

ACERCA DE LAS OBLIGACIONES QUE SURGEN DEL MATRIMONIO EN ECUADOR: ¿EN REALIDAD TIENEN FUENTE CONTRACTUAL?

ABOUT THE OBLIGATIONS ARISING FROM MARRIAGE IN ECUADOR: DO THEY ACTUALLY HAVE A CONTRACTUAL SOURCE?

Naranjo-Ponce, María Gracia*
Núñez-Dávila, Sergio**

RESUMEN

Mientras que la *Constitución de la República del Ecuador* y la Ley Orgánica de la Gestión de la Identidad y Datos Civiles definen al matrimonio como una unión, el CClo etiqueta como un contrato solemne. Más allá del rótulo que tanto el constituyente como el legislador optaron por asignarle, pretendemos profundizar en el análisis de su supuesta fisonomía contractual a la luz de la teoría de las obligaciones. Concluimos que, si bien el matrimonio podría encasillarse en la noción de contrato dirigido o de contenido forzoso, en realidad no es tal en cuanto la fuente de sus obligaciones no es contractual, sino exclusivamente legal. El matrimonio es un negocio jurídico que se limita a modificar el estado civil de las personas y solo como consecuencia de aquel nuevo estatus es que los cónyuges adquieren obligaciones, de fuente legal. Por último, se levanta del interrogante sobre si acaso el vínculo matrimonial se encamina hacia un régimen que permita a los contrayentes, maximizando el principio de la autonomía de la voluntad, configurar el vínculo con más libertad.

279

PALABRAS CLAVE: matrimonio; contrato; obligación jurídica; estado civil

* Profesora en la Universidad San Francisco de Quito. LL.M y candidata a J.S.D. por Yale Law School. Dirección postal: Diego de Robles y Av. Pampite, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mnaranjo@usfq.edu.ec ORCID: 0000-0002-3132-4230.

** Profesor adjunto en la Universidad San Francisco de Quito. Magíster en Derecho Civil Patrimonial, Universidad Diego Portales de Chile. Dirección postal: Diego de Robles y Av. Pampite, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nunezsergio9@gmail.com ORCID 0000-0003-0588-1292.

Agradecemos a Farith Simon Campaña, Juan Sebastián Baquero Correa, Felipe Castro Zurita y Álvaro Martínez Almeida por contribuir con la mejora de este trabajo. Agradecemos también a los revisores externos de la *Revista Chilena de Derecho Privado* por sus valiosos aportes. Cualquier error que pueda subsistir es atribuible exclusivamente a nosotros los autores.

Recepción: 2024-07-19; aceptación: 2024-10-09.

ABSTRACT

While the Ecuadorian Constitution and the Identity and Civil Data Organic Law define marriage as a union, the Ecuadorian *Civil Code* labels it as a solemn contract. Irrespective of the nomenclature used by the constituent assembly and the legislator, we aim to deepen in the analysis of the allegedly contractual character of marriage at the sight of the theory of obligations. We conclude that, although marriage might have similarities with the notion of directed contract, it is not actually so, as the source of its obligations is not contractual but legal. Marriage is a legal transaction that merely modifies a person's civil status, and it is only as a consequence of the new status that the spouses acquire obligations directly from the law. Finally, the question arises as to whether marriage is moving towards a regime that allows the parties, by maximizing the principle of autonomy of the will, to configure the union with greater freedom.

KEYWORDS: marriage; contract; legal obligation; civil status

INTRODUCCIÓN

280

La tribu Aisat-naf, ubicada en las islas Noisuli en el Pacífico sur, es una de las más primitivas del mundo. Sus miembros tienen una creencia peculiar: cuando alguien vulnera algún tabú, supersticiosamente se piensa que esa persona se pone *tû-tû* y, en consecuencia, debe someterse a un proceso de purificación¹. Un lejano intento de explicación consistiría en entender a *tû-tû* como una “especie de fuerza o lacra peligrosa que recae sobre el culpable y amenaza a toda la comunidad con el desastre”².

Lo cierto es que *tû-tû* no tiene significado alguno. Carece de una referencia semántica. Según Eugenio Bulygin,

“se denomina referencia semántica o significado de una proposición o concepto al estado de cosas (situación objetiva), que esta proposición designa”³.

Como *tû-tû* no hace referencia a un estado de cosas verificable, en virtud del principio empirista del significado, el término por sí mismo carece de cualquier significado⁴.

Ahora, eso no quiere decir que el uso del término deba ser erradicado. La palabra ‘*tû-tû*’ adquiere utilidad cuando se la asocia con los hechos condicionantes que le dan lugar o con las ulteriores consecuencias que se desprenden

¹ El ejemplo de la introducción se inspira en el brillante y reputado texto de Alf Ross. Ross (1957).

² Ross (1957), p. 8.

³ BULYGIN (1961), p. 18.

⁴ *Ibid.*

de ellos. En otras palabras, si bien *tû-tû* por sí misma no es verificable, sus causas y consecuencias sí que lo son. *Tû-tû* tiene varias causas, tales como comer comida preparada para el jefe o matar a un animal simbólico. Y la consecuencia será el ritual respectivo de purificación.

Que una persona se ponga *tû-tû* puede entenderse de varias maneras, distintas solo en apariencia. Una persona se pone *tû-tû* porque violó un tabú y, en consecuencia, debe purificarse. Pero también sirve lo contrario: una persona se pone *tû-tû* porque debe purificarse, pues violó un tabú. Da igual. Lo importante es notar que, si bien *tû-tû* no significa nada, su empleo tiene sentido solo cuando se lo asocia con sus hechos condicionantes o con sus respectivas consecuencias jurídicas. A diferencia de lo que piensan los miembros de la tribu, *tû-tû*, en realidad, no existe.

Alf Ross notó que las cosas no han cambiado mucho⁵. La propiedad, el crédito o la obligación son *tû-tûs* modernos. Es cierto: la diferencia radica en que los Aisat-naf sí creían que *tû-tû* tiene una realidad comprobable, una suerte de fuerza mística. Racionalmente hoy se conoce que ese no es el caso ni de la propiedad, ni del crédito, ni de la obligación. Pero sucede algo muy curioso: todavía hay corrientes que se aproximan a estos conceptos como si existiesen⁶. Y estas se materializan en aquellos intentos –por familiares que suenen– de “descubrir” la “naturaleza” o “esencia” de ciertas figuras jurídicas⁷.

De entre todas, quizá el matrimonio es la figura más *tû-tûista*. Con alarmante frecuencia se lo aborda como si tuviera una realidad cognoscible. Jorge Mazzinghi, por ejemplo, afirma:

“si una ley rotulara como matrimonio un cierto tipo de unión cuyo fin pudiera ser el enriquecimiento conjunto, o la vida contemplativa, estaría designando erróneamente algo que no sería matrimonio”⁸.

Augusto Morello, en el mismo sentido, al argumentar en contra del matrimonio igualitario, sostiene que contraría “la esencia [de su] concepto”⁹. El riesgo de esta tendencia es que el ser humano se convierte en esclavo de naturalezas que es incapaz de aprehender, en lugar de aceptar que es su mismo creador¹⁰.

⁵ Ross (1957).

⁶ Brian Bix lo explica: “The philosopher Ludwig Wittgenstein similarly spoke of the way we fool ourselves when we use a noun for some matter and then assume that, because nouns usually name objects, here as well there must be some entity that exists out in the world, whose nature can be discovered”. Bix (2010), p. 26.

⁷ Ernest Weinrib lo notó y aclara: “Los rasgos que determinan el carácter de los objetos son predicados que describen atributos físicos” mientras que “los rasgos que determinan el carácter de las relaciones jurídicas son conceptos jurídicos, doctrinas, principios y estructuras institucionales”. WEINRIB (2017), p. 62.

⁸ MAZZINGHI (1999), p. 100.

⁹ BORDA (2018), p. 33.

¹⁰ Mauricio Mizrahi nota que este peligro es inminente en el derecho de familia. MIZRAHI (1998), p. 33. Refiriéndose a la infértil discusión sobre la fuente de la obligación cambiaria, Eu-

Es por eso que no pretendemos descubrir la naturaleza jurídica del matrimonio. Nuestro propósito, en cambio, es dotar de congruencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano al momento de rotular a sus figuras jurídicas. Si nos oponemos al título contractual del vínculo, no es porque consideramos que contraría una naturaleza que no somos capaces de conocer porque no existe, sino porque nos parece inadecuado que el ordenamiento jurídico bautice a una figura como contrato, cuando el mismo ordenamiento entiende por contrato algo distinto. El adagio popular lleva razón: las cosas en derecho se miran por sus efectos y no por su denominación. Ahora bien, eso no significa que el rótulo que se le asigne a una figura jurídica sea irrelevante. Tampoco se pretende tildar de inocua a la falta de correspondencia entre la sustancia de una figura y su *nomen iuris*. Desde luego que la etiqueta que se le escoge a una criatura jurídica no es asunto baladí.

Esta disparidad entre la sustancia de las figuras con sus etiquetas asignadas no le es ajena al régimen matrimonial ecuatoriano. Es así que, a lo largo de su ordenamiento, distintos rótulos se pueden encontrar para efectos de etiquetar al vínculo. Si bien tanto la *Constitución de la República del Ecuador*, así como la LOGIDC se refieren a esta figura como una unión, el CC prescribe que es un contrato solemne.

Cuestionar la etiqueta contractual del matrimonio no reviste mayor novedad. Vasta tinta se ha derramado para el efecto:

282

“What role, that is, do the intentions of the parties play in marriage? Is marriage just an ordinary contract –purely a creature of the intentions of the marriage partners– and so created, disbanded, and modified by party intentions in the usual way? Or is marriage formally different, coming with its own distinctive and unchosen rules concerning entry, modification, and exit? Is marriage not a contract at all, but rather a status, whose character is set according to public politics and morality [...] rather than private freedom?”¹¹

Así, buscamos sistematizar esta sospecha con fundamento en la doctrina y las teorías modernas acerca del derecho de las obligaciones y de sus fuentes. Para tal efecto, haremos una breve reflexión histórica sobre el matrimonio, con

genio Bulygin concluye: “la búsqueda de la inexistente sustancia designada por el nombre ‘obligación cambiaria’, se basa en la vieja creencia de que detrás de toda palabra debe haber un ente, creencia cuyos resultados han sido por demás perniciosos, tanto en la filosofía, como en la jurisprudencia”. BULYGIN (1961), p. 51. Felix Cohen hace un argumento similar, pero desde un enfoque funcionalista y no esencialista. COHEN (1935), p. 922. Brian Bix, refiriéndose a jurisprudencia estadounidense que discutía sobre el concepto de persona jurídica, advierte: “this discussion went on as though there were some truth of the matter to be learned, rather than a stipulation we ourselves needed to come up with, to make our legal fiction more useful for whatever purposes we think it might serve”. BIX (2010), p. 26. Para una profunda exposición sobre los riesgos de esta corriente de pensamiento véase POPPER (1966).

¹¹ MARKOVITS & RAUTERBERG (2018), p. 1450. Para más ejemplos véase BORDA (2018), p. 28; RAMOS (1999), p. 31; DE RUGGIERO (1978), p. 723; VILADRICH (1999), pp. 520-530. Para críticas más atenuadas véase MAZZINGHI (1999), p. 111 y LARREA (1998), p. 163.

el objetivo de demostrar que la noción de matrimonio compañerista (consensuado) es más bien moderna. A su vez, revisaremos las corrientes que, en los últimos años, han alterado el entendimiento que se tiene sobre el contrato en sí mismo y sobre el régimen contractual en general. En función de aquello analizaremos al matrimonio con relación a lo que tanto el *CC* como la doctrina más autorizada entienden por contrato, poniendo énfasis en la teoría sobre las fuentes de las obligaciones.

De esta manera, sostendremos que en realidad no es un contrato, pero no porque la voluntad de los contrayentes cuente con severas limitaciones en su faceta de la autorregulación, sino porque las obligaciones que surgen de él encuentran origen exclusivo en la ley y deben ser tratadas como tal. Por último, nos preguntaremos si acaso sería descabellado que el matrimonio sea un acuerdo cuyos términos y condiciones sean establecidos a discreción de los contrayentes.

JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA DE NEGAR EL RÓTULO CONTRACTUAL DEL MATRIMONIO

Negar la etiqueta contractual del matrimonio no tiene efectos solo en la teoría. Proporcionaremos un ejemplo de por qué no es indiferente el rótulo que se le asigne, además de que expondremos ciertas consecuencias de negar su fisonomía contractual, con miras a justificar la relevancia práctica de sostener esta postura.

En el año 2021 se presentó ante la Corte Constitucional del Ecuador una acción pública de inconstitucionalidad (signada con el n.º 71-21-IN) en contra del art. 110 del *CC*. De dicho artículo se desprende que la terminación del matrimonio procede solo por la configuración de causales específicas (causales de divorcio), salvo que exista la voluntad de terminarlo por mutuo acuerdo. En la acción se argumentó que un régimen causado de divorcio vulnera los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la privacidad y a la protección familiar. De manera curiosa, tanto la Presidencia de la República como la Asamblea Nacional del Ecuador, para argumentar en contra de la acción, fundamentaron sus alegatos en consideraciones contractuales, como, por ejemplo, que el art. 1562 del *CC* no permite terminar de manera no consensuada los contratos¹², concluyendo que iría en contra de su naturaleza jurídica permitir que uno de los cónyuges pueda decidir de forma unilateral sobre su terminación.

Reconocer que su fisonomía no es contractual sería útil para que no quepa duda de que todas las herramientas jurídicas pensadas para los contratos le resultan ajenas y, por ende, evitar que sean utilizadas como justificación para impedir modificaciones a su regulación¹³. Es crucial tener en cuenta que no le apli-

¹² Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador (2025).

¹³ Antonio Cicu considera no solo que el matrimonio no es un contrato, sino que, en general, toda la teoría de los negocios jurídicos de derecho privado es ajena a los negocios del derecho familiar. Cicu (1947), p. 303.

can los requisitos ordinarios de existencia y validez de los negocios jurídicos. De igual manera, todas las figuras de terminación contractual como la resolución, la rescisión, la resciliación, etc., le son inaplicables. Lo mismo se puede decir sobre la noción de incumplimiento contractual, teniendo en consideración que el matrimonio ya tiene un régimen autónomo de terminación en el art. 105 del *CC*. Es importante recordar que esta figura no tiene ni puede tener más cláusulas que las que están en la ley. Una capitulación matrimonial no es una cláusula; es un negocio jurídico que, aunque accesorio, es independiente del matrimonio¹⁴.

En suma, etiquetar de contrato al matrimonio trae efectos jurídicos importantes que si aplicados sin reflexión, pueden comprometer la coherencia del sistema jurídico ecuatoriano en esta materia¹⁵.

EL MATRIMONIO EN EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO

El matrimonio entendido como un vínculo jurídico inspirado en el amor es, en términos históricos, novedoso. Guillermo Borda explica que no era más que una imposición injustificada y forzosa del hombre hacia la mujer, toda vez que dicha relación tenía una jerarquía vertical que implicaba, incluso, “el derecho de vida y muerte”. Llega al extremo de afirmar que el hecho de que la abominable práctica de que el hombre compre a la mujer, significó un progreso en cuanto al menos la fuerza fue reemplazada por la negociación¹⁶. El punto es que el vínculo amoroso o consensuado entre dos personas no era el fundamento de esta relación jurídica¹⁷.

Mauricio Mizrahi sostiene que en los primeros tiempos de la civilización romana no se tenía noción de derechos individuales. Explica:

“el sujeto no se pertenecía a sí mismo; era un miembro inseparable de la familia respecto de la cual estaba esclavizado en alma, cuerpo y bienes. [...] Todo estaba en pos del carácter sagrado y religioso de la organización familiar”¹⁸.

¹⁴ El art. 150 del *CC* define a las capitulaciones matrimoniales como “convenciones que celebran los esposos o cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro”. Las capitulaciones son convenciones autónomas, y bien podrían llegar a ser contratos si es que crean obligaciones.

¹⁵ Rodrigo Barcia y José Rivera dan cuenta de que en derecho comparado se ha responsabilizado civilmente por incumplimiento de deberes y obligaciones matrimoniales, pero con base en consideraciones extracontractuales. Califican de “absurda” la aplicación de reglas de responsabilidad contractual en materia matrimonial. BARCIA y RIVERA (2015), p. 28.

¹⁶ BORDA (2018), p. 25.

¹⁷ En el mismo sentido, Numa Fustel de Coulanges explica que, en la antigua Roma, el matrimonio era obligatorio y no tenía como fin el placer o la satisfacción personal. FUSTEL DE COULANGES (1986), p. 33.

¹⁸ MIZRAHI (1998), p. 45.

El matrimonio no miraba a los intereses de los cónyuges, sino a los intereses sociales, económicos y políticos de ambas familias que se unían. Stephanie Coontz afirma que, en China, por ejemplo, “el amor excesivo entre esposo y esposa se consideró una amenaza a la solidaridad debida a la familia extendida”¹⁹.

Según Guillermo Borda, el origen de las corrientes contractualistas es francés revolucionario²⁰ y canonista²¹, aunque sostiene que ambos movimientos lo rotularon como tal por diferentes motivos: mientras que los canonistas defendían su carácter contractual para “dignificar la unión del hombre y la mujer” porque ahora el matrimonio se fundaba “en el amor y en la libre decisión de los interesados”, la Revolución francesa encontró en la misma postura “un apoyo para el divorcio, pues tratándose de un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo”²². Andrés Bello siguió la línea francesa al definirlo como un contrato en el art. 102 del *CC* de 1855²³. El legislador ecuatoriano hizo lo propio al etiquetarlo como un contrato, a pesar de que el *CC* de 1860 prescribía: “toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído”²⁴.

El matrimonio en Ecuador no fue regulado civilmente sino hasta 1903 en la Ley de Matrimonio Civil, que innova en dos cuestiones: por un lado, le arrebató el monopolio regulatorio a la Iglesia y, por otro, introduce en su legislación la figura del divorcio vincular²⁵. Con estos antecedentes es que el actual art. 81 del *CC* ecuatoriano lo define como un contrato solemne.

El matrimonio como un reflejo del amor entre dos personas es de reciente data. Con este fundamento consensual, amoroso, es intuitivo contractualizar esta unión. La lógica es construida de la siguiente manera:

Premisa 1: Todo lo que necesita de un acuerdo de voluntades es un contrato.

Premisa 2: El matrimonio ahora ya necesita de un acuerdo de voluntades.

Conclusión: El matrimonio ahora sí es un contrato.

¹⁹ COONTZ (2006), p. 17.

²⁰ Robert Pothier afirma que el matrimonio “es el más importante y el más antiguo de todos los contratos”. A su vez, sostiene: “es un contrato que Jesucristo elevó a la dignidad de sacramento por ser el tipo o imagen de su unión con la iglesia”. POTHIER (1846), pp. 5 y 11.

²¹ El *Código de Derecho Canónico* lo rotula como un contrato en los arts. 1055.2 y 1097.2. JUAN PABLO II (1991).

²² BORDA (2018), p. 27. En efecto el divorcio era avalado por corrientes revolucionarias. Incluso la Ley de 1792 permitía la ruptura unilateral del matrimonio por incompatibilidad de caracteres. En este punto cedió el *Code*, instaurando un divorcio sujeto a estrictas restricciones. CORRAL (2004), p. 55. El vigor de las ideas revolucionarias es asombroso. El divorcio liberal e incausado tuvo lugar recién en el siglo XXI en países como España, Argentina o México. Las corrientes revolucionarias con relación al divorcio eran tan potentes que la idiosincrasia social estuvo lista para implementarlas –y quizá no– más de doscientos años después.

²³ CORRAL (2004), p. 53. El *Código de Bello* tuvo influencia francesa, pero, sin duda, también eclesiástica y canónica. LÓPEZ (2005), p. 131.

²⁴ *Código Civil* de Ecuador (1860), art. 99.

²⁵ Para una revisión del divorcio en Ecuador véase NÚÑEZ (2021).

Pero entre la revalorización de la voluntad de los contrayentes en materia matrimonial y la contractualización del vínculo existe un abismo de distancia. Que la voluntad de las partes haya adquirido relevancia no significa automáticamente que el matrimonio se haya convertido en un contrato. Roberto de Ruggiero afirma que los que apoyan la tesis contractualista manifiestan que

“es el acuerdo de los esposos lo que crea el vínculo, ya que, como en los demás contratos, es en éste necesario y suficiente el consentimiento inicial”²⁶.

No obstante, con prudencia advierte:

“no basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios”²⁷.

EL CONTRATO EN LA ACTUALIDAD

Mientras que la voluntad ha ido ganando terreno en materia matrimonial, la voluntad en materia contractual lo ha ido perdiendo. La noción de contrato, al menos en los últimos siglos, ha tenido importantes reevaluaciones. Esto es producto del desmoronamiento de ciertos postulados fundamentales que inspiraron, en su momento, el régimen contractual²⁸.

Por muchos años, la voluntad era la protagonista del ordenamiento jurídico: la misma vida en sociedad se fundamentó en un supuesto contrato social como mecanismo de legitimar un régimen democrático sobre la base de la voluntad popular²⁹. Lo que ocurre es que esas corrientes voluntaristas experimentaron un serio declive, de tal forma que los postulados centrales de dicho movimiento parecen haber perdido cierta vigencia³⁰. Explicaremos con más detalle en qué consistían dichos postulados y cómo fueron debilitados.

Como explica Patrick Atiyah, en el siglo XIX el derecho de los contratos pasó de tener un régimen paternalista a uno en que dominaba la doctrina del *laissez-faire*³¹. En este escenario, el papel del derecho privado era en esencia negativo: se encargaba de que las personas puedan cumplir con su voluntad, autónoma

²⁶ DE RUGGIERO (1978), p. 722.

²⁷ *Ibid.* Algo similar explica Antonio Cicu, al considerar que la doctrina que propugna por su noción contractual lo hace “porque del contrato encuentra la forma, y porque las diferencias que encuentra entre éste y los contratos patrimoniales, no las considera suficientes para excluir el concepto”. CICU (1947), p. 304.

²⁸ Al respecto véase PEREIRA (2019).

²⁹ LÓPEZ (1986), pp. 46-47.

³⁰ HERNÁNDEZ (1988), p. 227.

³¹ ATIYAH (1995), p. 9.

que es, con la menor cantidad de interferencias posibles³². El derecho privado consistía en hacer que la voluntad de las partes se cumpla, y de ahí que la voluntad sea el eje central de todo el sistema.

Jorge López Santa María pone de manifiesto las características esenciales de estas corrientes voluntaristas: se define al acto jurídico como manifestación de voluntad, se encuentra en la esencia del contrato el acuerdo de voluntades, el juez para fijar el contenido de una convención verifica la intención de las partes, la sucesión intestada se explica como la intención que habría tenido el difunto, el matrimonio no sería más que una manifestación legislativa de la que sería la voluntad de los contrayentes, se dice que hay un cuasicontrato ahí donde no hay contrato, etc.³³. El autor concluye: “el fin de todas estas construcciones es que las reglas jurídicas conduzcan siempre a la voluntad”³⁴.

Ahora bien, esta corriente parte de la premisa de que la prueba del consentimiento es objetiva y no subjetiva. Es claro que las personas no se obligan por lo que acuerdan, acaso por su encuentro de mentes, sino por alguna conducta que haya permitido razonablemente concluir que se trató de un compromiso³⁵. Claro que esto sigue siendo cierto hoy: para probar un contrato no se debe demostrar el acuerdo de voluntades. Ni siquiera cuando se exhibe un documento firmado por ambas personas se prueba en estricto sentido que, en realidad, dos mentes se hayan encontrado en sus estipulaciones, y prueba de aquello son los contratos celebrados por internet en los que los usuarios no leyeron, ni siquiera de manera superficial, las cláusulas que los componen. Patrick Atiyah lo sentencia:

“no importa si las partes realmente consintieron, sino que si su conducta y lenguaje son tales que conducirían a gente razonable a asumir que la persona consintió”³⁶.

Resulta que el derecho no protege el acuerdo de las partes, sino lo que habría sido el acuerdo en caso de que los elementos probatorios hayan sido fieles con la realidad.

Lo cierto es que las corrientes voluntaristas no se enfocaban en proteger la justicia sustantiva de los contratos, sino solo la justicia procedimental: se pretendía determinar si hubo o no un contrato, qué fue lo que las partes quisieron y cómo esto puede ser demostrado³⁷. Pues, según el derecho contractual clásico,

³² ATIYAH (1995), p. 9.

³³ LÓPEZ (1986), pp. 46-47.

³⁴ *Op. cit.*, p. 47.

³⁵ ATIYAH (1995), p. 11.

³⁶ *Ibid.* Como explica el autor, esta solución es de gran practicidad, porque sería inviable que se pretenda demostrar por medio subjetivos la intención de los contratantes cada vez que haya un litigio. Lo que ocurre, sin embargo, es que debemos estar conscientes de que no siempre los contratos manifiestan la real intención de los contratantes.

³⁷ ATIYAH (1995), p. 38. A decir de Patrick Atiyah, el asunto de la justicia procedimental tiene que ver con si los contratantes en efecto han acordado, mientras que el asunto de la justicia sustantiva tiene que ver con la pregunta sobre si aquellos términos acordados son justos o razonables.

la justicia procedimental era protegida con más vigor que la sustantiva, por la simple razón de que se estimaba que la voluntad individual –o la conducta que permita inferir su existencia– era la más apta para regular las situaciones personales de cada contratante. Revisar su justicia, acaso su inteligencia, parecía casi una afrenta contra su libertad.

Antonio Hernández Gil encuentra en estas corrientes voluntaristas la proliferación de dos dogmas en materia contractual:

- i) uno referente al principio de la autonomía de la voluntad y
- ii) otro relativo a la uniformidad conceptual de lo que se entiende por el término contrato³⁸.

El primero viene de un postulado mayor: la voluntad como pieza clave de la organización jurídica. El autor explica que el voluntarismo acaparó en gran medida el pensamiento jurídico, no solo en el derecho privado, sino, también, en el público. El mismo ordenamiento jurídico encuentra sustento en un contrato social, la ley sería el resultado de una voluntad popular, además de que el mismo contrato sería producto de un encuentro de voluntades³⁹. De esta manera, la libertad de la voluntad en materia contractual partía de estos tres elementos:

- i) la autodecisión, consistente en que se contrata en el momento y con la persona deseada;
- ii) la autorregulación, entendida como la libertad de configurar el contrato de la forma deseada y
- iii) la autoobligación, entendida como la imposición autónoma de un deber imperativo⁴⁰.

El segundo dogma trata sobre la uniformidad en la forma de entender el concepto de contrato. El autor considera que existe esta creencia de que se puede encasillar a todos los tipos de contratos modernos a través de una definición única y generalizada de lo que es un contrato. Se dice, en esa línea, que, si en un determinado ordenamiento se han tipificado ciertos contratos, se trata de una serie de especies que pertenecen a un género superior (el contrato) capaz de encasillar a un importante número de supuestos⁴¹.

Estos dos dogmas, como explica Antonio Hernández Gil, perdieron vigencia por el advenimiento de un fenómeno que denomina como la socialización del derecho, movimiento que forzó una revalorización de la noción de contrato⁴². Su fundamento reside en que la libertad formal no es equivalente a la igualdad material, por lo que colocar a las partes contractuales en un plano formalmente idéntico puede ser útil y necesario, pero no es suficiente para dotar de igualdad material a sus relaciones. Resulta que, si bien las partes han entendido a sus prestaciones como equivalentes, y pese a que así lo pactaron, puede que, en realidad, no lo sean.

³⁸ HERNÁNDEZ (1988), p. 227.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 228.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 232.

⁴² *Op. cit.*, pp. 233-236.

Este movimiento introdujo una novedad en el derecho contractual al permitir que ciertos contratos sean revisados no solo desde su justicia procedimental, sino, también, desde su justicia sustantiva. Parece que a los jueces ya no solo les corresponde verificar cómo se celebró el contrato, sino, también, qué es lo que este estipula. Prueba de aquello son figuras tales como la lesión enorme, la excesiva onerosidad o la ilegitimidad de las cláusulas abusivas⁴³.

Es cierto que todas las personas son iguales en lo formal, y es cierto, también, que todas las voluntades son igual de libres, en términos políticos, que las del resto. Lo que ocurre es que una igualdad material no necesariamente será conseguida a través de la declaración de la igualdad formal o política, ya que: “no es lo mismo reconocimiento de la libertad que consecución de la misma”⁴⁴. Cambiaron ciertos valores políticos, y el derecho contractual se vio influido por corrientes socialistas o colectivistas que obligaban a los jueces a interferir más en la justicia material de sus cláusulas⁴⁵.

En ese sentido es que aparece con fuerza el declive del principio de la autonomía de la voluntad. Los tres postulados fundamentales encuentran una seria afrenta con ciertas figuras sobrevinientes:

- i) al postulado de la autodecisión se le infiltró el contrato impuesto o, al menos, no concluido en virtud de la libre determinación de las partes;
- ii) al postulado de la autorregulación se le impuso la noción del contrato dirigido con cláusulas imperativas y, en consecuencia,
- iii) el postulado de la autoobligatoriedad perdió fuerza, ya que, si bien los contratos no es que dejaron de ser obligatorios, el fundamento de esa obligatoriedad experimentó un desplazamiento hacia elementos que no siempre provienen estrictamente de la voluntad de los contratantes⁴⁶.

Con este sustento parece quebrarse o, al menos, dificultarse con gravedad un concepto único y genérico de contrato. Difícilmente se puede encasillar con total fidelidad dentro de un mismo concepto a distintos contratos como una compraventa ordinaria y cotidiana de un bien mueble, con algún otro contrato atípico e innominado y, a la vez, aparejarlo con la noción de contrato forzoso ortodoxo, contrato forzoso heterodoxo, contrato por adhesión, contrato dirigido, contrato tipo unilateral, contrato tipo bilateral, contrato-ley, etc., conceptos a los que nos referiremos más adelante.

Es que el grado de autonomía de la voluntad es variante e inconstante en cada una de estas figuras, trayendo como resultado que sea inexacto e incorrecto sostener, a grandes rasgos y sin matices, que el contrato es un acuerdo libre de voluntades –con las salvedades anotadas– destinado a regular a conveniencia, dentro del margen de lo lícito, las relaciones jurídicas de las partes.

⁴³ HERNÁNDEZ (1988), pp. 233-236; ATIYAH (1995), p. 36.

⁴⁴ HERNÁNDEZ (1988), p. 236.

⁴⁵ ATIYAH (1995), p. 23.

⁴⁶ HERNÁNDEZ (1988), pp. 236-239.

Con esto en mente, una vez profundizada en la explicación sobre lo que creemos que debemos entender por contrato, haremos un recuento de las fuentes obligacionales –no sin una brevísima nota histórica– con el fin de preguntarnos si el matrimonio encaja en la noción de contrato como fuente de obligaciones o si, más bien, resulta que sus obligaciones tienen en realidad fuente legal.

SOBRE EL ART. 1453 DEL CC:
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

El art. 1453 del CC, heredero del 1437 del CC chileno, contempla cinco fuentes de las obligaciones. Alejandro Guzmán Brito explica que este artículo no encuentra origen en el *Code* francés, pues no contaba con una división explícita de las fuentes obligacionales⁴⁷. Aunque este sistema tampoco le es por completo ajeno al régimen francés, habida cuenta de que esta división pentapartita ya tenía lugar en la doctrina de Robert Pothier, pese a que la única fuente obligacional desarrollada de manera considerable era el contrato mientras que el resto de fuentes contaban con explicaciones apenas superficiales⁴⁸.

Una de las novedades de la división en cinco de Robert Pothier fue que añadió a la ley dentro de esa clasificación. Se alejó de la clásica división justiniana de cuatro fuentes para añadir esta adicional⁴⁹. Ahora bien, Eric Descheemaeker explica que eso no hace a Robert Pothier el autor intelectual de esta quinta fuente, sino que esta ya tenía cabida en textos más antiguos⁵⁰.

Lo que ocurre, como escribe Eric Descheemaeker, es que la ley como fuente de obligaciones, tal y como se la entiende hoy, encuentra origen en una suerte de confusión. Sucede que en algún momento del siglo XIII se decía que las obligaciones tienen cinco fuentes: contrato, delito, cuasicontrato, cuasidelito y *otras*. Ahora bien, la curiosidad es que a esta quinta fuente que evidentemente tiene un carácter residual, es decir, que hace las veces de paraguas que cubra todo lo que no está cubierto ya por el resto de fuentes, se la acuñó como *ex lege* (es decir, de la ley)⁵¹. El propósito no era entender a la ley como una fuente directa y estricta de las obligaciones, sino simplemente como una quinta categoría que recoja los casos no contemplados por las cuatro fuentes principales⁵². Sucede, sin embargo, que por haberla acuñado de esa manera se generó la creencia de que aquella quinta fuente consistía en que las obligaciones nacen de forma directa de la ley, no como una categoría residual, sino autónoma y en pie de igualdad con las demás.

⁴⁷ GUZMÁN (2010), p. 17.

⁴⁸ POTHIER (1978), pp. 72-76.

⁴⁹ DESCHEEMAEKER (2009), p. 110.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

Eric Descheemaeker explica:

“what was originally a gross confusion was passed down through centuries to make its way into Pothier’s treatise; and, since then, enumerations of the causes of obligations in French law have invariably included these five categories”⁵³.

Eso generó que la ley como fuente directa de obligaciones sea objeto de diversas discrepancias acerca de su carácter y utilidad.

Esta clasificación sobrevivió hasta el siglo XIX, siglo en el que Andrés Bello acuñó a la ley como fuente autónoma de obligaciones en el art. 1437 del *CC* chileno, antecedente del art. 1453 del *CC* ecuatoriano, vigente desde 1860. Esta división de las fuentes obligacionales ha sido objeto de diversas críticas⁵⁴, además de que se ha propuesto que, en realidad, hay más fuentes que esas cinco⁵⁵. En lo que sigue, y de conformidad con esta clasificación obligacional, exponremos la relación –a veces, incluso, cooperación– entre la ley y el contrato como fuentes obligacionales, para con este fundamento explorar el origen de los deberes (¿obligaciones?) que surgen del matrimonio.

LEY Y CONTRATO COMO FUENTES OBLIGACIONALES: RELACIONES Y COOPERACIONES

291

Al declive del protagonismo de la voluntad le acompañó una corriente en materia contractual que distinguía a los contratos por el grado de autonomía de la voluntad que era permitido desplegar para efectos de su celebración. De esta manera, la voluntad de las partes se vio en gran parte asistida –a veces limitada– por la ley, surgiendo así un profundo diálogo entre el contrato y la ley como fuentes de obligaciones.

Surge, por ejemplo, la noción de contrato dirigido. El legislador impide a las partes regular el contrato de manera libre, por lo que toma su lugar y direcciona las cláusulas del contrato (cláusulas impuestas legalmente) con el fin, supuestamente, de proteger sus intereses y los de la sociedad⁵⁶. Como explica Jorge López Santa María, el contrato dirigido nace como respuesta a la proliferación de los contratos de adhesión que acostumbraban a imponer cláusulas abusivas sin disimulo, aunque no tiene como función exclusiva proteger al más débil, sino, también, proteger los intereses coyunturales de una sociedad en constante evolución⁵⁷. Es así que los contratantes aceptan vincularse por un marco legal preestablecido, para ellos inmodificable.

⁵³ DESCHEEMAER (2009), p. 110.

⁵⁴ OSPINA (1998), p. 130 y ss.; HERNÁNDEZ (1988), p. 219.

⁵⁵ PARRAGUEZ (2000), p. 87.

⁵⁶ LÓPEZ (1986), pp. 115-116.

⁵⁷ *Ibid.*

Resulta que la libertad contractual se ve coartada de forma significativa, quizá en pos de un objetivo mayor, por el legislador.

Adhiriendo al estatuto legal, el aceptante sabe ahora lo que le espera, y no tiene que temer ni trampas inopinadas ni cláusulas leoninas en la declaración contractual. Esta ventaja compensa con largueza la pérdida de libertad en la elección de las cláusulas del contrato. La libertad contractual, corolario de la autonomía de la voluntad, tiende a desaparecer; es que, en verdad:

“en las nuevas circunstancias en que la vida nos zambulle, sentimos por experiencia que la fuente del derecho contractual no es tanto la voluntad subjetiva de los particulares como la ley en sí misma. Nos hemos equivocado al pensar que el derecho privado fuese el reino de las voluntades individuales. Por encima de ellas percibimos la soberanía del derecho social, el predominio de la ley”⁵⁸.

Según el autor, situación similar experimentan otras figuras como los contratos forzosos, tanto los ortodoxos como los heterodoxos. El contrato forzoso ortodoxo consiste en que las partes negocian con libertad las condiciones de un contrato al que están obligados a celebrar⁵⁹. En cambio, el heterodoxo es aquel en el que se pierde en su totalidad la libertad contractual, ya que es el Estado el que no solo obliga a contratar, sino que, además, preconfigura de manera imperativa el régimen en cuestión⁶⁰.

Por supuesto que surge la duda acerca de si los contratos forzosos, en particular los heterodoxos, en efecto siguen siendo contratos. Esto en cuanto no existe manifestación alguna de voluntad. Como explica Jorge López Santa María, esta dificultad sería solucionada recurriendo a la diferencia entre el contrato entendido como un acto de constitución de la relación jurídica, y el contrato entendido como la relación jurídica que se constituye como consecuencia de él⁶¹. La noción de contrato forzoso heterodoxo encuentra serias dificultades para ser encasillado como un contrato si lo entendemos como acto constitutivo, dificultades que podrían ser superadas, según el autor, si lo comprendemos como el producto de aquella constitución: una relación jurídica obligatoria, de tipo contractual, entre un acreedor y un deudor⁶².

A esto debemos sumarle que los contratos típicos y nominados encuentran, con frecuencia, cláusulas establecidas en la ley. El art. 1562 del CC prescribe que los contratos no solo obligan a lo que en ellos se expresa, “sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”. De aquí la función integradora que la ley tiene sobre los contratos.

⁵⁸ LÓPEZ (1986), pp. 115-117.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 127.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Op. cit.*, p. 133.

⁶² *Ibid.*

Pensemos en la compraventa. Si en el contrato se pacta expresamente la obligación del comprador de pagar el precio y la del vendedor de entregar la cosa, ambos resultan obligados por el contrato, incluso, a pesar de que ambas obligaciones ya constan en el art. 1732 del *CC*. Pero supongamos que el bien vendido era un cuerpo cierto y las partes nada dijeron al respecto. Resulta que el vendedor tiene, además, la obligación adicional de conservar la cosa según el art. 1564 del *CC*.

En algún sentido, es claro que esa obligación encuentra origen en la ley. No fue pactada de forma expresa por las partes. Quizá lo fue tácitamente, suponiendo que las partes conocían esa consecuencia, lo cual puede no ser siempre cierto (por más que así se presume). Pero de eso no se sigue, al menos no de manera automática, que dicha obligación deba ser tratada como si su fuente fuera legal. Eso tendría la consecuencia, bastante nociva, de que ciertas obligaciones provenientes de un mismo contrato tengan que ser tratadas como si su incumplimiento acarrearía responsabilidad extracontractual y otras contractual. La dificultad se vuelve más evidente cuando, como nota Luis Sergio Parraguez, estas cláusulas no son apenas de la naturaleza del contrato (como la de conservar la cosa), sino que están imperativamente establecidas por el legislador para el vínculo contractual en cuestión⁶³.

Antonio Hernández Gil sentencia:

“la zona contractual aparece dividida en dos sectores: uno, en el que predomina la voluntad sobre la norma o, dicho de otro modo, la norma se traduce en una concesión de libertad dentro de ciertos límites; y otro en el que la norma se sobrepone a la voluntad”⁶⁴.

293

Y, con base en estas dificultades, el autor propone otra forma de clasificar a las fuentes obligacionales. En ese sentido, expondremos tanto la forma ordinaria de entender la relación entre la ley y el contrato como fuentes de obligaciones, como, también, las clasificaciones propuestas por Antonio Hernández Gil y Luis Díez-Picazo, para efectos de demostrar que todas las obligaciones que surgen del matrimonio, tanto en la una como en las otras clasificaciones, nacen de la ley y, por tanto, el régimen debe ser tratado como tal.

CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Como lo anotamos más atrás, la clasificación impuesta por el legislador ecuatoriano es pentapartita. Sobre esta clasificación, pese a las críticas que ha recibido, se ha dicho en suma lo siguiente, con ocasión de la ley y del contrato como fuentes de las obligaciones.

⁶³ PARRAGUEZ (2021), p. 287.

⁶⁴ HERNÁNDEZ (1988), p. 241.

En primer lugar, sobre la ley, es preciso recordar que según el art. 1453 del CC las obligaciones pueden nacer, además de por otros medios, “por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”. Se entiende a la ley como fuente inmediata de obligaciones jurídicas.

Por supuesto que se ha notado que, a fin de cuentas, toda obligación encuentra su fundamento último en la ley:

“hilando extremo de finura puede llegarse a un punto de último mediatismo en el cual, evidentemente, toda posible obligación encuentra su antecedente o causa final en la ley”⁶⁵.

Luis S. Parraguez cita al mismo Robert Pothier: “la ley natural es causa por lo menos mediata de todas las obligaciones”⁶⁶. Es que claro: si el contrato es obligatorio acaso lo es por el art. 1561 del CC⁶⁷, si los delitos o cuasidelitos generan obligaciones será acaso por el art. 2214 del *Código*, y lo mismo se podría decir sobre todas las fuentes.

Pero el CC contempla a la ley como una fuente junto con otras cuatro, por lo que de alguna manera es necesario hacerlas coexistir. Y es que alguna diferencia hay entre las obligaciones que nacen directamente de la ley con aquellas que no. Fabricio Mantilla Espinosa explica con eclecticismo:

294 “la ley es tanto fuente mediata como inmediata de las obligaciones. Es fuente mediata porque los vínculos jurídicos solo pueden existir si partimos de la existencia de las leyes, y es fuente inmediata de todas aquellas obligaciones específicas que no emanan de las otras fuentes”⁶⁸.

Es en este segundo sentido que Robert Pothier afirma: “hay obligaciones que tienen por sola y única causa inmediata a la ley”⁶⁹.

Así las cosas, la ley como fuente obligacional podría ser entendida en sentido amplio y en sentido estricto. Al ser la ley fuente última e indirecta de todas las obligaciones, se la está comprendiendo en sentido amplio. Se la percibe en sentido estricto cuando la obligación, además de tener a la ley como origen último, la tiene como causa inmediata. En estos casos, como afirma la doctrina, no existiría un puente entre la obligación y la ley: nacería directamente de ella⁷⁰.

⁶⁵ PARRAGUEZ (2000), p. 79.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ No desconocemos las profundas discusiones acerca de la fuerza obligatoria del contrato. Al respecto véase FRIED (1996), PIZARRO (2004) o PEREIRA (2016).

⁶⁸ MANTILLA (2015), p. 288.

⁶⁹ PARRAGUEZ (2000), p. 80.

⁷⁰ En los demás será el contrato, el cuasicontrato, el delito o el cuasidelito el puente que existe entre la ley y la obligación. La ley no es por sí misma fuente obligacional, sino que requiere de un acto (en los contratos) o de un hecho (en las demás fuentes) adicional para que se genere la obligación.

No cabe duda de que el *CC* entiende a la ley como fuente obligacional en sentido estricto: la ley será fuente solo en cuanto de ella, de forma inmediata, surja la obligación. René Abeliuk, citando el ejemplo por antonomasia, se refiere a la obligación alimenticia como aquella que nace en virtud de la ley, “sin que de parte del acreedor o del obligado se haya efectuado acto alguno que provoque el nacimiento de la obligación”⁷¹.

Por su parte, en cuanto al contrato se refiere, el art. 1454 del *CC* lo define de la siguiente manera: “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. El legislador no distinguió entre contrato y convención, aunque Luis S. Parraguez afirma que entre convención y contrato existe una relación de género a especie⁷². Convención es todo acuerdo de voluntades, todo negocio jurídico bilateral destinado a producir efectos jurídicos. Una convención bien puede crear, modificar o extinguir obligaciones. Por otro lado, contrato solo es un tipo de negocio jurídico bilateral: aquel que crea obligaciones⁷³.

Aquello es armónico con el art. 1453 del *CC* que le confiere al contrato la calidad de fuente obligacional. En consecuencia, todo contrato es una convención –supone un concurso de voluntades–, pero no toda convención es un contrato, toda vez que existen acuerdos que no tienen como fin la creación de obligaciones, sino que se limitan a modificar o extinguir obligaciones preexistentes. Guillermo Ospina sostiene:

“las obligaciones que nacen del contrato no encuentran su origen ni en la sola voluntad del acreedor ni en la sola voluntad del deudor, sino en el hecho de haber pactado ambos las restricciones jurídicas a su cargo y las facultades correlativas”⁷⁴.

Así, el principal objetivo del contrato, o acaso aquello que lo define, es su capacidad de ser fuente de obligaciones. No en vano el art. 1561 del *CC* prescribe: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. Si el contrato deja de ser fuente de obligaciones, no solo pierde su vigor, también se convierte en algo distinto⁷⁵.

⁷¹ ABELIUK (2009), p. 46.

⁷² PARRAGUEZ (2021), p. 81.

⁷³ *Ibid.* Ahora, Patricio Carvajal llama a la prudencia antes de atribuir esta sinonimia a una confusión pueril de Andrés Bello. Primero porque ambos conceptos sí han sido entendidos como sinónimos en otros contextos, y segundo porque esa sinonimia sí tuvo sentido en algún momento histórico. CARVAJAL (2007).

⁷⁴ OSPINA (1998), p. 39.

⁷⁵ Arturo Alessandri advierte: “cualquier otro acto jurídico que no tenga este objeto [crear obligaciones], no es contrato, aunque se trate de un acto jurídico bilateral o convencional”. ALESSANDRI (1988), p. 6.

OTRAS CLASIFICACIONES DOCTRINARIAS

Varios autores han encontrado serios desacuerdos con la clasificación pentapartita del CC. Luis Díez-Picazo, por ejemplo, la califica de defectuosa y asistemática⁷⁶, y en similar sentido se pronuncia Antonio Hernández Gil⁷⁷. Por estimarlas trascendentes, resumiremos las alternativas de clasificación propuestas por ambos autores.

El CC español también contempla una clasificación en cinco de las fuentes de las obligaciones, no muy distinta de la del 1453 del CCEcuatoriano⁷⁸. Ahora bien, Antonio Hernández Gil argumenta que esa clasificación tiene fines apenas didácticos. Para él, ni el art. 1089 del CC español y, en consecuencia, ni sus semejantes en tradiciones civilistas, formulan “una disposición legal con eficacia normativa directa”⁷⁹. Eso permite, a su decir, clasificar las fuentes de una manera diversa.

Antonio Hernández Gil estima que las particularidades del régimen contractual, sumadas a la inconsistencia del papel que en cada figura tiene la voluntad de las partes, permite cierta morigeración a la hora de categorizar las fuentes. Aboga por una clasificación tripartita:

- i) “la voluntad, con la cooperación de las normas generales reconocedoras de su eficacia, y con la cooperación, en su caso, de las normas tipificadoras y de las supletivas o integradoras de una voluntad no desarrollada totalmente”⁸⁰;
- ii) “la norma imponiendo consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones, sobre la base de un presupuesto de voluntad”⁸¹ y
- iii) “la norma imponiendo consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones, sin subordinación a un presupuesto de voluntad”⁸².

Sobre la primera, el autor explica que por antonomasia aquí entran los contratos típicos. Considera que, si bien la voluntad de las partes tiene un papel importante, la norma coopera a la producción de las obligaciones en un triple sentido:

- i) el contrato es fuente de obligaciones solo porque el ordenamiento le atribuye esa eficacia;
- ii) la tipicidad de los contratos no actúa como límite de la voluntad en cuanto, al pertenecer a la esencia de los contratos, son reglas modificables y

⁷⁶ Díez-Picazo (2008), p. 163.

⁷⁷ Hernández (1988), p. 219.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 213.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 218.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 242.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 255.

⁸² *Op. cit.*, p. 257.

iii) hay ciertas obligaciones que nacen de la ley, pero por obra y gracia de la celebración de un contrato, como aquellas que sin ser pactadas expresamente se entienden incorporadas en él, ya que, a su decir,

“estas obligaciones las crea la norma con ocasión del contrato, pero no proceden estrictamente de él; sin él no existirían, pero no es el contrato el que las origina”⁸³.

También incluye aquí a los contratos atípicos y a las promesas unilaterales.

El autor incluye en la segunda fuente a todos los casos en los que el ordenamiento jurídico:

“tomando como punto de partida una situación a la que han dado lugar o en las que se han introducido, siempre voluntariamente, las personas, impone como consecuencia incorporada, el nacimiento de determinadas obligaciones”⁸⁴.

A diferencia del caso anterior, aquí no hay una cooperación entre la voluntad y la norma, sino que en este caso la norma preconfigura unas consecuencias determinadas –siempre las mismas–, las cuales se producen en caso de que las personas observen una conducta singularizada⁸⁵. En esta categoría incluye a los contratos de contenido forzoso (en un sentido distinto a los contratos forzosos de Jorge López Santa María), asemejándolos con los contratos dirigidos. Así, explica que el contrato opera como antecedente de obligaciones imperativamente establecidas⁸⁶. Pero no solo incluye a estos contratos, sino, también, a las obligaciones reparatorias que nacen producto de los ilícitos civiles, así como, también, a la gestión de negocios sin mandato⁸⁷. El punto en común es que en todos estos casos existe un régimen predeterminado para el agente que o, bien, celebre un contrato voluntariamente o, bien, realice una conducta, con independencia de que en efecto haya querido obligarse o no.

Por último, la tercera fuente propuesta por el autor se refiere a aquellos casos en que, sin tener una manifestación de voluntad como antecedente, la norma impone consecuencias imperativas al agente. Ni hay cooperación entre la norma y la voluntad, ni tampoco presupone un factor volitivo:

⁸³ HERNÁNDEZ (1988), pp. 242-244.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 255.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.* El autor añade: “Las partes, en principio, son libres de contratar o no; pero el contenido del contrato (sí no en su totalidad, sí en los extremos considerados como socialmente importantes) viene predeterminado por la norma. No se deja a los contratantes que sean ellos los que decidan acerca de la regulación de los propios intereses. La ley por sí misma aprecia cuáles son los intereses protegibles, y con base en esa apreciación determina el alcance de las prestaciones”.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 256.

“generalmente parte de un estado de hecho o de una situación que se ha producido; y sobre esta base hace surgir obligaciones que tienden a corregir las consecuencias gravosas que se derivarían para una de las partes interesadas”⁸⁸.

En esta categoría incluye a las indemnizaciones producto de la responsabilidad objetiva (no se necesita un factor moral de reproche para que nazca la obligación), al enriquecimiento sin causa y a los contratos impuestos o forzosos (en el sentido de contratación impuesta, no en el sentido de que los términos de la contratación voluntaria son impuestos)⁸⁹.

Por otro lado, Luis Díez-Picazo considera que la clasificación podría, aun, ser más sintética:

- i) la autonomía privada y
- ii) la imposición heterónoma del Estado⁹⁰.

Con autonomía privada incluye a los negocios jurídicos teniendo al contrato como su protagonista. Dentro de esta clasificación incluye aquellos contratos con un acuerdo tácito o que provienen de una conducta social típica. Incorpora, a su vez, a las obligaciones derivadas de un testamento, pues sostiene: “es manifiesto que la obligación, aun teniendo su fuente última en el testamento, nace también de la aceptación del heredero”⁹¹. También incorpora dentro de esta clasificación, aunque no sin ciertas puntualizaciones y sospechas, a ciertos actos unilaterales de voluntad y a la promesa pública de recompensa⁹².

En cuanto a la otra fuente, el autor considera que todas aquellas obligaciones que no nacen de un negocio jurídico provienen de una imposición heterónoma que crea obligaciones entre privados: “la relación se crea por obra de un poder que es independiente de la voluntad de los sujetos”⁹³. Explica que la fuente de estas obligaciones:

“solo puede ser un acto de un órgano estatal que ostenta un poder suficiente y a quien el ejercicio de dicho poder le autoriza para constituir entre particulares relaciones jurídicas de Derecho privado”,

incluyendo a ciertos actos administrativos y a ciertos actos judiciales⁹⁴. Por último, comprende en esta categoría a los casos reglamentados por la ley, es decir, a las obligaciones que provienen

⁸⁸ HERNÁNDEZ (1988), p. 257.

⁸⁹ *Op. cit.*, pp. 262-268.

⁹⁰ Díez-Picazo (2008), p. 167.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 168.

⁹² *Op. cit.*, p. 174. A propósito de esta fuente menciona el autor a los cuasicontratos, aunque no necesariamente para incluirlos en la categoría sino más para exponer los serios problemas que ocasionan la labor de su incardinación. Considera la posibilidad que se incardinan dentro de las obligaciones derivadas de un enriquecimiento sin causa, con la salvedad de aquellos cuasicontratos que lidian con la gestión de negocios ajenos, toda vez que estos podrían, quizá, ser negocios jurídicos unilaterales.

⁹³ Díez-Picazo (2008), p. 182.

⁹⁴ *Ibid.*

“de supuestos de hechos legalmente tipificados o, si se prefiere, de acuerdo con la técnica tradicional, por las obligaciones que nacen directamente de la ley u obligaciones *ex lege*”⁹⁵.

Dentro de las obligaciones *ex lege* hace una nueva clasificación:

- i) aquellas que tienden a “reparar o restituir un equilibrio patrimonial roto como consecuencia de un acto ilícito o de una atribución injustificada” y
- ii) “aquellas obligaciones que nacen de un determinado estado o situación”⁹⁶.

El autor explica que, aquello que se ha tratado como contratos dictados o contratos forzosos no entran en la primera gran clasificación, sino en la segunda, toda vez que, si bien se trataría de casos en que una relación obligatoria con tintes similares a los contractuales tiene lugar, “les viene impuesta a los particulares por mandato de una autoridad estatal”, poniendo como ejemplo la imposición de celebrar un arrendamiento entre el propietario de una vivienda vacía y otra persona que carece de una”⁹⁷.

ACERCA DE LOS DEBERES MATRIMONIALES: ¿ALGUNO ES EN REALIDAD UNA OBLIGACIÓN?

Comprendido el alcance tanto del contrato como de la ley en su calidad de fuentes obligacionales de conformidad con las clasificaciones aquí expuestas, es preciso verificar cuáles son las obligaciones jurídicas que emanan del matrimonio para, solo después de eso, identificar su fuente.

A decir de René Abeliuk Manasevich, en términos generales, un deber jurídico es “una norma de conducta impuesta coactivamente por el legislador, en el sentido de que sanciona su inobservancia”⁹⁸. Del género deber jurídico, en sentido amplio, se desprenden tres especies particulares:

- i) el deber jurídico general,
- ii) el deber jurídico específico y
- iii) la obligación civil en sentido estricto⁹⁹.

El deber jurídico general se refiere a la imposición genérica de “actuar conforme a derecho, cumpliendo sus disposiciones imperativas, y absteniéndose de lo prohibido”¹⁰⁰. Su manifestación más importante quizá es el deber genérico

⁹⁵ DÍEZ-PICAZO (2008), p. 182.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 166.

⁹⁸ ABELIUK (2009), p. 30. En la misma dirección: “la obligación en sentido pasivo no es sino una especie de un concepto más amplio, el *deber jurídico*, definido como la necesidad en que, por mandato del ordenamiento jurídico, se encuentran los hombres de observar determinada conducta (hacer o no hacer algo)”. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2001), p. 9.

⁹⁹ ABELIUK (2009), p. 30.

¹⁰⁰ *Ibid.*

de abstención, “que pesa sobre todos los terceros de omitir o evitar cualquier hecho que perturbe o moleste al titular de un derecho en el goce del mismo”¹⁰¹. Tal es el caso de los derechos reales que, al ser absolutos, imponen un deber negativo de conducta a un sujeto pasivo universal¹⁰². Lo mismo podría decirse sobre el deber general de no dañar, conocido también como *alterum non laedere*.

Caso distinto es el de los deberes jurídicos específicos. Son aquellos que, si bien surten efectos en contra de personas particulares –son relativos, si se quiere–, carecen del elemento patrimonial que caracteriza a la obligación civil típica. René Abeliuk sostiene:

“se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales, en que por el contenido moral y afectivo que suponen, no son susceptibles ni de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios en caso de infracción”¹⁰³.

Según el autor: “tales son la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias entre padres e hijos, cónyuges entre sí, etc.”¹⁰⁴. Tampoco tarda en advertir que, a pesar de que el mismo legislador los trata como obligaciones, en estricto sentido no lo son¹⁰⁵.

Por último, la clasificación que más interesa para el estudio en cuestión tiene que ver con la obligación civil en sentido estricto. Luis S. Parraguez la define de la siguiente manera:

“La obligación típica u obligación en sentido estricto puede definirse como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor queda en la necesidad de realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer, en favor de otra denominada acreedor, de tal manera que compromete todo su patrimonio embargable en garantía de cumplimiento”¹⁰⁶.

El art. 596 del *CC* define a los derechos personales como aquellos

“que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”.

Es así que la obligación civil es la contrapartida de los derechos personales. Esta imposición de conducta puede reclamarse a un sujeto pasivo determinado y goza de un elemento patrimonial, distinguiéndose así tanto del deber jurídico

¹⁰¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2001), p. 9.

¹⁰² RAMOS (1999), p. 5.

¹⁰³ ABELIUK (2009), p. 30.

¹⁰⁴ *Ibid.* El art. 265 del *CC* prescribe: “los hijos deben respeto y obediencia al padre y a la madre”. Salta a la vista, desde luego, el carácter eminentemente moral de la disposición.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ PARRAGUEZ (2000), p. 21.

general como del específico. El art. 1453 del *CC*, referente a las fuentes de obligaciones, hace alusión, entonces, a este tipo de deber jurídico. Para que una convención sea contractual, de esta deben emanar obligaciones civiles en sentido estricto. Por decirlo de otro modo, este concurso de voluntades, para ser un contrato, debe dar paso al nacimiento de derechos subjetivos patrimoniales relativos.

Del matrimonio parecen no surgir deberes jurídicos generales. No cuenta con esta noción asimilable al derecho real que impone a un sujeto pasivo universal un deber pasivo de conducta. Pero de él sí surgen deberes jurídicos específicos. De ordinario, estos emanan de las relaciones de familia. El art. 136 del *CC* prescribe que “los cónyuges están obligados a guardarse fe”. Por su carácter extrapatrimonial y moral, el legislador hace mal en rotular esta imposición de conducta como una obligación. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic manifiestan: “el Código Civil no escapa a esta tendencia, y así, por ejemplo, señala como obligación el deber que tienen los cónyuges de guardarse fe”¹⁰⁷. La inobservancia de este deber no trae consecuencias jurídicas diferentes a la configuración de una de las nueve causales de divorcio consagradas en el art. 110 del *CC*.

A su vez, el art. 136 prescribe que los cónyuges se obligan a “socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”. La norma parece un enunciado moral de similar naturaleza al de la fidelidad. No se trata, sin duda, de una obligación. Ahora, con agudeza Farith Simon Campaña sostiene:

“el deber de auxilio se concreta en la obligación que tiene cada uno de los cónyuges de suministrar al otro el auxilio que necesite para sus acciones o defensas judiciales”,

prescrito por el art. 138 del *CC*¹⁰⁸.

Si bien esta segunda disposición tiene más tintes obligacionales por su potencial patrimonialidad¹⁰⁹, su concreción jurídica sigue siendo un tanto oscura. ¿Se trata de una obligación condicional cuya contingencia futura e incierta es la voluntad del cónyuge de recurrir a los tribunales con alguna pretensión? ¿O acaso la obligación nace cuando el cónyuge es demandado, o acaso citado? Si el cónyuge opta por demandar, ¿es una condición simplemente¹¹⁰ potestativa

¹⁰⁷ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2001), p. 9. Si bien los autores se refieren al *CC* chileno, hacen alusión a un artículo de idéntico tenor al 136 del *CC*.

¹⁰⁸ SIMON (2022), p. 142.

¹⁰⁹ Utilizamos el término ‘potencial’ porque desconocemos si el auxilio judicial al que se refiere el art. 138 es exclusivamente pecuniario. Es oportuno recordar que el art. 75 de la *Constitución de la República del Ecuador* establece que el acceso a la justicia debe ser gratuito, y que el 191 prescribe que la Defensoría Pública, órgano autónomo de la función Judicial, tiene como labor proveer servicio legal gratuito a todas las personas.

¹¹⁰ Es más, podría ser meramente potestativa si se considera que el cónyuge no podrá de mandar sin el auxilio de su pareja, por lo que su voluntad basta para dar nacimiento a la obligación.

del acreedor? Si se presenta una demanda en contra de esta persona, ¿se trata, entonces, de una condición casual cuya verificación pende de la conducta de un tercero? Pero es que, adicional, ¿quién sería el acreedor de esta obligación? ¿El cónyuge que participó en el juicio o acaso su abogado? ¿La contraparte procesal del cónyuge? Nos parece que esta indeterminación no permite concluir, sin más, que esta se trata de una obligación jurídica. Podría ser una obligación jurídica al considerar que podría iniciarse una acción civil con el fin de exigir dinero a una persona particular, a pesar de que consideramos que su alcance es ambiguo.

Más clara es la situación del primer inciso del art. 138: “los cónyuges deben suministrarse mutuamente lo necesario y contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común”. A decir de Farith Simon Campaña: “la obligación de suministrarse lo necesario y auxiliarse se concreta en el derecho a alimentos que tiene cada cónyuge respecto al otro”¹¹¹. El derecho a alimentos consagrado en el art. 349 del *CC* es un derecho personal que tiene cada cónyuge respecto del otro. En consecuencia, la contrapartida de este derecho alimenticio es una obligación jurídica en sentido restringido. Por su carácter patrimonial, por ser para el alimentario un derecho subjetivo patrimonial relativo, es decir, un derecho personal o de crédito que permite exigir judicialmente un monto pecuniario a un individuo determinado, es de manera evidente una obligación para el alimentante, y en este caso el *CC* acierta al momento de rotular la figura. Sobra adelantar que no hay duda de que la obligación alimenticia es de fuente legal y este punto no es controvertido por la doctrina.

Una posición más radical al respecto le es atribuible a Antonio Cicu, pues él considera que de una relación familiar ni siquiera pueden, por la fisonomía misma de una relación de este tipo, surgir obligaciones entendidas en el mismo sentido que en el derecho civil patrimonial¹¹². Y no solo eso, sino que, también, considera que al derecho de familia, al ser parte del derecho público, ni siquiera le es aplicable cualquier consideración relativa al negocio jurídico de derecho privado¹¹³.

Por lo anotado, somos de la postura de que, dentro de los deberes jurídicos que emanan del matrimonio, solo la pensión alimenticia es, si acaso, una obligación civil típica. Los demás se limitan a ser deberes jurídicos específicos de cuestionable fisonomía obligacional.

SOBRE LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES MATRIMONIALES

Con ocasión de la obligación mencionada, y comprendiendo que el contrato según el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe necesariamente crear obliga-

¹¹¹ SIMON (2022), p. 142. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que la pensión alimenticia podrá reclamarse aun si no se tiene un hogar común.

¹¹² CICU (1947), p. 122.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 297.

ciones, procederemos con el análisis de su fisonomía para efectos de verificar si en realidad se trata de un contrato o no.

*La relación entre la clasificación de las fuentes obligacionales
y el carácter contractual del acto jurídico*

Es incuestionable la moderna tendencia de verificar la justicia de ciertos actos jurídicos que antes eran irrevisables. Figuras como la lesión enorme, el *hardship*, las cláusulas abusivas, etc., pueden frustrar la ejecución o al contrato mismo, incluso, partiendo de la premisa de que aquellas cláusulas fueron pactadas en el legítimo ejercicio de la soberana voluntad de los contratantes. Es a todas luces evidente que la autonomía de la voluntad ha perdido protagonismo en el ámbito contractual.

No sin razón, y consciente de aquello, Antonio Hernández Gil ha propuesto una clasificación diversa de las fuentes de obligaciones, categorizando en distintas fuentes a diferentes tipos de contratos, sobre la base del grado de autonomía de la voluntad permitido para cada uno de estos. Lo cierto es que esta clasificación, así como aquella propuesta por Luis Díez-Picazo, revisten de un gigantesco valor al momento de clasificar las fuentes de las obligaciones, ya que, en efecto, es tanto conveniente como deseable que las fuentes sean clasificadas de la forma más sintética y didáctica posible.

Ahora, conviene reconocer que estas clasificaciones no parecen ser de gran ayuda para efectos de distinguir los actos jurídicos contractuales de aquellos que no lo son. Y esta distinción es crucial porque de eso depende una serie de consecuencias de extrema importancia, en particular con relación a si a esa figura le aplican o no todas las herramientas que el ordenamiento dispone para los contratos, como sus requisitos de validez, los remedios ante el incumplimiento, los mecanismos de terminación, etc. En ese sentido, si bien comprendemos que pueden existir acuerdos de voluntad que tienen menos o más autonomía de la voluntad y que amerita hacer ciertas distinciones al respecto (por ejemplo, que los contratos dirigidos tienen una fuente distinta a los contratos que no lo son), las diversas propuestas acerca de cómo clasificar a las obligaciones, en realidad son insatisfactorias al momento de verificar si la figura jurídica a analizar es en efecto un contrato.

Si bien estamos conscientes de las abiertas desavenencias que ha tenido la doctrina autorizada con respecto a la clásica clasificación pentapartita, nos parece que algo rescatable de ella es que dota de una clara línea divisoria de lo que es un contrato para distinguirlo de aquello que no lo es. Según el art. 1453, ciertas obligaciones nacen del concurso real de voluntades, mientras que otras nacen de fenómenos distintos a este. Primero lo primero: esta fuente obligacional exige, antes que todo, un acuerdo de voluntades. Y, de conformidad con la clasificación tradicional con adición a lo que la doctrina ha dicho al respecto, para que este acuerdo de voluntades sea un contrato debe, sí o sí, generar o producir obligaciones.

De ahí que estamos en desacuerdo con la postura de Jorge López Santa María de que los llamados contratos forzosos heterodoxos sean efectivamente contratos. Es que resulta imperativo que la noción de contrato venga aparejada con algún grado de manifestación volitiva. Alguno. Por el texto del art. 1453 se requiere de algún tipo de expresión de voluntad. De ahí que no pueden ser un contrato, como explica el autor en el derecho chileno, las hipotecas o prendas mobiliarias que se someten ciertas personas por el solo mandato de la ley cuando se han sometido a un proceso de insolvencia¹¹⁴. Una cosa será que el ordenamiento les dé consecuencias contractuales a ciertas relaciones, y otra cosa distinta es que entre ambas partes haya habido un contrato.

Luis Díez-Picazo apoya esta postura al considerar que los contratos forzosos no entran en su primera clasificación (actos voluntarios), sino en la segunda (obligaciones heterónomamente impuestas)¹¹⁵. Entonces, resulta que la fuente obligacional no es contractual, sino legal, y bajo el entendimiento común que se tiene sobre la materia en el derecho ecuatoriano no se puede concluir que aquello es un contrato por no ser un acuerdo de voluntades y porque, de serlo, de ahí no emanan sus obligaciones.

En ese sentido nos cuesta de nuevo coincidir con Jorge López Santa María al momento de considerar que un contrato puede ser tal, no por su acto constitutivo, sino por la relación constituida. Eso anularía por completo no solo la noción de acuerdo de voluntades, evidente requisito de todo vínculo contractual, sino, también, todas las consideraciones acerca de los negocios jurídicos, sus requisitos tanto de existencia como de validez. Acaso puede haber cierta utilidad en que a un vínculo se le trate como un contrato, ya sea porque así es más fácil definir a las partes de esa relación, ya sea porque parece que los contratos se cumplen con más frecuencia que la ley¹¹⁶. Pero creemos conveniente añadir una puntualización: podría ser práctico tratar a ciertas relaciones como si fueran contractuales, pero reconociendo que no lo son.

Sostiene Jorge López Santa María:

“muchas veces el legislador prefiere situar una relación jurídica en el marco contractual, en lugar del marco de las obligaciones puramente legales. Esta hipótesis no es exclusiva de la contratación forzosa. Se da también en casos de contratos voluntarios o discutidos”¹¹⁷.

A continuación, explica que en el ámbito chileno hubo un decreto ley relativo a inversiones que en lugar de imponer en los inversionistas extranjeros una serie de obligaciones de fuente legal:

¹¹⁴ HERNÁNDEZ (1988), p. 131.

¹¹⁵ Díez-Picazo (2008), p. 166.

¹¹⁶ López (1986), p. 136.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 135.

“la autoridad prefirió ahora el mecanismo contractual. Así, el ingreso de las inversiones al país solo se perfecciona mediante la suscripción de un contrato solemne entre el capitalista y el Comité de Inversiones Extranjeras”¹¹⁸.

Entendiendo la comparación, comprendemos que el legislador a veces prefiera contractualizar ciertos vínculos, pero una cosa es que lo haga exigiéndoles a los inversionistas que celebren un contrato para poder proceder con sus negocios, y otra cosa distinta es que de derecho se entiendan “celebrados” ciertos acuerdos. En este segundo caso ni siquiera hay una manifestación de voluntad.

De cualquier manera, nos cuesta encontrar una razón por la cual el legislador haya optado, como según Jorge López Santa María lo ha hecho en otros casos, por contractualizar al matrimonio no por su acto constitutivo, sino por su relación constituida. Si bien al matrimonio actual le antecede un acuerdo de voluntades, esta figura no encuentra ni sus requisitos de existencia ni de validez en normas contractuales. Lo mismo con todas las reglas relativas a la terminación del vínculo porque no le aplica ninguna regla contractual para sus efectos. No parece que sus razones sean aplicables para este caso.

Esto nos permite reflexionar acerca del papel que ejerce la función integradora de la ley en materia contractual. Si bien es cierto que ciertas obligaciones no provienen del explícito acuerdo de las partes y en algún sentido sí encuentran su origen en la ley, eso no significa que merezcan ser tratadas como obligaciones cuya fuente sea legal. Patrick Atiyah sostiene que parece un error afirmar que los elementos naturales de los contratos fueron pactados por las partes, en vista de que ese tan solo *podría ser* el caso¹¹⁹. Pero una cosa es reconocer que son normas que integran el contrato sin haber sido pactadas, y otra distinta es pretender darles un tratamiento distinto que al resto de obligaciones que sí fueron pactadas. Es que la función integradora es justo eso, integradora: aquellas reglas ahora forman parte del contrato por más que estén en la ley y no en el acuerdo explícito de las partes.

De esta manera, es de nuestro criterio que no porque ciertas obligaciones no hayan integrado el contrato por el pacto expreso de las partes sino por disposición legal se las deba tratar como si su fuente sea legal. Es cierto que no estaban mencionadas en el contrato, pero por disposición legal se las trata como si sí lo hubieran estado.

El cambio de estado civil como principal consecuencia del matrimonio

A la luz de lo dicho, creemos que el matrimonio es una figura particular y en varios sentidos distinta de los contratos. El hecho de que limite con severas restricciones la autonomía de los contrayentes al momento de configurar el vínculo

¹¹⁸ LÓPEZ (1986), pp. 135-136.

¹¹⁹ ATIYAH (1995), p. 13.

no lo hace menos contrato. Son otras las características que sí. Lo que distingue al matrimonio de todo el resto de contratos, ya sean típicos o atípicos, es que –y esto es fundamental– la convención matrimonial cambia el estado civil de las personas. En lo que a nuestro conocimiento respecta, ningún contrato produce este efecto. Daniel Markovits y Gabriel Rauterberg, en un contexto anglosajón, lo notan y sostienen que el matrimonio, al cambiar el estatus jurídico de las personas, tiene consecuencias jurídicas que un contrato no podría de ordinario alcanzar¹²⁰.

No solo en la actualidad, sino, también, en la historia el matrimonio ha sido capaz de modificar situaciones normalmente inalterables por vía contractual. Por ejemplo, hasta el año 1970, en Ecuador se mantuvo vigente la figura de la potestad marital, definida por el art. 156 del *CC* como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y los bienes de la mujer”. Farith Simon Campaña comenta: “en el mundo occidental la familia constituida por matrimonio se sometía a la *potestad* del marido” y, en consecuencia,

“la mujer casada era incapaz relativa, debía vivir en el domicilio fijado por el marido, le debía obediencia y se sometía a las decisiones económicas que este tomaba”¹²¹.

306

Más allá de que por fortuna esta disposición fue derogada en 1970¹²², es contundente al demostrar el largo alcance que el matrimonio, como figura jurídica, ha tenido en los últimos años. ¿Qué contrato es o ha sido capaz de hacer algo parecido?

Si bien eso cambió y en Ecuador el matrimonio hoy se cimienta “en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”¹²³, sigue siendo apto para modificar su estado civil. Esto lo distingue de cualquier otra convención a la que pretenda atribuírsele la calidad de contrato. Por lo propio, en realidad su “principal consecuencia es el cambio de estado civil y la nueva situación jurídica de casados o cónyuges”¹²⁴.

Cabe ahora preguntarse cuál es la consecuencia de aquel cambio de estatus jurídico. El art. 331 del *CC* define al estado civil como “la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”. Según este artículo, entonces, la obligación se contrae desde que la calidad del individuo se modificó; es decir, la consecuencia del matrimonio es el cambio del estado civil y la ulterior consecuencia de este

¹²⁰ MARKOVITS & RAUTERBERG (2018), p. 1453.

¹²¹ SIMON (2022), pp. 136-137.

¹²² Argentina también experimentó esta transición y no fue pacífica. De manera sorpresiva, Jorge Mazzinghi consideró que la potestad marital debía mantenerse y argumentó que democratizar las decisiones conyugales obliga con ineficiencia a que los conflictos domésticos se resuelvan poniéndolos a consideración de un tercero. MAZZINGHI (1999), pp. 67-70.

¹²³ *Constitución de la República del Ecuador* (2008), art. 67.

¹²⁴ SIMON (2022), p. 139.

cambio es la adquisición de derechos y obligaciones. Las obligaciones que el *Código* contempla para los contrayentes les son aplicables justo por su nueva calidad jurídica y no por la convención celebrada entre ellos.

Antonio Cicu lo sentencia al considerar que, en las relaciones jurídicas familiares, no es la voluntad de los contrayentes lo que los hace adquirir derechos y obligaciones sino el nuevo estatus adquirido:

“[...] mientras en cualquier otro caso la voluntad privada, si no puede alcanzar ciertos efectos de otro modo que sometién dose a las normas de ley, puede, sin embargo, por lo general producir los efectos meramente obligatorios, en los contratos de derecho de familia esto no vale, porque los efectos no se derivan de la voluntad, sino del *status*. Esto es, la voluntad en los negocios jurídicos de derecho de familia no está dirigida a dar vida a aquellos determinados derechos y obligaciones, sino únicamente a fundar una relación de la que resulta un *status* (p. 177); derechos y obligaciones tienen su raíz en este y no en la voluntad, y están, por consiguiente, sustraídos a la influencia de las partes”¹²⁵.

El autor considera que el negocio jurídico de derecho privado requiere de una manifestación de voluntad, pero no de cualquiera: debe tratarse de una que:

“se encuentre dirigida a un propósito al que precisamente la ley presta su tutela: es este propósito el que constituye la materia del negocio y en base al mismo deberá decidirse de la aplicación de estas o aquellas normas jurídicas”¹²⁶.

307

Y sostiene que, por más intentos que se hagan sobre encontrar este elemento en el matrimonio, la empresa fracasa, toda vez que la voluntad no puede modificar sus términos y, por tanto, tampoco pueden “prefijarse propósitos prácticos diversos de aquello que correspondan a tal regulación”¹²⁷. Por eso concluye:

“los efectos jurídicos se manifiestan no en cuanto concurre el propósito dirigido a producirlos, sino en cuanto lo que se quiere es solamente la creación de un *status*, del que después los efectos emanan”¹²⁸.

De lo anterior se desprende que la fuente de las obligaciones matrimoniales en realidad no es contractual, sino legal. Por la propia definición que el *Código* le da al estado civil –como habilitante para contraer obligaciones–, y porque la convención modifica el estado civil de las personas, es forzoso que el génesis de estas obligaciones sea la ley. Caso contrario, existiría una irreconciliable anti-

¹²⁵ C ICU (1947), pp. 296-297.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 304.

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 305.

¹²⁸ *Ibid.*

nomia entre los arts. 81 y 331 del *CC*. Si el 81 prescribe que el matrimonio es un contrato, eso significa que le está dotando al mismo la capacidad de ser fuente obligacional. Pero, de ser así, el art. 331 carecería de efectos en cuanto no fue el cambio de estado civil el que habilitó a los cónyuges a contraer obligaciones. En otras palabras, el art. 331 es un punto medio entre la convención matrimonial y la adquisición de las obligaciones. El matrimonio no puede crear obligaciones por sí mismo porque necesita de la figura del estado civil para hacerlo. Por el contrario, los contratos, con su rigurosa autosuficiencia, son capaces de crearlas por sí mismos.

Llama la atención el caso de la unión de hecho. Si el matrimonio es un contrato, ¿por qué no se afirma lo mismo sobre la unión de hecho cuando es inscrita por los convivientes en el Registro Civil? Porque el art. 56 de la LOGIDC reconoce que esta convención no es fuente obligacional:

“la unión de hecho no actualizará el estado civil mientras la misma no se registre en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cédulación, en cuanto habilita a las personas a ejercer derechos o contraer obligaciones civiles”.

Son figuras idénticas: ambas son convenciones que actualizan el estado civil de las personas. La adquisición de las obligaciones, por el art. 331 del *CC*, solo ocurre como consecuencia de aquello. ¿Por qué el legislador contractualizó al matrimonio, pero no a la unión de hecho? ¿Es esto, acaso, evidencia de que el rótulo contractual que se le asignó al matrimonio responde a influencias externas –y, por lo tanto, artificiales– que forzosamente desatienden a su sustancia?¹²⁹.

Es preciso distinguir dos momentos. En el primero, cuando se celebra el matrimonio, solo se modifica el estado civil de las personas. Aquella es una convención que sin crear obligaciones consigue –y a eso se limita– alterar la calidad jurídica de los contrayentes por mandato de la ley¹³⁰. En un segundo momento, y fruto de este nuevo estado civil, la ley asigna ciertas obligaciones a estos individuos considerando que ahora, y antes no, ostentan la condición jurídica necesaria para contraerlas. Prueba de que las obligaciones se contraen como consecuencia del cambio de estado civil es que, según el art. 128 del *CC*, las mismas se extinguen no por la sentencia de divorcio que terminaría el supuesto contrato, sino por su inscripción en el Registro Civil.

¹²⁹ En Chile la unión civil sí tiene rótulo contractual. Para un interesante cuestionamiento sobre su carácter contractual véase OPAGO (2017).

¹³⁰ Así, por ejemplo, Luis S. Parraguez afirma que un negocio jurídico podría crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. PARRAGUEZ (2021), p. 39. Por poner un ejemplo, el art. 259 del *Código Civil y Comercial de la Nación* argentino define al acto jurídico como aquel “que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Es decir, los negocios jurídicos no se limitan a intervenir en el mundo de las obligaciones, sino, también, influyen en algo más amplio: en las relaciones y situaciones jurídicas, incluyendo, claro está, al estado civil.

La lógica puede asimilarse a la de las obligaciones *propter rem*. A decir de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, “son aquellas que incumben al propietario o al poseedor de una cosa por el solo hecho de serlo”¹³¹. Prueba de aquello es que, si se transfiere el dominio de la cosa:

“la obligación se traspassa al sucesor en forma automática: cambia el titular de la posesión o del dominio, cambia también, al mismo tiempo, el sujeto pasivo de la obligación, sin que sea necesaria ninguna estipulación especial de transferencia o una declaración por parte del sucesor particular de hacerse cargo de la obligación”¹³².

¿Cuál es la fuente de estas obligaciones? Siguiendo un razonamiento que le atribuye un carácter contractual al matrimonio, se debería sostener que la fuente de una obligación *propter rem* es contractual. Pero eso es incorrecto.

Si A le vende a B –transfiriéndole la propiedad– un bien inmueble sujeto a una obligación ambulatoria, B sería deudor de esta, pero no por el contrato de compraventa que celebró con A, sino por disposición legal que le es aplicable justo por su nuevo estatus de propietario. Es probable que B sepa de antemano que al adquirir el dominio del inmueble contraerá esta obligación. Si bien la compraventa tuvo que suceder para que el nuevo titular contraiga la obligación, en términos jurídicos son momentos diferenciables.

Nos valdremos de un ejemplo tributario. Catalina García Vizcaíno sostiene que la obligación tributaria “radica en la ley” y que “la voluntad de las personas no puede generarla”¹³³. Sin embargo, el hecho generador que da nacimiento a la obligación muchas veces puede venir de actos voluntarios del sujeto pasivo tales como la generación de renta, la compra de un determinado bien de consumo o la transferencia de dominio de un determinado bien. ¿Eso significa que la fuente de la obligación dejó de ser legal? En absoluto. La conducta del contribuyente, aun a sabiendas, fue la que lo puso en la posición legal que lo hizo encajar con el presupuesto jurídico que lo subsume en la norma y le hace deudor de una obligación tributaria. Es cierto que sin su conducta no se hubiese convertido en deudor, pero no es menos cierto que la fuente obligacional no experimenta alteración alguna.

Algo similar podríamos decir, a su vez, sobre la misma obligación alimenticia. Hacer esta distinción traería como consecuencia, inverosímil e inviable en nuestro criterio, que del art. 349 del CC se desprenden diversas obligaciones alimenticias, y que, si bien la obligación alimenticia entre cónyuges tiene fuente contractual, el resto de casos no la tienen.

¹³¹ ALESSANDRI y SOMARRIVA (1974), p. 178.

¹³² *Ibid.* Por ejemplo, los arts. 878 y 882 del CC imponen a los propietarios del inmueble ciertas obligaciones relativas a los linderos.

¹³³ GARCÍA (1999), p. 309.

Por lo expuesto, es de nuestro criterio que las obligaciones matrimoniales encuentran su origen en la ley y no en un supuesto contrato. Como la convención matrimonial altera la calidad jurídica de los contrayentes, y la ley contempla obligaciones específicas para las personas con esta nueva calidad, es la misma ley la que atribuye tales obligaciones. En consecuencia, en vista de que de ese acuerdo de voluntades no emanan obligaciones, no estamos ante un contrato.

*¿Hacia una verdadera negociación
de los términos del matrimonio?*

Habiendo negado el carácter contractual del matrimonio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y más allá de que la autonomía de la voluntad es muy limitada, es oportuno preguntarse si acaso el matrimonio está encaminándose hacia un régimen que permita a los contrayentes desplegar su autonomía con más libertad. Gary Becker y Richard Posner sostienen que si esta posición parece radical es solo por falta de perspectiva histórica¹³⁴. Es una figura que ha experimentado todo tipo de formas muy variadas:

“Marriage has changed enormously over the course of history. In many cultures, it has signified the purchase of a woman by a man’s family. In other cultures, instead of a bride price, there is a dowry (an approximation to the purchase price for a husband, paid by the wife’s family). Arranged marriages, often of children, have been common. Divorce at will by the man only has been common; likewise, of course, polygamous marriage (including in the Old Testament). Trial marriages, defeasible if the wife fails to become pregnant, were a Scandinavian institution. Shia law recognizes temporary marriages. ‘Companionate’ marriage, in which husband and wife are expected to be best friends, is a modern institution. In short, marriage has changed greatly in history, and it would be foolish to think that the current marriage conventions will remain fixed for all time. With the rise of no-fault divorce, the enforcement of prenuptial agreements, and the decline of alimony, marriage is evolving in the direction of contract”¹³⁵.

El matrimonio es una figura flexible y susceptible al cambio. Si bien es cierto que en Ecuador sus efectos patrimoniales son negociables a través de una capitulación matrimonial, sus consecuencias personales no. ¿Podrían estos elementos personales ser algún día el producto de una fría y estratégica negociación entre los futuros cónyuges?

El *Restatement (Second) of Contracts* da cuenta de que en Estados Unidos se dio un primer paso al permitir la modulación de los efectos personales del matrimonio siempre que no se altere un elemento esencial de la relación matrimonial en perjuicio del interés público:

¹³⁴ BECKER & POSNER (2009), p. 19.

¹³⁵ *Ibid.*

“§ 190 (1) A promise by a person contemplating marriage or by a married person, other than as part of an enforceable separation agreement, *is unenforceable on grounds of public policy if it would change some essential incident of the marital relationship in a way detrimental to the public interest in the marriage relationship [...]*”¹³⁶.

En la misma línea, Gary Becker y Richard Posner consideran que, dejando de lado los costos por la agitada controversia social que aquello generaría, dotar de más autonomía a los contrayentes es razonable desde una mirada económica en cuanto permitiría a los contrayentes crear un régimen matrimonial que mejor se adapte a sus preferencias, necesidades y particularidades¹³⁷.

Los mismos autores, es más, prevén una situación en la que los cónyuges no quisieran tomarse la molestia de manufacturar su propio régimen conyugal. Como solución proponen la posibilidad de adherirse a un contrato matrimonial genérico tipificado en la ley¹³⁸. De esta forma, nadie estaría forzado a personalizar su régimen matrimonial. La idea no suena tan descabellada después de todo.

CONCLUSIONES

El matrimonio no es una figura que existe en el aire y que debe ser descubierta. A diferencia de los *Aisat-naf*, hoy comprendemos que los *tú-tús* modernos carecen de una existencia material. Las figuras son creadas por y para las personas. Al ser humano no le corresponde develar su naturaleza jurídica –carece de una–, sino asignarle causas y consecuencias con base en principios y valores que en un determinado tiempo y espacio encuentre deseables.

Lo que sí, estimamos incorrecto catalogar y tratarlo como un contrato. Si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes, no es cierto que todo acuerdo de voluntades sea de naturaleza contractual. Un contrato es una convención que crea obligaciones. ¿Qué pasa si no lo hace? Pues deja de ser un contrato. No deja de ser una convención, no pierde su calidad de negocio jurídico bilateral, pero sí se extravía su fisonomía contractual.

Las obligaciones que surgen de él no encuentran su génesis en el acuerdo de voluntades, sino en la misma ley. Los contrayentes, al modificar su estado civil, adquieren un nuevo estatus jurídico que los habilita a contraer ciertos derechos y obligaciones; no es del mismo contrato de donde emanan sus obligaciones jurídicas.

Ahora bien, pretendemos explicar la situación actual, mas no dar un juicio valorativo sobre ella. Es oportuno preguntarse si acaso el matrimonio y su régi-

311

¹³⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE (1981) §190 (1). Énfasis añadido. Para más profundidad véase SINGER (1992), pp. 1460-1461.

¹³⁷ BECKER & POSNER (2009), p. 19.

¹³⁸ *Ibid.* Los autores lo ven como una *one-size-fits-all solution*.

men apunta hacia una potencial negociación entre las partes y, por qué no, reflexionar sobre su conveniencia. Es una figura que ha adoptado todo tipo de formas, descabelladas y extrañas para un lector moderno, a lo largo de la historia. El matrimonio compañerista, como expresión jurídica del afecto y amor entre dos personas, a pesar de que en el siglo XXI parezca la única opción posible, es un concepto moderno.

Esta visión panorámica permite aproximarse a él con una dosis mayor de escepticismo. No es cosa extraña que los cimientos de una figura tan transcendental sean modificados. Darles autonomía a los contrayentes es menos audaz de lo que podría parecer. Un matrimonio en el que las partes pacten con plena libertad sus términos y condiciones parece ser, de hecho, una propuesta bastante cuerda. ¿Hacia allá vamos como sociedad? ¿Es acaso una posibilidad o, más aún, una probabilidad? La pregunta queda abierta.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMERICAN LAW INSTITUTE (1981). *Restatement (Second) of Contracts*. Saint Paul: American Law Institute Publishers.
- ABELIUK MANASEVICH, René (2009). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Temis S.A./Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1988). *Derecho civil. De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar/Conosur Ltda.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA (1974). *Curso de derecho civil. Los bienes y los derechos reales*. Santiago: Editorial Nascimento.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC HAKLICKA (2001). *Tratado de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo primero: volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases.
- ATTYAH, Patrick (1995). *Una introducción al derecho de contratos*. 5ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo y José RIVERA RESTREPO (2015). “¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?”. *Ius et Praxis*, año 21, n.º 2. Talca.
- BECKER, Gary & Richard POSNER (2009). *Uncommon Sense: Economic Insights, From Marriage to Terrorism*. Chicago: The University of Chicago Press.
- BIX, Brian H. (2010). “Law and Language: How Words Mislead Us”. *Jurisprudence*, vol. 1, No. 1. London.
- BORDA, Guillermo J. (2018). *Derecho civil. Familia*. Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley.
- BULYGIN, Eugenio (1961). *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- CARVAJAL, Patricio (2007). “Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. ‘Contrato’ y ‘convencción’ como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 2. Santiago.
- COHEN, Felix (1935). “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”. *Columbia Law Review*, vol. XXXV, No. 6. New York.
- COONTZ, Stephanie (2006). *Historia del matrimonio: cómo el amor conquistó el matrimonio*. Barcelona: Gedisa.
- CICU, Antonio (1947). *El derecho de familia*. (trad.) Santiago SENTÍS MELENDO. Buenos Aires: Ediar Editores.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004). “La familia en el Código Civil francés y en el Código Civil chileno”, en Ian HENRÍQUEZ HERRERA y Hernán CORRAL TALCIANI (eds.). *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*. Santiago: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Cuadernos de Extensión Jurídica 9.
- DESCHEEAEMAKER, Eric (2009). *The Division of Wrongs: A Historical Comparative Study*. Oxford: Oxford University Press.
- DE RUGGIERO, Roberto (1978). *Instituciones del derecho civil*. Madrid: Reus.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Pamplona: Thomson Civitas.
- FRIED, Charles (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. (trad.) Pablo RUIZ-TAGLE VIAL. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis (1986). *La ciudad antigua*. México: Porrúa.
- GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina (1999). *Derecho tributario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, tomo I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010). “Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República (VI). Sobre las fuentes del tít. 1º del lib. 4º del ‘Código Civil de Chile’ y de sus proyectos”. Disponible en www.projuepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1 [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1988). *Derecho de obligaciones*. 2ª reimp. Madrid: Ceura.
- JUAN PABLO II (1991). *Código de derecho canónico*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- LARREA HOLGUÍN, Juan (1998). *Manual elemental de derecho civil en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, tomo III.
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos (2005). *Manual de derecho de familia y tribunales de familia*. Santiago: Librotecnia, tomo I.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1986). *Los contratos. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2015). “La ley como fuente de las obligaciones”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.). *Derecho de las obligaciones. Con propuestas de modernización*. Bogotá: Editorial Temis y Universidad de los Andes, tomo I.
- MARKOVITS, Daniel & Gabriel RAUTERBERG (2018). *Contracts: Law, Theory and Practice*. Saint Paul: Foundation Press.

- MAZZINGHI, Jorge Adolfo (1999). *Derecho de familia. Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, tomo II.
- MIZRAHI, Mauricio (1998). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma.
- NÚÑEZ DÁVILA, Sergio (2021). “Divorcio incausado: una urgente actualización normativa”. *USFQ Law Review*, vol. 8, n.º 2. Quito.
- OPAZO GONZÁLEZ, Mario Alejandro (2017). “¿Es realmente un contrato el acuerdo de unión civil?”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 33. Disponible en <https://doi.org/10.18601/01234366.n33.04> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo (1998). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis Sergio (2000). *Manual de derecho civil ecuatoriano. Libro cuarto. Teoría general de las obligaciones*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, vol. I.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis Sergio (2021). *Régimen jurídico del contrato*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2019). “Muerte del contrato”, en Esteban PEREIRA FREDES (ed.). *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago: Rubicón Editores.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*. Santiago: Legal Publishing.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004). “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, n.º 2. Santiago.
- POPPER, Karl R. (1966). *The Open Society and Its Enemies*. New Jersey: Princeton University Press.
- POTHIER, Robert J. (1846). *Tratado del contrato de matrimonio*. (trad.) Mariano NOGUERA y Francisco CARLES. Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger.
- RAMOS PAZOS, René (1999). *De las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROSS, Alf (1957). *Tû-Tû*. (trad.) Genaro R. CARRÍO. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Texto original publicado en *Harvard Law Review*, vol. 70, No. 5. Cambridge.
- SIMON CAMPAÑA, Farith (2022). *Manual de derecho de familia*. 2ª ed. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- SINGER, Jana B. (1992). “The Privatization of Family Law”. *Wisconsin Law Review*. Madison.
- VILADRICH, Pedro-Juan (1999). “El progreso en la comprensión y expresión del matrimonio: la noción de institución”. *Ius Canonicum*, n.º 39, volumen especial. Pamplona.
- WEINRIB, Ernest J. (2017). *La idea de derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.

Normas citadas

Código Civil de Ecuador (1860). *Suplemento Registro Oficial* n.º 46, 24 de junio de 2005. Disponible en https://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/RE

GOFORIGINAL/2005/DEE0117AC9FDAE2F1D183C87E65580C48
F0147E2.pdf [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Aprobado por Ley 26994 el 1 de agosto de 2015.
Código Orgánico General de Procesos (2015). *Suplemento Registro Oficial*, n.º 506, 22 de mayo de 2015.
Constitución de la República del Ecuador (2008). *Registro Oficial* 449, 20 de octubre de 2008.
Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. *Suplemento Registro Oficial* n.º 684, 4 de febrero de 2016.

Jurisprudencia citada

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador (2025): 14 de febrero de 2025, causa 71-21-IN.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
arts.	artículos
Av.	avenida
CC	<i>Código Civil</i>
coord.	coordinadora
ed.	editor <i>a veces</i> edición, editorial
eds.	editores
etc.	etcétera
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
J.S.D.	Juridicae Scientiae Doctor
Ltda.	limitada
LL.M.	Master of Laws
LOGIDC	Ley Orgánica de la Gestión de la Identidad y Datos Civiles
n.º	número
No.	number
n/d	no disponible
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
ORCID	Open Researcher and Contributor ID
p.	página
pp.	páginas
reimp.	reimpresión
S.A.	sociedad anónima
ss.	siguientes <i>a veces</i> <i>suivant</i>
trad.	traducción
vol.	volumen