva, estas inhabilidades caben para algunas personas en casos en concreto por ejemplo el artículo 2018 del Código Civil prohíbe a los cónyuges celebrar contratos entre si salvo el mandato o capitulaciones matrimoniales, y la omisión de formalidades habilitantes.

La Nulidad Absoluta es aquel acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de la reparación y consecuencias que el ilícito dañoso puede causar (Cabanelas de Torres, 2005) también puede dejar sin efecto un contrato, y no permite gradación porque cuando esta se produce genera la inexistencia del contrato, es así que la existencia de un objeto ilícito o falta de este, cuando es contrario a las leyes y buenas costumbres o cuando su fin sea ilícito, cuando haya sido celebrado por una persona absolutamente incapaz¹⁴, exista causa ilícita, omisión de formalidades exigidas dependiendo la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra, falta de consentimiento o voluntad para que la persona se pueda obligar de conformidad al artículo 1461. (Código Civil, 2016)

Estas son las cuatro situaciones que podrían dejar sin efecto o invalidar un contrato previstas dentro del Código Civil ecuatoriano que son: cuando existe mutuo acuerdo entre las partes (resolución), la falta de cumplimiento del contrato (resolución), la nulidad relativa (Rescisión) nulidad absoluta (Inexistencia).

2.3. SEGUNDO EFECTO EL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL.

La buena fe, un principio rector en materia contractual, consagrado en nuestro Código Civil, que los contratos deben ejecutarse de buena fe, parte del código francés, que tiene aspectos

¹⁴ **Art. 1463.-** (Reformado por la Disposición Reformatoria 11 de la Ley s/n, R.O. 796-S, 25-IX-2012).- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. 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. (Código Civil, 2016)

que vinculan directamente con fuentes romanas, esta es reconocida como la virtualidad de obligar a los contratantes a comportarse con probidad y lealtad, en consecuencia, obliga a las partes a tener un comportamiento honesto, la buena fe es útil para calibrar las expectativas que el comportamiento de un contratante genera en el otro. (Pizarro Wilson, 2012), es un principio rector del comportamiento de los sujetos que intervienen en la celebración de un contrato y será la pauta de interpretación desde su celebración hasta la ejecución del vínculo convencional de modo que se cumpla con lo expresamente acordado y además lo que las partes de forma implícita y creíble pudieron entender o entendieron.

Se encuentra consagrado en el artículo 1562 del Código Civil Ecuatoriano “ Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por ley o la costumbre, pertenecen a ella ” (Código Civil, 2016). En esta disposición se alude a que las partes aceptaron a partir de un principio de equidad y por tanto las buenas costumbres y la ley también forman parte de la celebración de este aunque no se exprese, eso quiere decir que se entenderán intrínsecamente incorporadas cláusulas previstas por la ley, tomaremos el ejemplo del Doctor Hernán Coello García que indica, cuando se celebra una compra venta se dan por entendidas las obligaciones del vendedor y del comprador ya que la ley se encarga de establecerlas , bastando solo pocas líneas para que el contrato se entienda debidamente concluido; así evita entrar en demasiados detalles y que el contrato se vuelva confuso y contradictorio, además va de la mano con el principio contractual “Ignorantia Legit non excusant ” que permite incorporar la legislación vigente a los contratos. Consecuentemente el artículo 1460 numeral 18, y el artículo 7 en donde se encuentra los elementos que se hallaran incorporados al contrato sin que sea necesario cláusulas

especiales. Pero queda al arbitrio de los contratantes establecer cláusulas como la condición resolutoria tácita, cláusula penal, entre otros en caso de no cumplir con lo pactado sirve como un especie de blindaje para los contratantes; al hablar de la compraventa el artículo 1777 manda a que se incorpore inmediatamente el saneamiento por evicción, por ejemplo, Verónica vende una cosa misma que puede tener vicios ocultos que aplicando la norma anterior puede permitir rescindir el contrato o reducir el precio del objeto, hay que aclarar que puede entenderse que se lesionan los derechos del comprador cuando el objeto no sirve, o sirve imperfectamente; en consecuencia en el contrato no consta que debe responder por los vicios del objeto, pero si lo prevé la norma y por tanto viene incorporada a la naturaleza del contrato.

Muchos autores consideran que el objetivo esencial de un contrato es su cumplimiento; que consiste en entregar, ejecutar o abstenerse aquello que se comprometió el deudor para con el acreedor, es por eso que la buena fe cumple un papel esencial en la ejecución de los contratos, va más allá incluso nuestro Código Civil al establecer que no solo deben cumplirse de buena fe, sino que se obligan a aquello que emana de la naturaleza de la obligación.

Al analizar este principio a la luz de la normativa argentina podemos verificar que de conformidad al artículo 1198 que manifiesta “Los contratos deben interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”, lo cual debe ser aplicada inclusive en materia administrativa; se fijara la participación de los intervinientes de acuerdo a la relación, celebración y ejecución del vínculo convencional.

De la mano con la autonomía contractual, tiene que ver la libertad contractual y sus limitaciones, además es el pilar del sistema contractual, si bien la legislación argentina no regula la autonomía de la voluntad, pero el Código Civil argentino nutre esta ausencia a partir del artículo 944 que habla sobre actos jurídicos, voluntarios, lícitos cuyo fin es establecer entre las personas relaciones jurídicas que crean, modifican, transfieren, conservan y aniquilan derechos, por tanto la autonomía contractual va de la mano con el artículo 190 . (Aparicio).

En consecuencia, nadie incorpora como cláusula de un contrato que se deba responder por un vicio, más por el principio de buena fe el código dice como debe acontecer.

2.4. TERCER EFECTO EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Cuando no se cumple un contrato se deberá responder ya sea dejando sin efecto o pagando los daños o perjuicios, por tanto, este efecto nos da la posibilidad que el contrato pueda ser otorgado en favor de uno de los contratantes o en pro de generar un beneficio reciproco, pero estableciendo el grado de responsabilidad que puede nacer del incumplimiento.

Es fundamental hablar de los tipos de culpas que puede adjudicare al deudor, establecidos en el artículo 1563 clasifica tres clases de responsabilidad civil la grave, leve y levísima, el código lo vuelve operativo pues puede calzar en cualquiera de estas, sin embargo, el deudor podrá ser responsable de culpa lata solo en los contratos en que solo se beneficie al acreedor, es decir que solo le genere un provecho mayor al que desea adquirir o recibir cierta prestación y se le

perjudique; la culpa leve cabe cuando beneficia a las partes por igual, y levísima cuando el deudor es al único que le reportaría beneficio.

Como ya mencionamos en líneas anteriores no se constituye responsabilidad cuando existe caso fortuito o fuerza mayor por medio, siempre y cuando no se encuentren constituidos en mora, pues en caso de ser así, si ambas partes están en mora se aplicara el principio contractual “La mora purga la mora”, empero, si una parte está constituida en mora y sufre alguno de estos eximentes no le permitirá excusarse.

El debido cuidado debe estar acompañado de la prueba que demostrará que ese empleo este, pero este será probado por quien debió aplicarlo, completamente distinto a la prueba en el caso fortuito y la fuerza mayor que la carga de la prueba recae en quien la alega.

No hay que confundir las clases de responsabilidad civil pero es fundamental establecer cuales con las especies de culpa previstas en el Código Civil ecuatoriano precisamente el artículo 29 establece que existen tres clases de culpa o descuido, la primera conocida como culpa grave, culpa lata, negligencia grave, es aquella que las personas más descuidadas o como dice el código negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, se dice que esta culpa a acompañada de dolo, mismo que se debe entender como la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro, si se entiende la culpa civil es diferente a la culpa penal; en consecuencia esta clase de culpa es la que con más rigor se sanciona; posterior tenemos la culpa leve y es aquella falta de diligencia o cuidado que las personas utilizan en sus negocios propios, no se deja de lado el rezago romanista del “diligentitimus pater familias” que debe obrar, es la diligencia con la que obramos las personas normalmente adecuada a las conductas sociales, y

finalmente tenemos la culpa levísima opuesta completamente a la diligencia de cuidado, es cuando la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes. El juzgador analizara todos los elementos que la conforman dejando a su discrecionalidad establecer el grado de culpa (Garcia Falconi, 2018).

A pesar de lo antes analizado es posible que la parte sancione toda clase de culpa conforme desprenda la estipulación de las partes, por ejemplo el deudor pueda ser responsable de todas las culpas hasta la levísima, a pesar que la norma diga que solo responde por la culpa lata, pero en derecho privado se deja abierta una brecha para que las partes puedan modificar su contenido en base al principio del derecho privado “todo lo que no se encuentra prohibido se entiende permitido”.

Como un paréntesis en lo referente al artículo 1563 la culpa contractual deriva de no cumplir la obligación oportunamente o cumplirla tardíamente o indebidamente; a priori parece calzar solo con los contratos, pero también permite que los cuasidelitos, cuando se hallan encargados de la administración de bienes u objetos de terceros, por ejemplo, tutores, guardadores, patria potestad; en contraposición tenemos la culpa delictual, misma que hace nacer un vínculo inexistente en un principio por el cual deberá responder, ya que en materia contractual el vínculo es anterior, pero en ambos casos el sujeto que lesione este vínculo en mención deberá responder por los daños y perjuicios generados. La culpa deberá probarse cuando es contractual a partir de los términos estipulados, dentro de los términos, con la diligencia y cuidado debido, pues, si el deudor incumple se le entenderá responsable, de conformidad con el artículo 1563 en su inciso tercero “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del

caso fortuito, al que lo alega”; en consideración a esta disposición para ejemplificar si una persona no cumplió la obligación de entregar el vehículo a otra, o lo hizo tardíamente, o simplemente no lo hizo, deberá demostrar y probar porque motivos no cumplió ya que fue su obligación hacerlo procediendo mediante la diligencia debida. En los cuasidelitos la norma es diferente porque la presunción de inocencia, amparada en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución establece que se presumirá la inocencia de una persona mientras no se pruebe lo contrario mediante sentencia judicial en firme. Por tanto, se debe justificar primero la culpa del deudor para requerirle al pago de perjuicios posteriormente.

Si analizamos los efectos de la mora del acreedor no se encuentran regulados en nuestro código pero podemos acapararlos en relación a los efectos que produce la mora del deudor, de igual manera el acreedor queda obligado al pago de los daños y perjuicios que genere esta evidentemente en caso de pérdida de la cosa que se encuentre a su cargo, correrá por cuenta suya, salvo que la perdida sea por culpa o dolo del deudor; el tratadista Arturo Alessandri y Manuel Somarriva exteriorizan “El deudor se descarga del cuidado ordinario de la cosa y solo responderá de culpa grave o dolo; ya no responde de culpas leve y levísima”, por tanto el riesgo de la cosa siempre es parte del acreedor excepto si el deudor está en mora como se mencionó en líneas anteriores.

Los requisitos de la mora para que se constituyan como tal, primero se debe haber un retardo en el cumplimiento de la obligación, segundo este retardo debe ser imputable al deudor y tercero que el acreedor interpele al deudor.

El retardo en el cumplimiento de la obligación, quiere decir que el deudor no debe cumplir con la obligación en la época o tiempo que esta era exigible en consecuencia se debe diferir en su cumplimiento para una época posterior, esto sumado a la imputabilidad del retardo al deudor, así como la exigencia del acreedor en el cumplimiento de la obligación porque el simple retardo no constituye mora. El Código Civil ecuatoriano manda en su artículo 1567 numerales 1 y 2 “El deudor está en mora: Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; y 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” continuando con este análisis el segundo requisito es que el retardo debe ser imputable al deudor, en consecuencia existirá culpa o dolo suyo al no haber cumplido oportunamente con su obligación, es importante hacer hincapié a lo manifestado por el catedrático Jorge Morales que afirma al definir a la mora: “Definiremos a la mora como el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, ya que el simple retardo no culpable no tiene trascendencia jurídica”, finalmente el tercer requisito se refiere a la interpelación¹⁵ que debe hacer el acreedor al deudor para exigirle el cumplimiento de la obligación, ya que no es suficiente con el simple retardo, o atrasos por motivos que le son atribuibles al deudor; de tal manera que el acreedor deba exigir el cumplimiento de la obligación para que el deudor sepa de su incumplimiento y en consecuencia lo pueda cumplir. (Código Civil, 2016).

Las clases de interpelación en nuestro ordenamiento jurídico las podemos encontrar en el artículo 1567; en donde constan La interpelación contractual y la interpelación extracontractual,

¹⁵ René Abeliuk define el termino interpelar de la siguiente manera: “La interpelación es el acto por el cual el acreedor hace saber a su deudor que considera que hay retardo en el cumplimiento, y que éste le está ocasionando perjuicios; por la interpelación el acreedor requiere a su deudor, manifestándole que hay incumplimiento”.

la primera es la que se deriva de un contrato y puede ser expresa es aquella que se ha establecido o se ha pactado dentro de un contrato y tacita dice el tratadista René Abeliuk “Se dice que la interpelación es contractual tácita porque hay un verdadero plazo no expresado, pero que se desprende de la forma como las partes han convenido el cumplimiento, de manera que este solo le es útil al acreedor en determinada oportunidad y no en otra” es decir acá no existe una verdadera manifestación de la voluntad. Y finalmente la interpelación extracontractual se denomina también interpelación judicial, porque no nace de un contrato sino de una acción propuesta por el acreedor en contra del deudor para exigir el cumplimiento de la obligación; esta nace de un acto posterior del acreedor, por el cual manifiesta a su deudor que su inejecución le perjudica, en consecuencia la interpelación extracontractual será propuesta por el acreedor, cuando no sea posible la interpelación contractual, en consecuencia el deudor se encuentra en mora cuando ha sido reconvenido judicialmente, es importante hablar de los efectos de la citación ya que esta le hará constituir al deudor en mora en consideración que solo se vuelve exigible desde la interpelación judicial pues antes solo hará simple retardo, en cuanto la citación es fundamental para que se constituya en retardo. (Código Civil, 2016)

CONCLUSIONES. –

Los efectos de los contratos frente a las partes celebrantes, frente a terceros son los siguientes, en donde los efectos de los contratos se producen entre las partes contratantes es decir cuando una persona ejecute a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado en el mismo, por tanto no es necesario que las partes hayan contratado necesariamente, sino simplemente debe estar facultada por la ley, ya sea el padre, la madre, el tutor, curador, etc. Con respecto a los sucesores de las partes cuando una persona va a reemplazar, ocupar, el lugar de otra, es así que quienes únicamente podrán ser alcanzados por estos efectos de los contratos son los herederos y sucesores universales, pero también podrían existir quienes de manera indirecta podrían verse perjudicados; cuando existe una especie de sucesión de derechos y obligaciones, son negocios jurídicos entre vivos que, suceden cuando un tercero adquiere sus derechos y acciones ya sea a partir de un contrato de sesión o sucesión hereditaria, a partir de la figura de la subrogación legal, o convencional , también podría haber la adquisición de un derecho litigioso. Con respecto a terceros que pueden verse vinculados a un contrato, pero no por el hecho de ser una obligación jurídica que todos tenemos para respetar los contratos legalmente celebrados. Existen dos clases de contratos que generan obligaciones a terceros conocidas como la estipulación por otro y promesa de un hecho ajeno.

El primer efecto contractual “el contrato es ley para las partes” una vez que nace a la vida jurídica un contrato actúa de manera inmediata vincula a los contratantes, entonces surte efecto el artículo 1561 que manifiesta “ Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y

no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Código Civil, 2016) es así como se genera una especie de seguridad jurídica para los contratantes que los vincula o une y esta se puede extender inclusive para sus sucesores, por tanto el contrato no puede invalidarse sino por “consentimiento mutuo de las partes ” o por “ causas legales” ; pues si se presentara otra forma de invalidación no establecida en la normativa, el contrato dejaría simplemente ser “ley para las partes”, lo cual desvirtuaría la naturaleza jurídica del derecho privado.

El “consentimiento mutuo de las partes” significa que al nacer el contrato de la voluntad libre de los contratantes, pueden consentir también en dejarlo sin efecto de recíproco acuerdo, mismo criterio que guarda concordancia con el principio de derecho privado “ las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen”, otra forma de dejar sin efecto los contratos es a partir de causas legales como cuando existe nulidad relativa que puede ser subsanada o en su defecto producir la rescisión del contrato, las causas que pueden generarla son los vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, lesión, actos celebrados por los relativamente incapaces de ejercicio como lo son menores adultos o los que deben actuar mediante representación, incapacidades especiales es cuando la norma funge como prohibitiva. La Nulidad Absoluta es otra forma de invalidar un contrato y se fundamenta cuando el acto carece de todo valor jurídico, con excepción de la reparación y consecuencias que el ilícito dañoso puede causar, se genera por la existencia de un objeto ilícito o falta de este, cuando es contrario a las leyes y buenas costumbres o cuando su fin sea ilícito, cuando haya sido celebrado por una persona absolutamente incapaz, exista causa ilícita, omisión de formalidades exigidas dependiendo la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra, falta de consentimiento o voluntad.

Estas son las cuatro situaciones que podrían dejar sin efecto o invalidar un contrato previstas dentro del Código Civil ecuatoriano que son: cuando existe mutuo acuerdo entre las partes (resolución), la falta de cumplimiento del contrato (resolución), la nulidad relativa (Rescisión) nulidad absoluta (Inexistencia).

El segundo efecto contractual “Los contratos deben ejecutarse de buena fe” se encuentra consagrado en el artículo 2562 del Código Civil ecuatoriano alude a que las parte aceptaron a partir de un principio de equidad y por tanto las buenas costumbres y de conformidad a la ley por tanto forman parte de la celebración de este, aunque no se exprese, eso quiere decir que se entenderán intrínsecamente incorporadas clausulas previstas por la ley.

El tercer efecto “Principio de responsabilidad contractual” manifiesta que cuando no se cumple un contrato se deberá responder ya sea dejando sin efecto o pagando los daños o perjuicios, por tanto, este efecto nos da la posibilidad que el contrato pueda ser otorgado en favor de uno de los contratantes o en pro de generar un beneficio reciproco, pero estableciendo el grado de responsabilidad que puede nacer del incumplimiento.

CAPITULO III

3. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO PARA INVALIDAR UN CONTRATO

3.1. GENERALIDADES. -

Es trascendental realizar un esbozo del tema a tratar, partiendo de la definición misma de Acción de Protección, entendida como una Garantía Jurisdiccional que permite la defensa de los derechos constitucionales, estructurados por la norma procesal y ejecutados por órganos jurisdiccionales. Esta garantía constitucional tiene origen en la norma suprema. Busca asegurar la defensa de grupos e individuos, para que puedan hacerse efectivos los derechos previstos por su norma. Es importante recalcar lo que establece Cueva Carrión (2014) sobre la Acción de Protección: “Es la protección practica y concreta que se dispensa a los derechos del hombre, de modo que la inexistencia o fracaso de una garantía no significa la negación de un derecho, sino si inaplicabilidad positiva por la inexistencia de aquella”. Por ello, como se planteó en el tema central de este trabajo, si no existe un derecho real para tutelar o es inexistente, se podría aplicar mal una Garantía Jurisdiccional.

La garantía jurisdiccional de la Acción de Protección analizada etimológicamente proviene del latín “protectio-ionis”, término que hace alusión a la protección o defensa de conformidad con el diccionario de la Lengua Española. El verbo proteger es una acción o un conjunto de ellas, y el sustantivo de acción es el efecto de proteger.

El diccionario Jurídico Cabanellas define protección como Amparo favorecimiento: “defensa a favor de un famoso o influyente, dispensa a menesterosos o perseguidos, procurándoles

lo que necesitan, o librándolos de lo que los amenaza”. Por tanto, la Acción de Protección hace referencia al amparo en favor de alguien que recurre al órgano de la justicia para pedir auxilio y respaldo ante la vulneración o posible lesión de derechos previstos.

El artículo 88 de la constitución ecuatoriana manifiesta

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la constitución , y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial ;contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta , si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación ”. (Constitución, 2018).

Entonces, diremos que el objetivo de la Acción de Protección es garantizar de forma directa y eficaz los derechos previstos en los cuerpos normativos internos, además tratados internacionales, a través de derechos conexos cuando existan vulneración de los mismos, tanto por la acción u omisión de la autoridad pública no judicial, por políticas públicas, o por personas particulares.

El estado garantiza el respeto a los derechos de las autoridades públicas, y también precautela el bienestar de los particulares como lo son personas naturales y jurídicas, ya que estas

usando su poderío social, económico, o político podrían vulnerar derechos de los más necesitados que se hallan en subordinación.

El tratadista Luis Cueva Carrión manifiesta que la Acción Ordinaria de protección es el poder de quien carece de poder, por tanto, busca equiparar la situación social entre las partes, evitando la violación constante derechos y garantizando la tutela judicial efectiva.

3.2. CARACTERÍSTICAS. –

Cada una de las garantías constitucionales tienen sus propias características, que les permiten tener su conveniente identidad. La Acción de Protección es una acción procesal pública y tutelar, universal, informal, inmediata, directa, intercultural, no subsidiaria, oral, y sumaria. Este trámite se basa en el principio de celeridad y preferencia; es importante analizar cómo se encuentran dispuestas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.2.1. ACCIÓN PROCESAL PÚBLICA TUTELAR.

El Estado ecuatoriano garantiza el goce efectivo de los derechos, no solamente el derecho de forma abstracta, en donde el derecho positivo no tendría razón de ser. Esto se encuentra validado en el artículo 3 de la Constitución ecuatoriana que establece como deberes primordiales del Estado, la no discriminación de los derechos establecidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales. En este acápite se hace referencia principalmente a la seguridad social, alimentación, educación, agua de sus habitantes.

El derecho de acción y la acción procesal se diferencian por que el primero es de carácter general, universal y abstracto, en donde el Estado brinda en favor de sus habitantes en forma natural. Este derecho depende de la Constitución y de los Tratados Internacionales, para que pueden ser auxiliados jurídicamente. La acción procesal es un concepto concreto y particular. Hace alusión al derecho subjetivo que ejerce cada sujeto, es decir individual; en donde presiona al órgano jurisdiccional para que responda a partir del reconocimiento, resarcimiento o la ejecución de sus derechos.

3.2.2. ES UNA ACCIÓN UNIVERSAL.

El objeto de la Acción de Protección es proteger derechos constitucionales de todos los habitantes que, por acción u omisión de la autoridad pública, persona jurídica o natural, pueda vulnerar o haya vulnerado un derecho fundamental.

En principio, la Acción de Protección es universal, aunque el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana restringe este recurso a actos u omisiones de la autoridad pública, excepto de la autoridad judicial, es decir, no cabe en contra de los jueces.

En principio, la Carta Magna parece restringir el alcance del término “UNIVERSAL” porque el artículo 88 solo prevé la aplicación de normas constitucionales, mas no los tratados internacionales. A pesar de ello, haciendo una interpretación de acuerdo al artículo 427 que aplica en caso de duda lo más favorable a la vigencia de los derechos, y que más respete la voluntad del constituyente, y analizando en armonía con el artículo 11 numeral cuatro: implica que ninguna norma jurídica podría restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Además el numeral seis del mismo artículo expone que: todos los principios y derechos son irrenunciables, inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; por tanto nadie podría restringir la aplicación de las garantías jurisdiccionales, mismos derechos que podrían nacer de la constitución. También los derechos conexos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los Instrumentos Internacionales y los derivados de la dignidad de la personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. (Cueva Carrion , Acción Ordinaria de Protección, 2011).

3.2.3. ES UNA ACCIÓN INFORMAL. –

Su naturaleza de carácter sumario, inmediato, y de la mano con la celeridad la vuelven informal, en vista a lo que dispone el artículo 43 las Garantías Jurisdiccionales en cuanto el ejercicio para la tutela de derechos no requerirá de formalidad alguna (Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de transición, 2010).

Es verdad que los términos establecidos en el Código General de Procesos son muy extensos, y tampoco son respetados por los Órganos Administradores de Justicia en consideración a la alta carga procesal que mantienen. Por tanto, se busca que la Acción de Protección sea inmediata, y se pueda presentar de manera verbal, escrita, o de cualquier otra forma. Tampoco se requiere el patrocinio de un abogado, ni citar la norma infringida conforme desprende del artículo 86 de la Constitución literal c.

3.2.4. PREFERENCIA PROCESAL

En la sustanciación se tramita primero la Acción de Protección, pues es lo más importante dentro del órgano de justicia, por lo cual no se pueden dar dilaciones innecesarias o no permitir su aplicación inmediata a través de formalidades. Sin embargo, el habeas corpus se sustanciaría de manera prioritaria si tuviéramos que preponderar entre las dos acciones.

3.2.5. LA ACCIÓN ORDINARIA DE PROTECCIÓN NO ES SUBSIDIARIA.

Esta acción no requiere sustanciarse o agotar todos los mecanismos previstos por la justicia ordinaria para proponerse, se regula a partir del artículo 43 numeral 3: “No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en remplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismos transitorio para evitar el perjuicio irremediable” (Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de transición, 2010).

En conformidad a esta norma se generan tres presupuestos:

- No debe dificultar el ejercicio de la Justicia Ordinaria porque estas se tramitan de conformidad a la normativa adjetiva común.
- La Acción de Protección y la justicia ordinaria tiene sentidos y campos de acción distintos, por tanto son independientes y no pueden ser sustituidas por alguna de ellas. La Acción

de Protección no ejerce injerencia alguna sobre ellas, pero no es absoluto podría existir una excepción.

- La excepción se encuentra en su último inciso, que se utiliza para evitar un perjuicio irremediable. Quiere decir que de existir este posible detrimento imposible de reparar, remediar o corregir, se puede iniciar la Acción Constitucional ordinaria para evitar los perjuicios o consecuencias negativas, que nacen de esperar que la justicia ordinaria lo sustancie. (Cueva Carrion , Derecho Constitucional, 2014).

3.2.6. FORMA DE DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Esta forma nace sin ningún procedimiento complejo, ni entramado para que pueda ser planteado por cualquier ciudadano. Es breve, sencillo, rápido y sumario, por tanto, prohíbe incidentar y la inhibición del Juzgador.

3.2.7. ACTÚA DE MANERA PREVENTIVA O REPARADORA DE DERECHOS.

Dependiendo de la situación que se intente subsanar, esta acción puede prevenir o reparar la vulneración de un derecho, ya que va en relación con el tiempo, si se desea evitar que se vulnere un derecho, por obvias razones es preventiva. Pero si ya han sido vulnerados, buscaremos la reparación integral.

El juez constitucional deberá dictar sentencia, declarando la vulneración del derecho y posteriormente, al verificar ésta, ordenará la reparación total o integral, tanto material como inmaterialmente. Pero el juez debe individualizar la obligación y deberá en sentencia, ser muy claro y meticoloso. No puede ser una sentencia ambigua, tampoco incierta. Además, deberá especificar el tiempo y la forma como deberán ser cumplidas; debiendo resarcir en su totalidad el derecho constitucional violado no solo parcialmente. En consecuencia, la sentencia deberá especificar el monto a cubrir, la reinserción laboral, suspensión o ejecución de una obra pública, etc. (Cueva Carrion , Derecho Constitucional, 2014).

El artículo 44 numeral 3, manifiesta que las sentencias expedidas tendrán como objeto la reparación integral de los derechos fundamentales, además se especificará en acciones positivas y negativas, dependerá cada caso en concreto.

3.2.8. ES UNA ACCIÓN INTERCULTURAL. –

En Referencia al nuevo modelo constitucional se han incorporado nuevos aspectos de la vida social, cultural, política, económica y jurídica. De la mano con el neo constitucionalismo ecuatoriano se ha tomado en cuenta los problemas que enfrentan los pueblos, nacionalidades comunas y comunidades; todo ello relacionado con el sumak kawsay o régimen del buen vivir. Cabe recalcar que, estas organizaciones sociales tienen un papel relevante.

3.3. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. -

La Acción de Protección deberá manejarse bajo los siguientes presupuestos: a) Ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni garantías constitucionales, y b) Se debe aplicar la norma que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos. (Cueva Carrion , Derecho Constitucional, 2014)

CUANDO PROCEDE UNA ACCIÓN ORDINARIA DE PROTECCIÓN CONTRA PARTICULARES.

Es evidente que una Acción de Protección procederá cuando exista la vulneración de derechos constitucionales, de tal manera que, puede ser interpuesta cuando la autoridad pública no judicial, o una persona particular vulnere derechos constitucionales o establecidos en instrumentos internacionales. El efecto inmediato y tangible es causar daño, perjudicando al vulnerado. Por tanto, procede en contra de todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; también en contra de toda política pública, nacional o local que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías, igualmente en contra de todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías; y sobre todo, en lo que compete a este tema en contra de todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias, que son fundamentales para que pueda caber esta Garantía Jurisdiccional, como lo es que presten servicios públicos impropios o de interés público, que presten servicios públicos por delegación o concesión; o en su defecto que provoquen daño grave. Es fundamental que la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo, esto

es un punto álgido dentro del tema a tratar en líneas posteriores. En materia contractual no existe subordinación, solamente un estado de coordinación, y finalmente en contra de todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Cuando la violación grave procede de una persona particular, este concepto es extensivo, pues abarca tanto a personas naturales como a Jurídicas. El daño existe cuando al generar este perjuicio a otro, ya sea apreciable monetariamente entre sus bienes o posesiones, de manera moral en sus facultades o derechos, cuando se impide el acceso a la justicia se discrimina, se irrespeta la personalidad, se niega la estabilidad laboral, o se vulneren las reglas del debido proceso. (Cueva Carrion , Acción Ordinaria de Protección, 2011)

Al hablar de personas particulares, se debe tener en consideración si actúa en estado de delegación, por concesión, o presta servicios públicos impropios, empero, es un error de redacción. Pues, lo que se quiere decir según el autor Luis Cueva Carrión es que cuando las personas particulares actúen por delegación o concesión si es que están prestando servicios públicos impropios. Cuando se habla de delegación equivale a transferir poder económico, administrativo y de gestión del gobierno central a entidades a gobiernos regionales, organismos sectoriales o municipales, a partir de acuerdos resoluciones u oficios. También se habla de delegación a las atribuciones de servidores públicos de otras instituciones estatales, cumpliendo el deber constitucional para la consecución de un fin común. La concesión en cambio es un contrato bilateral que se celebra entre una persona publica y una privada, en tanto se delega a un concesionario la prestación de ciertos y determinados servicios públicos, concesión de uso o

ambos; es decir, se busca la prestación de un servicio de manera ininterrumpida, eficiente y con gran calidad, por tanto al denominarlos impropios, quiere decir que es carente de esta última característica, es decir no tienen la calidad adecuada, conveniente o propia del servicio. (Cueva Carrion , Acción Ordinaria de Protección, 2011)

La subordinación supone una relación entre el sujeto que manda y otro que obedece en virtud de la norma legal o reglamentaria, es decir, es fundamental la existencia de estos dos ejes que son mando obediencia. Un sujeto se encuentra en estado superior de manera jerárquica, y con relación a este sometimiento nace un abuso, desprecio, trato deshumanizado o inhumano. Dentro del mismo contexto la indefensión implica una desventaja entre las partes que intervienen en el proceso, por ejemplo, un juez desecha todas las pruebas de una parte procesal y lo cual le constituye intensión al tramitar un proceso. (Cueva Carrion , Acción Ordinaria de Protección, 2011)

3.4. ANÁLISIS DEL CASO PROPUESTO POR EL ABOGADO ABDALÁ BUCARAM PULEY EN CONTRA DE LA FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL.

Se analizará una Acción de Protección que parece forzar el argumento jurídico, de tal manera que calza una vulneración de derechos para que sea admitida a trámite, y es declarada con lugar, dejando sin efecto un contrato válidamente celebrado.

3.4.1. ANTECEDENTE. –

El Ecuador es un país que reconoce desde tiempos inmemoriales la trascendencia del futbol. Se recuerda como hecho histórico el primer campeonato de futbol ecuatoriano en 1957. Desde esta primera edición del torneo, se ha vuelto fundamental este espectáculo deportivo hasta la actualidad. De igual manera, los medios de comunicación han evolucionado y hoy en día, se pueden observar a través de la TV los partidos de futbol, lo cual volvió más rentable este deporte; tanto así que hoy en día se venden los derechos de transmisión para televisar estos eventos deportivos en cantidades exorbitantes de dinero, lo que permitió que la FEDERACION ECUATORIANA DE FUTBOL, aperturo a concurso público para adjudicar este contrato a alguna empresa. Estos derechos de transmisión fueron arrebatados a los clubes por Luis Chiriboga quien negocio en paquetes con canales incautados como lo eran Gama y TC.

Apegados a este antecedente, la Federación Ecuatoriana de futbol a finales del 2017 empezó las ofertas para la transmisión del campeonato nacional de futbol, donde ofertaron empresas para televisarlo así como lo son: LAGARDÈRE, WIN SPORTS Colombia, DIRECTV Ecuador, SERVISKY SA, y TENFIELD-GOL TV. Llegada la fecha para la apertura y adjudicación del contrato se encontraban: Paco Casal en representación de TENFIELD, José Cárdenas y los miembros del directorio, Diego Palma del departamento de marketing de la F.E.F, Juan Guzmán asesor jurídico penal de la F.E.D y la doctora Wendy Vera Ríos Notaria 37 del Cantón Guayaquil.

La firma TENFIELD y WIN SPORTS-DIRECTV en un inicio eran los más atractivos como oferentes, ya que garantizaban compartir con la Federación Ecuatoriana de Futbol entre el

18% y 22% solo por la suscripción. Y de los ingresos brutos otorgar 75% a la Federación Ecuatoriana de Fútbol y tan solo un 25% para ellos.

A pesar de las diferentes posturas, se le adjudica el presente contrato a GOL TV, empresa chilena de Paco Casal. Por lo cual el Ab. Abdalá Bucaram Pulley, mismo que no era parte dentro de este contrato, plantea una Garantía Jurisdiccional, pues a su criterio, se vulneraban los derechos de Seguridad Jurídica de debido proceso y la igualdad, empero, hay que tomar en consideración que la Federación Ecuatoriana de Fútbol es un ente de derecho privado.

Es así que en fecha 18 de Enero del 2018, se sortea en la ciudad de Guayaquil, en la Unidad Judicial Norte de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, asignada con el número de proceso 09209-2018-00266; cuya Jueza es la Doctora Pilar Canales Santos, que al encontrarse de vacaciones subrogada por el abogado Jean Daniel Valverde, se plantea una Acción de Protección por el Abogado Abdalá Bucaram Pulley como demandante, patrocinado por el abogado Pedro Javier Granja como su defensor técnico, en contra de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, misma que es debidamente representada por el Ingeniero Carlos Humberto Villacís Naranjo y la procuraduría General del Estado director regional 1.

El mismo día del ingreso se califica la Acción de Protección y se dicta fecha para Audiencia; cuyo fallo es favorable para el demandante y se solicita ampliación. Una vez apelada la resolución se vuelve a ratificar sobre el contenido de la sentencia en primera instancia, dejando así sin efecto un contrato ya adjudicado a la empresa GOL TV y obligando a la Federación Ecuatoriana de Fútbol reaperturar el concurso, y adjudicar a otro de los oferentes que

supuestamente habrían sido privados de su derecho constitucional de igualdad ante norma tética y seguridad jurídica. Además, tramitan a través de fiscalía el PEDIDO DE REMISION DE LA NOTITIA CRIMINIS por la negativa de la Federación de Futbol en cumplir la orden emanada de Autoridad.

DEMANDA

LOS HECHOS. -

La demanda planteada por el Abogado Abdalá Bucaram, manifiesta que la Federación Ecuatoriana de Futbol está afiliada a la Federación Sudamericana de Futbol (CONMEBOL), y a la Federación Internacional de Futbol (FIFA), mismas que han denunciado gravemente al señor Francisco Cassal por incumplimiento de contrato en su segundo año para la transmisión de torneos internacionales.

Se manifiesta en los hechos de la demanda que el Señor Carlos Humberto Villacis Naranjo al asumir el control de la Federación Ecuatoriana de Futbol, después de los escándalos de Luis Chiriboga, no ha logrado para el país ningún logro remoto, y que inclusive hubo la inexplicable eliminación en el mundial de Rusia.

Claramente de la mano con el artículo 76 de la constitución del Ecuador, y respetando el debido proceso se procede a notificar al Señor Carlos Humberto Villacis Naranjo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. -

Dentro de estos fundamentos se enuncia el artículo 88 de la Constitución del Ecuador, mismo que prevé en su sección segunda la Acción de Protección, la cual tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos. Dentro de la demanda, aluden que concurrieron los siguientes requisitos, y por tanto es procedente esta garantía jurisdiccional cuando existe la violación de un derecho constitucional, ya sea por la acción u omisión de un particular e inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

3.4.2. LEGITIMACION PARA PROPONER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

LEGITIMACION ACTIVA. - Esta Acción de Protección es propuesta por el MSC. Abogado Abdalá Bucaram Pulley, en calidad de ex jugador de futbol y a nombre del pueblo ecuatoriano; sin embargo en armonía con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional, las garantías jurisdiccionales, entre ellas la acción de protección, podrá ser presentada por cualquier persona, pueblo, comunidad, nacionalidad o colectivo; los cuales deberán encontrarse en estado de vulneración de uno o más derechos constitucionales, en consecuencia, el abogado Abdalá Bucaram como individuo puede presentar la acción de constitucionalidad, más no a nombre del pueblo como se verifica en el libelo de la demanda, porque el artículo 66 prohíbe expresamente en el numeral 23 de los derechos de libertad, dirigir peticiones a nombre del pueblo ecuatoriano. Se considera como legitimado activo a la persona que directa o indirectamente pueda demostrar el daño sufrido por la vulneración del

derecho, entonces directamente no existe una violación a los derechos del abogado Abdalá Bucaram Pulley, porque él no es parte de ninguna de las empresas que presentaron su oferta en el momento de abrirse a concurso la adjudicación para transmitir el campeonato de futbol nacional. Indirectamente tampoco, porque no se está privando, y peor vulnerando ningún derecho constitucional, ya que sí se iba a transmitir el campeonato. Por tanto, no estaba trastocando ningún derecho de los ciudadanos, simplemente se trataba de un contrato en donde la F.D.F adjudico la prestación de ese servicio a una empresa denominada GOL TV. Entonces, en principio la legitimación activa dentro de la demanda esta propuesta de manera errónea.

LEGITIMACION PASIVA. - Es presentada en contra de la FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL, debidamente representada por el Ingeniero Carlos Villacis Naranjo. La F.E.F. es un ente privado que históricamente nace a mediados de 1899, por el guayaquileño Juan Alfredo Wrigth, que en su retorno de Inglaterra siembra en los jóvenes la semilla del futbol, y en posteriores años organizan diferentes campeonatos amateurs, llegando a evolucionar tanto que en la actualidad organizan los principales campeonatos profesionales a nivel del Ecuador, misma que pasó de asociación a institución, y mutó con el cambio de estatutos, hasta en la actualidad conocerse como federación.

Una federación¹⁶ nace del término latino “foederatio”, que significa unión por medio de alianzas, ligaduras, pactos de diversas partes involucradas. Conforme desprende del RUC de número 0990986665001, la F.E.F. es una organización no gubernamental y sin fines de lucro, cuya actividad económica principal es la organización de todo tipo de eventos deportivos. Es decir, las

¹⁶ Genéricamente, unión, alianza liga de sociedades, asociaciones o grupos con determinadas afinidades y un fin común moral, político, sindical ,económico, deportivo, etc. (Cabanelas de Torres, 2005)

personas naturales o jurídicas de derecho privado pueden reunirse con un mínimo de cinco miembros y conformar corporaciones, las que a su vez se denominan federaciones cuando se organizan a nivel regional (Peralta, 2006) Por tanto, la Acción de Protección se puede proponer en contra de todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, siempre y cuando presten servicios públicos impropios o de interés público; lo que no cabe con el parámetro de la F.E.F, porque no presta un servicio público impropio, mismo que no podemos afirmar que sea de interés público. El segundo planteamiento es en caso que presten servicios públicos por delegación o concesión¹⁷, lo que no ocurre pues no existe una delegación¹⁸ o concesión del Estado Ecuatoriano como tal, porque la federación fue constituida para organizar eventos deportivos privados completamente independientes, conforme desprende del RUC. Por tanto, no calza en este apartado la tercera posibilidad que fue tomada por el abogado Pedro Javier Granja en calidad de defensor técnico de Abdalá Bucaram, la cual supone que se ha causado daño grave, como un hecho irreversible que genere un daño o mal permanente. ¿Acaso se genera un daño real al Doctor Abdalá Bucaram Pulley y al Pueblo Ecuatoriano al adjudicar a la empresa GOL TV un contrato? Pues, igual se procedería a televisar el campeonato nacional de futbol. Un cuarto supuesto establece que cuando la persona se encuentre en un estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier tipo. Analizando desde ese apartado, la Federación Ecuatoriana de Futbol no constituye un ente que genere indefensión, pues se apertura un concurso en donde ofertaron cuatro empresas más. Además, es importante analizar que no se presenta un estado de subordinación porque tanto la F.E.F y los cuatro oferentes se encuentran en

¹⁷ CONCESIÓN. -Cuando se otorga por gracia o merced. /Libertad o franquicia. / En derecho público se lo conoce como actos de la Autoridad soberana por los cuales se otorga a un particular (llamado concesionario) o a una empresa (entonces concesionaria), determinado derecho o privilegio para la explotación de un territorio o fuente de riqueza, la prestación de un servicio o la ejecución de las obras convenidas. (Cabanelas de Torres, 2005)

¹⁸ DELEGACION. -Acto de delegación. / Otorgamiento de representación, / Concesión de mandato. /Cesión de atribuciones. / Designación de sustituto.

un estado de coordinación, en términos sencillos, la F.E.F apertura un concurso para adjudicar el contrato de transmisión del campeonato nacional de futbol y este se le otorga a la empresa GOL TV. En consecuencia, no existe un estado de subordinación de los oferentes, pues cada quien estableció los parámetros de negociación que consideraron pertinentes, y a pesar de ello no, todos pueden ser adjudicados sino queda al arbitrio del contratante, que al ser un ente privado se encuentra en completa libertad. Y finalmente, una quinta apreciación, que es la segunda norma tomada por el abogado de Abdalá Bucaram Pulley es cualquier acto discriminatorio cometido contra una persona, eso permite plantear el siguiente ejemplo: una persona quiere celebrar un contrato de compra-venta de una consola de videojuegos y una persona le ofrece USD\$ 300 dólares, otra USD \$ 700 dólares y una tercera USD\$ 200; todos han presentado sus ofertas. Sin embargo, el vendedor celebra el contrato de compraventa con la primera persona que no es la mejor oferente, pero él decide vendérsela; ¿De alguna manera estamos discriminado a los demás interesados? en sentido estricto no, por el principio de libertad contractual, empero conforme desprende del fallo de esta acción de protección sí. Hay que tomar en cuenta la definición que establecimos de obligación, que es un acto por el cual una parte se obliga con una o varias personas a dar, hacer o no hacer, es decir, deja elegir a nuestro arbitrio con quien nos vamos a obligar, y esto no implica un acto discriminatorio, va de la mano con el principio de libertad para poder celebrar el contrato que permite a la persona elegir. Además le da la posibilidad de reglamentarse dentro del negocio jurídico siempre y cuando estén en el marco de la ley, por ejemplo condiciones, plazos, limitaciones, etc. La autonomía de la voluntad presente dentro del contrato es una manifestación conjunta de ambas partes para obligarse y esta no puede ser viciada, coaccionada, ni terminada por personas ajenas o independientes al contrato, es así como el contrato se vuelve ley para las partes, y conforme desprende del primer efecto solo puede ser invalidado por el

consentimiento mutuo, no de un tercero o por causas legales, que conforme desprende del código no es un medio idóneo la Acción de Protección, porque está desnaturalizando la naturaleza jurídica del derecho privado.

Analizadas las dos normas usadas dentro de la demanda de Acción de Protección por el defensor técnico del abogado Abdalá Bucaram, e inclusive haciendo extensivo este análisis a todas las formas por las cuales hubiera sido posible que calce esta Garantía Jurisdiccional, podemos verificar que no se enmarcan dentro de estos preceptos, y por tanto se está forzando el argumento jurídico.

DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE GENERO LA VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. –

Se manifiesta vulnerada la seguridad jurídica que conforme la sentencia N° 045-15-SEP CC la define como “ Confianza en el orden Jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, como salvaguardia para evitar que las personas, pueblos y colectivos sean víctimas de cometimiento de arbitrariedades” además cita la sentencia N° 131-15-SEP-CC que en su parte pertinente manifiesta “Corresponde a todos los jueces brindar certeza al ciudadano respecto a las actuaciones que, en derecho, se efectúan en cada momento procesal” en donde se alude que todas las autoridades deben respetar la constitución. Por tanto, también el directorio de la Federación Ecuatoriana de Fútbol habla que la oferta de SERVISKI S.A., a quienes no conoce, era muy superior a la de la empresa GOL TV. Es contradictorio, porque se suponía que estas

empresas no adjudicadas sufrirían la supuesta vulneración de derechos y en última instancia, serían los legitimados activos dentro de la causa.

Las irregularidades que desprenden de la demanda establecen la vulneración al artículo 82 de la Constitución que habla sobre la seguridad jurídica. Esta es el respeto a la Constitución y normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. Pero esta hace referencia al acatamiento de normas jurídicas claras, lo cual no se vulnerado, pues en materia privada, se ha demostrado hasta la saciedad que: el principio que manifiesta que los contratos son ley para las partes de la mano con la libertad jurídica no son un invento, además, se adjudica un contrato, lo cual a priori no está vulnerando ninguna norma constitucional, porque esta actividad se halla perfectamente regulada por el derecho privado.

El segundo derecho vulnerado es la igualdad de la norma tética, que va apegado a las garantías de no discriminación e igualdad en instrumentos internacionales y que el estado deberá garantizar las situaciones desfavorables que viven ciertos grupos, manifiesta que no existe una igualdad real dentro del concurso y que dentro del término máximo de 72 horas desde la notificación oral de la sentencia, se convoque a un nuevo concurso para adjudicar los derechos de transmisión (Federación Ecuatoriana de Fútbol, 2018) La discriminación no cabe en este aspecto, porque como se manifestó en líneas anteriores, existe un estado de coordinación entre las partes de la mano con el que se apegue a las necesidades de ambas, y en el momento dado que se adjudica el contrato mismo que, hace nacer una obligación de dar, hacer o no hacer, el argumento de la parte demandante es que existían mejores propuestas por las otras empresas oferentes, sin embargo, el principio de libertad contractual le permite a la Federación Ecuatoriana de Fútbol adjudicar el contrato a la empresa que cumpla sus expectativas.

MEDIDAS CAUTELARES. –

Se presentan previo a la demanda principal medidas cautelares como garantías jurisdiccionales de manera autónoma de conformidad al artículo 30 de la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que permite presentar la solicitud de manera verbal o escrita, en donde se tramitaran antes que la Acción de Protección para detener la violación del derecho. El Juez una vez que conoce esta providencia preventiva, ordena la medida correspondiente, especificando la individualidad de la obligación positiva o negativa, también se determina el tiempo, modo, y lugar en que deben cumplirse, en el caso estudiado se disponen las siguientes:

- Suspensión de los efectos del contrato celebrado por GOL TV y la federación Ecuatoriana de Fútbol por 30 días.
- Prohibir a la Federación Ecuatoriana de Fútbol el uso de los fondos por concepto de pago que realice GOL TV, por el contrato celebrado. (Federacion Ecuatoriana de Fútbol, 2018).

En materia contractual genera un gravísimo perjuicio a las partes la suspensión de los efectos del contrato, pues, sólo se podría suspender la ejecución del contrato en caso fortuito o fuerza mayor en la que incurra una de las partes, previsto en el artículo 30 del Código Civil que, si bien trata como similares los términos, en el segundo capítulo se estableció la diferencia y el contrato suspendió sus efectos por el caso fortuito presentado a través de este acto de Autoridad Pública.

A pesar de lo antes manifestado se encuentra previsto en la Ley orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su sección primera habla sobre los principios Generales de las medidas cautelares, mismas que tienen como objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, estas evitan o detienen la presunta violación, inclusive puede existir auxilio a través de una orden de vigilancia policial. (Ley organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009) Siendo sorteado para conocer esta medida cautelar autónoma presentada por el abogado Abdalá Bucaram Pulley, el Abogado Andrés García Escobar, en calidad de Juez titular de la Unidad Judicial de la Familia, mujer, niñez y adolescencia del Guayas, mismo que resuelve en fecha 5 de enero del 2018 motivadamente la medida cautelar, dejando en claro que el derecho presuntamente vulnerado es la privatización de la transmisión de los partidos ecuatorianos de futbol, en donde los ecuatorianos de bajos ingresos económicos no podrán disfrutar de estos, por no contar con los recursos necesarios. A su vez, se ha viciado todo el proceso de selección que adjudica este servicio por diez años, lo cual perjudica a todos los clubes inclusive de futbol, conforme alude la parte demandante. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

Con respecto al marco legal y validez de la medida, el Juez motiva de conformidad al artículo 26 de la LOGJCC que determina la finalidad de la medida cautelar que evitara la amenaza y estas deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, de tal manera que se notifique a una autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, sin embargo, no se pueden solicitar medidas privativas de la libertad, aunque sí el resguardo policial. Para que puedan

aceptarse las medidas cautelares existen ciertos requisitos establecidos en el artículo 27 del anteriormente nombrado cuerpo normativo, y son que el Juez tenga conocimiento de un hecho o circunstancia por parte de cualquier persona que este amenazando de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación, es importante considerar en este punto que el contrato ya fue adjudicado, y ya se encontraba surtiendo efecto interpartes, por tanto, solo se estaría violando el principio de seguridad jurídica en armonía con el artículo 1561 del Código Civil.

El efecto jurídico de las medidas, una vez que han sido otorgadas no constituyen prejuzgamiento sobre la declaración de la violación, pues, existiría prevaricato por parte del juzgador si aquella resolución tuviera esa calidad. Además, carecerá de valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos, lo cual es correcto porque solo se está buscando resguardar un derecho que presuntamente fue violado o está siendo vulnerado. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Es así que, el Juez Constitucional amparado en el principio de inmediatez que establece que las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente, provee favorablemente. Pero es importante establecer que estas medidas son simplemente provisionales.

El Juez constitucional considera que la solicitud de medida cautelar es suficiente y concede la misma, regulado por el principio de proporcionalidad observa que se cumplen los

parámetros del artículo 33 de la LOGJCC, en donde esta concesión debe ser razonable y justificada en los derechos previstos en la constitución cuando exista peligro en la demora, eso dependerá de casos en concreto. Sin embargo, en el estudio no se verifica en consideración que el contrato ya fue celebrado y surtía efectos dentro del argumento de la inexistencia del parámetro necesario para verificar la vulneración, pues este apartado determina que exista una inminencia en los daños causados.

Es importante analizar la foja 15 de esta causa, donde el Juez resuelve que es idónea y califica la personería activa dentro de la misma de la siguiente manera: “la presunta amenaza de los derechos constitucionales del abogado Abdalá Pulley se encuentra legitimada por su ex calidad de futbolista, político y dirigente deportivo”. El argumento fuerte dentro de esta posición es que el accionante considera lesivo para el interés del fútbol ecuatoriano el contrato firmado por GOL TV, en cuanto a materia constitucional podría sonar bastante atractiva esta apreciación pues, puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas a contraposición, que en materia civil las medidas cautelares solo pueden caber interpartes, herederos, o terceros vinculados directamente.

El argumento en el que se basa el Juez para otorgar esta medida es la extemporaneidad de la presentación del contrato de GOL TV, y que presuntamente se había vulnerado el derecho a la igualdad y seguridad jurídica con el resto de empresas ecuatorianas, también el de no discriminación, aludiendo que existe confidencialidad en el contrato que no permite conocer el manejo de los derechos de televisión. (Federación Ecuatoriana de Fútbol, 2018).

Es importante analizar lo que deriva a foja 24 de la solicitud de medidas cautelares presentado por abogado Abdalá Bucaram Pulley, pues en la identificación clara de la pretensión

textualmente se observa “plena procedibilidad pues bloqueara, impedirá, detendrá la amenaza inminente de perjudicarse gravemente los intereses del deporte más importante el país al dejarse de lado ofertas hechas por empresas seria” (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018). Nuevamente se está forzando el argumento jurídico para hacer calzar la supuesta violación de un derecho constitucional, además bloqueara, impedirá y detendrá son presupuestos independientes pues, con simple lógica se puede entender que no puedo impedir algo que está sucediendo, sobre todo porque el artículo 381 de la Carta Magna establece que el Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física, pero esto se entiende como el deporte, la educación física y la recreación entendida desde un paradigma de desarrollo enteramente físico, como actividades que contribuyen a la salud, formación y desarrollo integral de las personas, mas no como un programa deportivo televisado. Es decir, según el artículo 42 el derecho a la libre recreación y sano esparcimiento, a la práctica de un deporte y tiempo libre, por tanto es erróneo aludir que por no televisar un el campeonato ecuatoriano de futbol se esté vulnerando el derecho de los ecuatorianos y peormente “los intereses del futbol ecuatoriano”. Si genera daño a intereses, mal podría caber una garantía jurisdiccional cuya finalidad es la protección derechos establecidos por la Constitución y Tratados Internacionales. (Constituyente, 2008).

Es así que después del exhaustivo análisis del Juez constitucional, se solicita a la Federación Ecuatoriana de Futbol remitir toda la documentación y realice un derivado del contrato desde el 26 de enero del 2017 con relación al concurso aperturado y prohíbe el uso de fondos por concepto de pago del contrato.

CALIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

ANÁLISIS A LA PROVINCENCIAS EMITIDAS POR LOS SEÑORES JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL NORTE UNO DE LA FAMILIA MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS.

La Jueza Dra. María del Pilar Canales Santos, es la competente para conocer la garantía jurisdiccional planteada por el abogado Abdalá Bucaram Pulley, cuya calidad recae sobre ella en consideración al artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, donde podrá ser competente cualquier Juez de primera instancia del lugar en donde se origine el acto u omisión, o donde se vayan a producir sus efectos. De tal manera que el concurso para la adjudicación del contrato de transmisión del campeonato nacional ecuatoriano fue aperturado en la Provincia del Guayas, Cantón Guayaquil, por tanto recayó en la Unidad Judicial de la Familia, niñez y adolescencia del cantón antes mencionado, misma que fue sorteada de modo preferente e inmediato.

La Jueza avoca conocimiento la Acción de Protección y la admite a trámite argumentando que conforme reza en el artículo 88 de la Constitución del Ecuador, que permite su planteamiento cuando existan acciones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o

discriminación (Constituyente, 2008); esto se podría considerar un argumento insuficiente, tomado en consideración que el artículo 76 de la Carta Magna establece en su literal L, donde claramente determina que las resoluciones¹⁹ de los poderes públicos deben ser motivadas y que no existirá ésta si no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, caso contrario estos serán nulos.

Es importante destacar que en la resolución de la jueza. doctora Pilar Canales Santos. emitida el 18 de enero del 2018, no existe una fundamentación profunda que defina la evidente violación de un derecho. con lo cual se admitiría a trámite porque inclusive la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé como principio fundamental en su artículo 4 numeral 9: “El Juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y demás intervinientes en el proceso” (Ley organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009), de tal manera el auto de calificación de la garantía jurisdiccional analizada parecería ser insuficiente.

¹⁹ **Las resoluciones judiciales** pueden revestir, en el ámbito jurisdiccional, las formas de Sentencia, Auto o Providencias:

a) Providencias. Estas resoluciones son de mero trámite.

b) Autos. Establece el precepto analizado, que serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten.

c) Sentencias. Se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten. (klumwer, 2019)

Continuando con el análisis, el auto de calificación manifiesta que de igual manera el artículo 86 numeral 3 de la Carta Magna que manifiesta que una vez presentada la Acción de Protección, el Juez convocará inmediatamente a una audiencia pública mismo que en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. También habla sobre el principio de presunción de ciertos fundamentos alegados por la persona accionante, cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

El Juez, una vez dado trámite, se pronunciará mediante sentencia, y si existe alguna vulneración de derecho, este deberá declararla y por tanto ordenara la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse, empero, estos son meros formalismos de la parte procesal en la que se basa una audiencia de garantía jurisdiccional. Mal podríamos considerarla como una verdadera motivación en donde al menos establezca parámetros relevantes para iniciar el trámite de la presente acción.

A posteriori de conformidad al artículo 86 de la constitución literal d numeral 2, se ordena la notificación²⁰ al demandado, que es el Ingeniero Carlos Humberto Villacis Naranjo por los derechos que representa por la Federación Ecuatoriana de Fútbol señalando como fecha para la realización de la audiencia única el 24 de enero del 2018, a su vez también se notifica al señor

²⁰ Notificación. -Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales. (Nacional, 2015)

Procurador General del Estado Director Regional 1 Guayas, de conformidad al artículo 237 en donde se le atribuye la representación del Estado dentro de la presente causa. (Constituyente, 2008)

Posteriormente, el Artículo 14 de la ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es parte de la motivación de la Señora Jueza, en donde se pueden verificar todos los puntos de la Audiencia pública, lo que es muy general al no dar una motivación al menos sucinta de la admisión a trámite de los derechos vulnerados.

Una vez emitido el auto de calificación se procede a la notificación de la Federación Ecuatoriana de Futbol a través de su representante legal el Ingeniero Carlos Humberto Villacis Naranjo, cuya boleta llega en fecha el 23 de enero del 2018 con una sola notificación personal, tomando en consideración que el auto de admisión a la demanda fue realizado en 18 de enero del 2018, y según la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de conformidad al artículo 13 el día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda, cumpliéndose casi a raja tabla esta norma antes mencionada pues la demanda se califica un día jueves 18 de enero del 2018 y la audiencia se instala en fecha 24 de enero, sin embargo, fueron cuatro días después de la calificación de la Acción de Protección y tan solo a un día después de la notificación a los demandados es decir Federación Ecuatoriana de Futbol.

CONTESTACION DE LA FEDERACION ECUATORIANA DE FUTBOL

Una vez notificados en fecha 23 de enero del 2018 y con la audiencia única prevista para fecha 24 de enero del 2018, se ingresa el ocurso con la autorización de la defensa técnica de la

Federación Ecuatoriana de Fútbol, conformada por el abogado Dr. Jorge Chang Ycaza y el abogado Ney Valero Brando, donde señalan casillero judicial y correos electrónicos para posteriores notificaciones.

AUDIENCIA

El día 29 de enero del 2018 se instala la audiencia a las 09h42, misma que es direccionada por el Juez subrogante Abogado Jean Daniel Valverde Guevara en consideración que la Jueza Pilar Canales Santos tenía licencia.

ANTECEDENTES. –

A esta audiencia asiste el abogado Abdalá Bucaram Pulley haciendo notar su calidad de ex jugador de fútbol, ex candidato a la presidencia de la República y dirigente social, como accionante; la persona accionada se encuentra representada por el Ingeniero Carlos Villacis Naranjo.

DETALLE Y FUNDAMENTO DE LA DEMANDA.

La parte accionante cumple con el presupuesto procesal en materia Constitucional, que es no haber presentado ninguna otra demanda que contenga una Acción de Protección de los mismos derechos constitucionales, se relata el acuerdo suscrito entre el Ingeniero Carlos Villacis Naranjo

y el empresario Francisco Casal, que es la venta de los derechos de transmisión de todos los partidos ecuatorianos por diez años.

Se toma en consideración que las empresas SERVISKY S.A, WIN SPORT, LAGARDERE SPORTS ofertaron en tiempo hábil, en la notaria 37 del cantón Guayaquil, sin embargo siendo extemporánea la oferta de GOL TV, el Ingeniero Carlos Villacis ordena la apertura bajo su responsabilidad.

DERECHOS VIOLENTADOS.

Se considera vulnerada la seguridad jurídica, en consideración que el plazo establecido para presentar las ofertas finiquito solo con dos propuestas de un proceso ultra secreto como lo denomina el accionante, en donde a pesar de ser extemporánea la oferta que realiza la Empresa GOL TV es la adjudicada.

Seguridad Jurídica, con respecto a que no se cumplieron las reglas de juego establecidas en la notaria para la adjudicación del contrato, es significativo analizar la sentencia N° 1055-11 EP del 25 de febrero del 2015, que en efecto habla sobre la seguridad jurídica de normas claras, publicas, previas y aplicadas en respeto a la constitución. En contraposición el derecho privado nos garantiza a los intervinientes a celebrar contratos y pactar estipulaciones, que si bien no va en contra del ordenamiento jurídico, se pueden entender permitidas y estas estipulaciones con relación al artículo 1651 se vuelven ley para las partes, empero está garantía jurisdiccional manifestada por el accionante es una Acción de Extraordinaria de Protección, que de la mano con el artículo 11 numeral dos de la Constitución del Ecuador, que garantiza un Estado sin discriminación, es

importante considerar los parámetros de discriminación para personas jurídicas, pues los oferentes son grandes empresas y no existen motivos raciales o de vulneración directa, es más, ni siquiera esta Garantía Jurisdiccional es propuesta por alguna de las partes dentro de este concurso público.

IDENTIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN DEL ACCIONANTE.

Se solicita dentro de la presente Acción de Protección la reparación integral de los derechos “compelidos²¹” y quede sin efecto para la adjudicación de los derechos de transmisión de los partidos del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol, referido de tal manera que en 72 horas se convoque a un nuevo concurso para la adjudicación del contrato, se alega que es de interés nacional, es menester mencionar que la finalidad dentro de una acción de protección de conformidad al artículo 6 de la LOGJCC, debería ser la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, donde consecuentemente dentro de esta Acción manifiestan que es la igualdad y seguridad jurídica, forzando el argumento para hacer caber la Acción de Protección. También se debe declarar la violación de uno o varios derechos. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

La reparación integral de los daños se encuentra establecido como principio en el artículo 3 de la Ley para la reparación de la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el

²¹ ²¹Obligar a alguien valiéndose de la fuerza o autoridad, a hacer lo que no se quiere voluntariamente. Cuando la compulsión carece de legitimidad, puede llegar a constituir coacción o violencia. (Cabanelas de Torres, 2005)

31 de diciembre del 2008 y se entiende como la reparación objetiva y simbólica que restituya a la víctima en los derechos que ha sido vulnerada, al Estado como se encontraba antes de esta y sus respectivas indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho vulnerado. (Ley para la reparación de la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre del 2008 , 2013) Desde ese parámetro, debemos entender que esta reparación será parte del trabajo del Juzgador que interpretara el daño desde algunas visiones que lo alejen de la subjetividad.

El daño emergente, es el desmedro patrimonial desde que se produce el acto vulnerario del derecho, hasta la fecha que el Juez dicta la sentencia. En oposición el lucro cesante son los valores en numerario que se dejaron de percibir desde la realización del acto ilícito y finalmente el daño mora, también llamado extra patrimonial, es el que afecta de manera personal a la víctima no tiene una valoración pecuniaria como el honor, libertad, etcétera. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Los elementos a tomarse en consideración, serán la restitución entendida como el restablecimiento de la situación que existió antes que la ofensa fuera cometida, en este caso el accionante busca retrotraer en el tiempo un momento antes de la celebración del contrato, lo cual no calza como se ha manifestado en todo este trabajo de investigación, pues, las formas previstas de restitución manifiesta que si recae en bienes, libertad o educación debe sanarse la pérdida de oportunidades proporcional o equitativa al daño de cualquier naturaleza sufrido en su totalidad de costes, la rehabilitación médica, psicológica, servicios legales y sociales que se requieran, la

satisfacción a partir de las sanciones judiciales que se puedan establecer, la garantía de no repetición que garantiza a los sujetos no volver a ser parte de estas violaciones. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

En conclusión, la pretensión como tal dentro de esta Acción de Protección llega a ser improcedente, en cuanto no existe una real vulneración de derechos al forzar el argumento jurídico.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA. –

No compareció el Procurador General del Estado, pero fue notificado cumpliendo de cierto modo una de las formalidades de esta Garantía Jurisdiccional; como Procuradores Judiciales de la Federación Ecuatoriana de Fútbol con el debido poder de Procuración Judicial comparece el abogado Jorge Chan Ycasa y el abogado Ney Valero Brando, que manifiesta que para ellos es fundamental que se haya encontrado presente el abogado Abdalá Bucaram, que demuestre su calidad de perjudicado en cuanto es el accionante.

De conformidad a la argumentación de la defensa técnica de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, de acuerdo al artículo 40 numeral 1 y el artículo 42 numeral 1,3,5 artículo 8 y 23 , en consideración a ello para la Federación Ecuatoriana de Fútbol no existe primero la violación de un derecho, lo que es un requisito fundamental para plantear esta Garantía Jurisdiccional, por tanto, que es improcedente en cuanto no existe la vulneración de un derecho constitucional, además se está impugnando la legalidad o constitucionalidad de un acto que lleve a la vulneración de un

derecho y cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

Alegan que existe igualdad ideológica, en cuanto en el sistema TSAJE existen dos procesos contra los mismos accionados y poseen los mismos fundamentos, empero, al parecer lo confunde con la medida cautelar independiente planteada con anterioridad. Ellos consideran que lo cuatro oferentes son los que debían alegar la vulneración de los derechos, en consecuencia Abdalá Bucaram debe justificar su calidad, se anexa como prueba el acta celebrada el 23 de noviembre del 2016 frente a la misma notaria, frente al directorio es un documento de uso público y por tanto, ahí cuentan las empresas oferentes. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

COMPETENCIA. –

El Señor Juez subrogante de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Florida es competente, en consideración al artículo 86 numeral 2 de la Constitución, que manda a ser competente de conocer una Garantía Jurisdiccional del lugar en donde se origina el acto u omisión de o donde se producen sus efectos. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

VALIDEZ PROCESAL. –

Como se afirmó en líneas anteriores, esta Acción de Protección fue calificada y admitida a trámite el 18 de enero del 2018, se realizó la audiencia pertinente con la comparecencia de ambas partes, cumpliendo con el debido proceso de conformidad al artículo 76 de la Constitución del Ecuador y principios procesales. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

LEGITIMACION PROCESAL. –

Como se analizó en líneas anteriores es el Abg. Abdalá Bucaram Pulley el legitimado activo en sus diferentes calidades de ex candidato a la presidencia de la República, ex futbolista y dirigente social, el Juez considera que de la mano con el artículo 9 de la LOGJYCC es un afectado, y se le genera un perjuicio en forma significativa en función del interés nacional, respeto con el deporte de mayor trascendencia y fuente de recreación; por otra parte, el accionado es el Ingeniero Carlos Villacis Naranjo, cuya legitimación pasiva se encuentra justificada en del artículo 41 numeral 3 del mismo cuerpo normativo. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. –

El Juez manifiesta que la Acción de Protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y en la parte pertinente manifiesta que el actor fundamentado el hecho de la violación del derecho a la seguridad jurídica, vinculado al derecho del debido proceso y el derecho a la igualdad o trato igualitario en un proceso específico, pues la Federación Ecuatoriana de Futbol elige un procedimiento público, el cual debe ir apegado a los principios de legalidad y legitimidad. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

RECONOCIMIENTO SUFICIENTE JURIDICO CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTIAS. –

El Señor Juez Constitucional trae a colación una obra de derecho penal denominada “Garantías y Derecho Penal”, que habla sobre las garantías procesales que se consideran relativas al Juez natural, por considerar que las garantías son auténticas normas vinculantes y en criterios de validez sustantiva de la producción jurídica, que vinculan a los jueces en normas legales y que serán vinculantes si son normas constitucionales, por tanto, considera procedente garantizar los derechos y garantías de vigencia y validez entre el deber ser constitucional y legal. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

Con respecto a la discriminación manifiesta que: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través, de su Jurisprudencia determina que ninguna persona podrá ser discriminada por su origen social, nacional, posición económica, política u de otra índole, por tanto, para el Juez cualquiera que sea el umbral o forma asumida, cualquier tratamiento que se visualice discriminatorio con respecto a los derechos garantizados rompe los principios constitucionales, amparado en el numeral 11 de la Constitución Ecuatoriana que enumera las diferentes formas de discriminación. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

Según el documento que anexa la defensa técnica de la Federación Ecuatoriana de Futbol, establecía que las ofertas se podían presentar hasta el 22 de noviembre del 2016 hasta las 19h00, por tanto, es evidente para el señor Juez que la propuesta de GOL TV es extemporánea por ser presentada el 23 de noviembre, posterior a este hecho en un término de 10 días se dictaron los resultados. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

ENUNCIACION DE LA NORMA CONSTITUCIONAL: DERECHO A LA IGUALDAD (ART.11.2, 66.4) Y DERECHO A LA SEGURIDAD JURIDICA (ART 82). –

El señor Juez determina que se ha vulnerado el derecho a la igualdad, al ser todas las personas semejantes y estar garantizado por las constituciones que tendrán los mismo derechos y deberes, se garantiza el derecho a la igualdad material y formal y sobre todo a la no discriminación. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Considera que las ofertas presentadas por los participantes dentro de la licitación por los derechos de transmisión se debían ceñir a las bases establecidas para presentar su oferta, por tanto el Juez considera esto discriminatorio y vulnerario de derechos, en consideración que el Estado Ecuatoriano prevé que todas las personas son iguales y gozaran de los mismo derechos, deberes y oportunidades, por tanto, debían tener un trato idéntico los oferentes a la adjudicación de los derechos televisivos. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

De tal forma que, para el Juez existe una discriminación de facto, pues, se está menoscabando diferentes derechos y libertades no solo en el espectro de futbol, en la esfera de interés nacional o beneficio social referente a la recreación. Es así que uno de los oferentes que no cumple con las reglas establecidas y cumplidas por los demás es adjudicado con el contrato, tomando en consideración que uno de esos oferentes LAGARDERE SPORTS oferta extemporáneamente y no se incluye. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

El juzgador toma en consideración que cuando un particular presta un servicio público impropio directamente, no es necesario que exista la figura de concesión o delegación para que se declare con lugar la Acción de Protección. Para el Juez definitivamente se sobrepasa al interés particular y se vuelve una vulneración de índole colectivo.

OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS. -

En consideración al principio legal “IURA NOVIT CURIA” el Señor Juez puede declarar dentro de esta Garantía Constitucional aspectos no demandados por las partes, siempre y cuando sean vulneratorios de derechos. La ley Orgánica de Defensa al Consumidor de bienes y servicios les permite a los consumidores elegirlos con libertad y de óptima calidad, como el Abogado Abdalá Bucaram se pronunció ser un fanático y seguidor del campeonato se considera un consumidor, por tanto, puede exigir servicios de máxima calidad, es claro para el Señor Juez que el Estado Ecuatoriano debe garantizar el acceso a la ciudadanía a la información de los derechos de transmisión, en vista que este bien es objeto de consumo ecuatoriano. En consecuencia, la Federación Ecuatoriana de Fútbol ha vulnerado el derecho de los consumidores a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y elegirlos con libertad (Federacion Ecuatoriana de Fútbol, 2018).

El derecho a desarrollar actividades económicas y derecho a la libertad de trabajo, de tal manera que los participantes SERVIKY S.A y WIN SPORT, ejercen esta actividad económica y sus derechos fueron vulnerados cuando se le adjudica a GOL TV que oferta extemporáneamente el campeonato nacional de futbol y sin cumplir las reglas de juego previstas. La FEF al precipitarse

en sus necesidades económicas para adjudicar el contrato vulnera el derecho al trabajo. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

VALIDACION DEL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA. –

El criterio del Juzgador manifiesta una evidente vulneración de Derechos Constitucionales, en tanto, que no existe otra vía de que tutele estos derechos más que las Garantías Jurisdiccionales, porque, no se considera un problema de mera legalidad y por ende es aplicable la jurisdicción constitucional y no la ordinaria. Como consecuencia se verifica la violación de los derechos constitucionales del debido proceso, seguridad jurídica, igualdad, desarrollar actividades económicas, libertad de trabajo, y a los consumidores de servicios de óptima calidad que sean elegidos con libertad y derecho a la defensa en el estricto contenido de ejercer la garantía de estos.

CONCLUSIÓN Y DECISIÓN QUE SE TOMA.

Se verifica la existencia de vulneración a derechos constitucionales y en base al ejercicio de razonabilidad y todos los elementos que reúnen, es deber del Juez Constitucional evitar la continuación de la vulneración de este derecho en donde, después de haber analizado la situación en concreto valora cada uno de los documentos aportados que sirven como prueba plena de la vulneración. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018)

DECISIÓN FINAL. –

Se declara con lugar la ACCIÓN DE PROTECCIÓN, en tanto se ha vulnerado los derechos de seguridad Jurídica, igualdad, debido proceso, igualdad y se ordena como medida de reparación integral lo siguiente:

1. Dejar sin efecto el contrato de Adquisición de derechos de transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Futbol con la empresa GOL TV y acciones derivadas con esta, pero se puede habilitar para otros concursos.

2. En el término de 72 horas se deberá aperturar nuevamente el concurso público para la adjudicación de manera clara y en igualdad de condiciones.

3. La federación deberá llevar acabo el nuevo proceso de manera pública dando a conocer al ganador, hasta el día 8 de febrero del 2018 a las 24h00.

4. Se permitirá a los medios de comunicación y veedurías ciudadanas el acceso a los resultados y validaciones, que se guén por el debido proceso. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018)

RESUMEN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se declara lugar la Acción de Protección presentada por el abogado Abdalá Bucaram en contra de la Federación Ecuatoriana de Futbol en persona interpuesta por el Ingeniero Carlos Humberto Villacis Naranjo, por la vulneración de los derechos de del debido proceso, seguridad jurídica, igualdad, desarrollar actividades económicas, libertad de trabajo, y a los consumidores de

servicios de óptima calidad que sean elegidos con libertad y derecho a la defensa, en consecuencia se ordena como medida de reparación integral dejar sin efecto el contrato de adquisición de derechos de transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol con la Empresa GOL TV, no obstante, a esta resolución se deja habilitada a la Empresa para nuevos concursos, además se dispuso un término de setenta y dos horas desde la notificación formal al demandado con la finalidad de volver a aperturar el concurso que permita adjudicar nuevamente la transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol de manera pública, transparente y en igualdad de condiciones para personas naturales y jurídicas, por el tiempo justificable de forma técnica, en tanto, se establece una fecha término para la suscripción de un nuevo contrato, es así, que se ordena que los medios de comunicación y veedurías ciudadanas tengan acceso a la validaciones y resultado (Regulación, bases técnicas, documentación, ofertas técnicas y garantías presentadas). (Federación Ecuatoriana de Fútbol, 2018).

Se violenta gravemente el principio de libertad contractual, constitucionalizando el derecho civil, lo cual no es viable, porque al declarar la existencia de una vulneración del derecho de la igualdad, seguridad jurídica, al trabajo, debido proceso e igualdad, cuya medida de reparación integral es dejar sin efecto el contrato de adquisición de derechos de transmisión del campeonato Ecuatoriano de Fútbol con la empresa GOL TV, pues, es fundamental establecer que la única forma de dejar sin efecto un contrato legalmente celebrado es por el mutuo consenso de las partes también llamado rescisión, lo cual no se puede verificar en este caso en particular al ser un tercero independiente que propuso la Acción y no existió la voluntad expresa de la Empresa GOL TV, ni de la Federación Ecuatoriana de Fútbol de invalidar el contrato. Además, dentro de las causas legales que podrían haber, la falta de cumplimiento que generara la resolución o la nulidad relativa,

que se denomina rescisión o simplemente declarada por la nulidad absoluta, al no haber dentro de ninguno de los parámetros establecidos dentro del Código Civil se vulnera el principio “El contrato es ley para las partes” y se produce una evidente constitucionalización del derecho civil, lo que no es posible. Además se habilita a la empresa para nuevos concursos, disponiendo un término de setenta y dos horas desde la notificación formal, para volver a aperturar el concurso que permita adjudicar nuevamente la transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol de manera pública, transparente y en igualdad de condiciones para personas naturales y jurídicas, la libertad contractual es la voluntad expresada a través de la estipulación de las obligaciones de manera libre, que pueden hacer una exclusión total o parcial de la norma, basados en el criterio de derecho privado “Todo lo que no se encuentra prohibido se entenderá permitido” de la mano con el criterio de Planiol y Ripert, todo acto jurídico es obra de una o varias voluntades individuales, no obstante, señalan que la voluntad de los particulares no es absolutamente libre, pero que tampoco está completamente sometida a la ley, es así que existe una autonomía parcial en coherencia al axioma legal antes manifestado. La libertad es la regla y la voluntad privada es autónoma, salvo los límites fijados en la ley, en consecuencia, basta simplemente indicar cuales son esos límites. (PLANIOL, 1996, pág. 44). Es así que mal se podría ordenar a un ente privado a reaperturar un concurso con parámetros previstos por un Juez, que no es contratante y viola completamente el principio de libertad contractual.

El tiempo para el contrato debe estar justificado de forma técnica, pero en materia contractual no se prevé en su norma un tiempo máximo para la adjudicación de este bien, por tanto, es libre la estipulación por el plazo pactado entre las partes, se ordena que los medios de comunicación y veedurías ciudadanas tengan acceso a la validaciones y resultado (Regulación, bases técnicas, documentación, ofertas técnicas y garantías presentadas). En consideración que se

mandó a celebrar un nuevo contrato, lo cual es completamente arbitrario al haber mencionado en líneas anteriores cuales son las únicas formas para dejar sin efecto un contrato valido celebrado entre particulares, por tanto, no fue técnicamente invalidado y mal se podría adjudicar a un nuevo oferente existiendo un contrato válidamente celebrado con la Empresa GOL TV. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad a la apelación llevada a cabo por la FEDERACION ECUATORIANA DE FUTBOL amparados en el artículo 24 de la LOGJCC, se solicita que se solucionen las incongruencias e ilegalidades del contenido de la sentencia anterior, por tanto, se pide que se remita a la Corte Provincial del Guayas de manera urgente, en consideración al ocurso presentado por el abogado de la F.E.F. y al no haber respuesta inmediata por parte del Juez Constitucional de primera Instancia, en donde inclusive se alega la negativa del Juez en otorgarles una copia o la reproducción de la grabación de audio, pues, existe el temor que esta información se pueda borrar o perder, en consideración, piden la revocatoria de la providencia en donde se niega. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

Al existir el petitorio de aclaración o ampliación de la sentencia se alega que no se establece un tiempo por el Juez para correr traslado, lo que le hace violar el debido proceso de conformidad al artículo 76. Esta acción se regula a través de su propio tramite con la LOGJCC. Sin embargo, el Juez toma en consideración la normativa del COGEP, concediendo un recurso horizontal, es decir aclaración y ampliación de una sentencia lo que no es posible, de tal manera,

este podría estar prevaricando. En consecuencia este recurso debió ser negado. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018).

En consideración a lo ordenado por el Juzgador, que se oficie a la defensoría del pueblo para que dé seguimiento al cumplimiento de la sentencia, pero al existir la apelación, la sentencia aún no se encuentra firme, no está sentada razón de ejecutoria, por tanto, es importante traer a colación que sucediere si el Juez de segunda instancia revoca la sentencia, y el contrato ya fue firmado con alguna empresa como lo dispuso el Juzgador de primera instancia.

Se instala la audiencia de apelación con el tribunal conformado por el Abogado José Poveda Arauz como Juez ponente, Abogada Beatriz Cruz Amores y Dr. Guillermo Valarezo Coello, además se adhieren a esta apelación SETEL S.A y GRUPO TVCABLE. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018)

La FEF manifiesta que la oferta fue presentada a tiempo en consideración que la fecha tope para la parte actora es el 22 de noviembre del 2016 y para ellos el 23 del mismo mes, además que ellos son un ente privado de acuerdo con el Estatuto de la Federación Ecuatoriana de Futbol, por tanto, para que se llegue a declarar la nulidad de este contrato debía utilizarse la vía ordinaria, además de conformidad a la normativa constitucional, no debía haber otra vía de trámite para poder sustanciar una Garantía Jurisdiccional, en consecuencia, la sentencia no tiene la debida fundamentación. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018)

Amparados a través de “AMICUS CURIAE” por los derechos de DIREC TV, el abogado Ramiro Borja, solicita que se ratifique la sentencia en consideración que ellos vienen transmitiendo los partidos desde el 2013, de igual manera el abogado Guillermo Camacho por los intereses de SETEL S.A GRUPO TV CABLE, que solicita también la ratificación de la sentencia de primera instancia. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018)

DECISIÓN FINAL.

Se resuelve sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Federación Ecuatoriana de Futbol, y confirma en todas sus partes la sentencia de fecha 29 de enero del 2018, aclarando que la FEF tiene el termino de 72 horas para proceder a declarar concurso abierto, garantizando el debido proceso. (Federacion Ecuatoriana de Futbol, 2018)

Dentro de esta se presenta la recusación en consideración que el Juez de primera instancia es miembro de la comisión de la Federación Ecuatoriana de Futbol, sin embargo, la sala considera que no cabe en ninguno de los parámetros de recusación de conformidad al artículo 22 del Código General de procesos.

REMISIÓN DE LA NOTITIA CRIMINIS. –

Al existir incumplimiento de la sentencia declarando con lugar la demanda de acción de protección en contra de la Federación Ecuatoriana de Futbol, se procede a remitir a la fiscalía de conformidad al artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal, por no acatar ordenes expeditas

de Autoridades competentes, pues la Federación Ecuatoriana de futbol declaro desierto el concurso y posteriormente reputa ganador al Señor Francisco Casal (GOL TV).

El accionante alude que el contrato es de nulidad absoluta, en consideración a la cláusula décimo tercera del contrato que decía que dentro de los primeros 10 días de enero la FEF deberá garantizar con pólizas o garantías bancarias. Por tanto, solicita que el Juez pida a la FEF un informe por el desacato de la sentencia, que se conmine a la autoridad a realizar un nuevo concurso para la adjudicación del contrato de cesión de derechos Audiovisuales, de producción y transmisión de los partidos de campeonato de futbol ecuatoriano a partir del 2018. Sin embargo, la F.E.F. declara desierto este concurso y adjudicando directamente a la Empresa GOL TV.

3.5. CONCLUSIONES FINALES. –

Las obligaciones son el vínculo jurídico o lazo mediante el cual un deudor se obliga con un acreedor a dar, hacer o no hacer algo, son responsabilidades que deben ser cumplidas, ya que; todo puede generar de manera constante y permanente éstas, en un sentido amplio, ético o moral, debiendo ser conceptualizada como todo deber que en la conciencia impera.

En la legislación ecuatoriana clasifica las fuentes de las obligaciones en el Art. 1453 del Código Civil, y son el contrato o convención, los cuasicontratos y los cuasidelitos, finalmente se hace alusión a la ley. El Dr. Hernán Coello García establecía que el contrato es un acuerdo de voluntades que tiene como finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones; los contratos poseen elementos esenciales, son los que no pueden faltar para que nazca a la vida jurídica. Por carecer de alguna de estas cualidades no se podría considerar como tal, los elementos naturales del contrato son aquellos que sin ser esenciales, se entienden incorporados o innatos, sin la necesidad de estipulaciones o acuerdos por las partes, se denominan elementos accidentales aquellos que las partes determinan o incluyen en el contrato para modificar sus efectos, también son conocidos como modalidades estos son aplicables siempre y cuando no afecten al orden público, ni a los intereses de terceros.

Los requisitos de existencia y de validez del contrato son la capacidad legal de una persona, que consiste en poderse obligar por sí misma, y por tanto no necesita de la autorización ni ministerio de otra. Este elemento contractual es fundamental ya que sin éste, el contrato no producirá ningún efecto. El consentimiento es la conformidad que existe entre dos voluntades

libres, en donde dos o más personas manifiestan su aceptación en un negocio jurídico, una prestación para que el consentimiento pueda producir consecuencias jurídicas debe ser libre, pero existen tres situaciones que pueden viciar el consentimiento: Error, Fuerza y Dolo.

El objeto es la prestación misma, o la cosa que debe darse, hacerse o no hacerse, es todo lo que intelectualmente puede ser percibido, es decir posee materialidad, todo lo que tiene existencia sensible. Por tanto, son las personas, las cosas y las acciones que son parte de una relación jurídica.

Los efectos contractuales son fundamentales tanto así que el primero de ellos es “El contrato es ley para las partes”. Una vez que nace a la vida jurídica, un contrato actúa de manera inmediata vinculando a los contratantes. Entonces surte efecto el artículo 1561 que manifiesta “Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Código Civil, 2016). Es así como se genera una especie de seguridad jurídica para los contratantes que los vincula o une, y esta se puede extender inclusive para sus sucesores, por tanto el contrato no puede invalidarse sino por “Consentimiento mutuo de las partes” o por “Causas legales”; pues, si se presentara otra forma de invalidación no establecida en la normativa, el contrato dejaría simplemente ser “ley para las partes”, lo cual desvirtuaría la naturaleza jurídica del derecho privado.

El “consentimiento mutuo de las partes” significa que al nacer el contrato de la voluntad libre de los contratantes, pueden consentir también en dejarlo sin efecto de recíproco acuerdo, mismo criterio que guarda concordancia con el principio de derecho privado “ las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen , otra forma de dejar sin efecto los contratos es a partir de causas legales como cuando existe nulidad relativa que puede ser subsanada o en su

defecto producir la rescisión del contrato, las causas que pueden generarla son los vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, lesión, actos celebrados por los relativamente incapaces de ejercicio como lo son menores adultos o los que deben actuar mediante representación, incapacidades especiales es cuando la norma funge como prohibitiva. La Nulidad Absoluta es otra forma de invalidar un contrato, y se fundamenta cuando el acto carece de todo valor jurídico con excepción de la reparación y consecuencias que el ilícito dañoso puede causar. Se genera por la existencia de un objeto ilícito o falta de éste, cuando es contrario a las leyes y buenas costumbres, cuando su fin sea ilícito, cuando haya sido celebrado por una persona absolutamente incapaz, exista causa ilícita, omisión de formalidades exigidas dependiendo la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra, o falta de consentimiento o voluntad.

Estas son las cuatro situaciones que podrían dejar sin efecto o invalidar un contrato previstas dentro del Código Civil ecuatoriano que son: cuando existe mutuo acuerdo entre las partes (resolución), la falta de cumplimiento del contrato (resolución), la nulidad relativa (Rescisión), y la nulidad absoluta (Inexistencia).

El segundo efecto contractual “Los contratos deben ejecutarse de buena fe” alude a que las partes aceptaron a partir de un principio de equidad, por tanto, las buenas costumbres y de conformidad a la ley forman parte de la celebración de este, aunque no se exprese. Eso quiere decir que se entenderán intrínsecamente incorporadas cláusulas previstas por la ley.

El tercer efecto “Principio de responsabilidad contractual” manifiesta que cuando no se cumple un contrato se deberá responder ya sea dejando sin efecto o pagando los daños o perjuicios,

por tanto, este efecto nos da la posibilidad que el contrato pueda ser otorgado en favor de uno de los contratantes, o en pro de generar un beneficio reciproco, pero estableciendo el grado de responsabilidad que puede nacer del incumplimiento.

En conclusión, los contratos civiles- mercantiles no pueden ser dejados sin efecto por una Resolución Constitucional, en virtud al artículo 1561 que establece las únicas formas de invalidar un contrato y son por mutuo acuerdo entre las partes (resolución), la falta de cumplimiento del contrato (resolución), la nulidad relativa (Rescisión), nulidad absoluta (Inexistencia). Entonces las resoluciones constitucionales no pueden vulnerar el principio de seguridad jurídica cuando existe norma clara que prevé la única forma de dejar sin efecto un contrato.

3.6. RECOMENDACIONES. -

- La Federación Ecuatoriana de Fútbol, debía dentro de los 20 días posteriores de la sentencia a la que se le imputa la violación constitucional, obrar de conformidad al artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Correspondía proponer una Acción Extraordinaria de Protección, que tendría por objeto garantizar los derechos constitucionales y evitar la violación de los mismos cuando por la acción de Juez a partir de su sentencia. Es importante aclarar que la Federación Ecuatoriana de Fútbol, declara desierto el concurso de adjudicación materia del conflicto y posteriormente vuelve a celebrar un contrato con la empresa GOL TV.

- No se debería forzar el argumento jurídico para hacer calzar una Acción de Protección que a todas luces no procedía, al menos de la manera en la que se hallaba planteada; en consideración que no existe un Estado de subordinación entre las partes. Además, se busca declarar un derecho constitucional lo que es improcedente en cuestión de Garantías Jurisdiccionales. Desde otro parámetro, hay que tomar en consideración que este ente privado F.E.F no está siendo concesionado o delegado por parte del Estado.

- El Juez considera la existencia de violación de otros derechos constitucionales que no se encontraban alegados en la demanda, lo cual es posible, siendo el derecho al trabajo y al consumidor, empero, todos los oferentes dentro de este concurso solo tenían meras expectativas, lo cual no constituye un derecho y por tanto no podía ser vulnerado.

- El legitimado activo dentro de aquella Acción de Protección debía ser una de las empresas que no fueron adjudicadas como lo fueron SERISKYSA, FOX SPORTS, TELEAMAZONAS, el conglomerado de (DIRECTV-TV Cable), porque si bien la Acción de Protección puede ser propuesta por cualquier persona, comunidad pueblo, nacionalidad o colectivo, deberá ser una víctima directa o indirecta de la violación que puedan demostrar daño. Por tanto, el visualizar un partido de futbol vía televisiva como tal no es un derecho constitucional, más si la recreación, es así que Abdalá Bucaram no poseía como tal una real legitimación activa. Además, se buscaba la declaración de un derecho, no obstante, el Juez declara la vulneración en otros derechos externos a la demanda, como lo es el derecho de los consumidores y del trabajo, empero, posteriormente dos empresas oferentes propusieron “AMICUS CURIAE” para apalancar la ratificación de la sentencia de primera instancia, los cuales de cierta manera si poseían personería activa.

- La constitucionalización del derecho privado genera una verdadera inseguridad jurídica, violando el artículo 82 de la Carta Magna que se fundamenta en la existencia de normas jurídicas claras, previas, públicas y aplicadas por autoridades competentes; en cuyo caso la única manera de dejar sin efecto un contrato esta taxativamente establecida en el Código Civil artículo 1561 y la Garantía Jurisdiccional Acción de Protección no está enmarcada dentro de ese parámetro.

BIBLIOGRAFÍA

Aparicio, J. M. (s.f.). *Contratos*.

Benegas Lynch, A. (30 de 11 de 2018). *INFOBAE*. Obtenido de <https://www.infobae.com/opinion/2018/08/17/la-importancia-de-los-contratos/>

Bonfante, P. (1959). *Instituciones de derecho Romano*. Madrid- España.

Cabanelas de la Torre, G. (20015). *Diccionario Juridico Elemental* . Buenos Aires: Heliasta.

Cabanelas de Torres, G. (2005). *Diccionario Juridico Elemental*. Colombia: Heliasta.

Castan Tobeñas, J. (1944). *Contratos Civiles*. Madrid: Instituto Editorial REUS.

Código Civil. (2016). QUITO: Corporación de Estudios y Publicaciones .

Código de Comercio. (2018). Quito: ICEP.

Coello Garcia, H. (2010). *Obligaciones*. Cuenca : Fundacion Chico Peñaherrera.

Constituyente, A. (2008). *Constitución*. Montecristi.

Cueva Carrion , L. (2014). *Derecho Constitucional* . Ediciones Cueva Carrion.

Diez Picaso, L. (1969). *Sistema del Derecho Civil II*. Madrid: Editoria Tecnos.

Garcia Falconi, R. (13 de Noviembre de 2018). *DERECHO ECUADOR. COM*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/la-culpa-contractual>

Importancia ORG. (30 de 12 de 2018). Obtenido de <https://www.importancia.org/obligaciones.php>

Jaume, R. U. (13 de Abril de 2019). *Derecho Civil II*. Madrid, España. Obtenido de http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/5973/civil_2.pdf;jsessionid=614B56867A32D8DFCFA28E3521A64169?sequence=1

Ley organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Quito.

Ley para la reparación de la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre del 2008. (2013). Quito.

M, C. L. (1982). *DERECHO ROMANO DE LAS OBLIGACIONES*. Quito : EDITORIAL UNIVERSITARIA.

Peralta, A. (12 de Diciembre de 2006). *DERECHO DE ASOCIACION Y REUNIÓN EN ECUADOR*. Obtenido de https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session1/EC/CEDHU_ECU_UPR_S1_2008anx_extract_S.pdf

Pizarro Wilson, C. (2012). *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*. Colombia: Universidad del Rosario.

PLANIOL, M. y. (1996). *DERECHO CIVIL*. Mexico: EPISA.

Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de transición. (2010). Quito: Editoria Nacional .

Stiglitz, R., & Stiglitz, G. (1990). *Contratos- Teoria General*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Torres Mendez, M. (2016). *Fundamentos de la Teoria General del Contrato*. Perú: Grijley EIRL.

Obtenido de <https://www.infobae.com/opinion/2018/08/17/la-importancia-de-los-contratos/>

Bonfante, P. (1959). *Instituciones de derecho Romano*. Madrid- España.

Cabanelas de Torres, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Colombia: Heliasta.

Código Civil. (2016). QUITO: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Coello García, H. (2010). *Obligaciones*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera.

Cueva Carrión, L. (2014). *Derecho Constitucional*. Ediciones Cueva Carrión.

Federación Ecuatoriana de Futbol, 092092-2018-00266 (María del Pilar Canales Santos 18 de enero de 2018).

García Falcón, R. (13 de noviembre de 2018). DERECHO ECUADOR. COM. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/la-culpa-contractual>

Importancia ORG. (30 de 12 de 2018). Obtenido de <https://www.importancia.org/obligaciones.php>

M, C. L. (1982). DERECHO ROMANO DE LAS OBLIGACIONES. Quito: EDITORIAL UNIVERSITARIA.

Peralta, A. (12 de diciembre de 2006). DERECHO DE ASOCIACION Y REUNIÓN EN ECUADOR. Obtenido de https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session1/EC/CEDHU_ECU_UPR_S1_2008anx_extract_S.pdf

PLANIOL, M. y. (1996). DERECHO CIVIL. México: EPISA.

Reglas del Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de transición. (2010). Quito: Editora Nacional.

Stiglitz, R., & Stiglitz, G. (1990). Contratos- Teoría General. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Larrea Holguín, Juan. (2007) Derecho civil Ecuador XI las Obligaciones. Quito: CIDE.

Constituyente, A. (2008) Constitución de la Republica del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.(22 de octubre 2009).Quito :Registro Oficial Suplemento 52.