

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

“ANDRÉS F. CÓRDOVA”

ESCUELA DE DERECHO

**TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA**

TEMA:

**“PROMESA DE COMPRA-VENTA DE LOS BIENES INMUEBLES SEGÚN
LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.”**

AUTOR:

DIEGO CEVALLOS

DIRECTOR DE TESIS:

DR. OSWALDO CEVALLOS F.

QUITO, ECUADOR

AÑO 2014

DEDICATORIA

Exteriorizo mi sincero agradecimiento a la Universidad Internacional del Ecuador en los que están insertos los catedráticos, personal administrativo que hicieron posible mi formación académica, lo que me permitirá marcar un sendero a futuro, gracias a esa huella que se me ha impregnado en la educación e instrucción, donde el Dr. Oswaldo Cevallos Fabara, cumplió también su aporte final que viabilizo mi tesis de grado.

No puedo excluir de mi pensamiento y sentimiento a mis Padres, esposa y a mi hija, quienes con toda mi familia fueron un soporte permanente hasta culminar mi carrera profesional.

Finalmente, mi compromiso de servicio al país, gracias a ese contingente de mi formación académica, que es el fiel reflejo de lo que es la Universidad y mis profesores.

C E R T I F I C A C I Ó N

Yo, Diego Andrés Cevallos Villavicencio, portador de la cédula de ciudadanía N° 1714318258, egresado de la Facultad de Jurisprudencia “Andrés F. Córdova” de la UIDE, declaro que soy el autor exclusivo de la presente investigación y que esta es original, autentica y personal mía. Todos los efectos académicos y legales que se desprenden de la presente investigación, serán de mi sola y exclusiva responsabilidad.

Quito, 30 de abril de 2014

Diego A. Cevallos V.

INDICE

PORTADA	i
DEDICATORIA.....	ii
CERTIFICACIÓN.....	iii
INDICE.....	iv
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPITULO I

1.- GENERALIDADES.

1.1. Definiciones y Conceptos.	6
1.2 La promesa en el Derecho Romano y su evolución.....	8
1.3 Obligaciones a la conducta contractual de la promesa.-	14
1.4 El contrato de promesa frente a otras figuras que generan obligaciones.-.....	18

CAPITULO II

2. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRA VENTA.

2.1-Importancia.	20
2.2 Doctrina y sus normas sustantivas en el contrato de promesa de compra	20
2.3 Características principales del Contrato de Promesa de Compra venta.....	22
2.3.1 Principal, Autónomo e independiente	22
2.3.2 General	24
2.3.3 Celebración Consensual.-	24
2.3.4 Solemnidad-.....	25
2.3.5. Prohibitivo	27
2.3.6. Fuente de Obligaciones previsto en el futuro	27

CAPITULO III

3.- SOLEMNIDADES GENERALES DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA

3.1 Existencia y validez	30
3.2 Requisitos particulares del contrato de promesa.-	34
3.3 El contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles debe constar en instrumento público.-	34
3.4. Obligación de celebrar un contrato eficaz.-	38
3.5 Prohibición de enajenar, embargo o patrimonio familiar.-	42
3.6 Plazo determinado en el contrato de promesa de compraventa.-	47
3.7. Naturaleza jurídica en la promesa de compraventa.	54

CAPITULO IV

4.- DE LAS GARANTÍAS:

4.1 Análisis Previo.-	56
4.2 Las Cauciones.-	59
4.3 Otras Garantías.-	63
4.4 Cláusula Penal.-	64

CAPITULO V

5.- DE LOS EFECTOS

5.1 La obligación de celebrar el contrato prometido.-	71
5.2. Cumplimiento de la Obligación.-	73
5.3 Ejecución forzada de la Obligación.-	78
PROMESA DE COMPRAVENTA	80

CAPITULO VI

6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA

6.1 Por cumplimiento o ejecución forzada.-	93
6.2 La caducidad.-	96
6.3 Por caso fortuito o fuerza mayor.-	97
CONCLUSIONES.-	99
RECOMENDACIONES	101
BIBLIOGRAFIA.-	102

INTRODUCCIÓN

Como paso previo al estudio y análisis del tema, materia de la presente Tesis de Grado, es necesario retrotraernos en tiempo y espacio, a efecto de llevar una revisión parcial del gran entorno en el que se desenvuelve la sociedad a la que nos pertenecemos, donde se aplican las diferentes normas jurídicas configuradas a través de la historia.

Si bien es cierto que Aristóteles al referirse al hombre, dice de él, que es un animal que por naturaleza no puede desenvolverse solo ó de manera aislada y por ello, se fueron configurando grupos sociales que partiendo de la Tribu, Clan, Horda, Ayllu, Federación, Confederación etc. O cualquier clasificación ascendente, dan cabida a posteriori a la Nación (como la agrupación de personas con tradiciones, costumbres, mandamientos propios del derecho consuetudinario o de la costumbre, entre otros, ocupando un espacio territorial que por su condición de nómadas o caminantes era variable), más, cuando ese grupo pasa a ser Estado (tiene para sí un espacio territorial predeterminado con límites y leyes que rigen la conducta de los pueblos como en el caso de nuestro Ecuador con su primera Ley “La Constitución” y de lo que se afirma, algo más de 10.000 leyes en el que consta el Código Civil en este nuestro caso de estudio) que le permiten su propio desarrollo.

Recordemos en forma sucinta: Pueblos nómadas recolectores de frutos; cazadores; labradores de la tierra se afincan en un sitio determinado y defienden su trabajo y espacio territorial; nace con el derecho consuetudinario el derecho positivo o ley escrita para cumplimiento de todos quienes hacen ese Estado.

Como no todos los pueblos tienen sus productos y bienes para satisfacer sus propias necesidades, aflora por sí sola, el gran sendero del Trueque o intercambio como capítulo de la comercialización; en el devenir la aplicación de la moneda, hace más expedita la relación comercial e infinidad de figuras jurídicas que generan el espacio comercial incluso internacional.

Si nos remontamos a la vieja Roma, la misma Francia, el hermano país de Chile, han significado en materia jurídica para el Ecuador el mejor de los referentes y las conductas humanas con derecho y libertad han ido dando el apareamiento de esas Leyes con la trilogía inicial de los poderes del Estado como el legislativo, ejecutivo, judicial o jurisdiccional.

No podemos olvidar tampoco del ayer los poderes esclavistas como el caso de China, India, Egipto, Babilonia, etc., que tienen características de sistemas Monárquicos con transmisión hereditaria y bajo el amparo de ideas religiosas, esquemas elaborados por Faraones, Monarcas, Reyes, etc., que decían tener origen divino, sobrenatural y lo que es más, convencían a sus pueblos.

Personajes de la Historia de la Humanidad como Aristóteles, Platón en particular, busca una nueva concepción de la que se desprende que este mundo no está gobernada por Dioses sino por Humanos y por ello, a base de ideas de avanzada, aparece caminos que conducen a un Estado con división de poderes y normas legales escritas a fin de regular los nexos de los seres humanos.

En razón de que no podemos en mérito a la magnitud del ayer, consagrar todo el estudio, veamos la realidad de nuestro Ecuador, la misma que adviene antes y después del año 0 (año en el que nace Jesucristo y permite dividir la Historia) y así efectivamente nuestras raíces están asentadas en pueblos o culturas como la Valdivia, Chorrera, Cañaris, Panzaleos, Otavalos, Quitus, etc., que en forma similar a lo que acontecía en los restantes 4 continentes, se mantenían bajo régimen de monarcas, reyes, shyris, etc., y con su propia forma de gobierno hasta el apareamiento de la integración de sus pueblos que dan origen al Reino de Quito (hay quienes no dan cabida al concepto de reino o bien sea cacicazgo para otros, la verdad es que existía un pueblo organizado con gobernantes denominados como el Gran Shyri) o en otros casos como en el Perú con el pueblo de los Incas; en el caso de México con pueblos como los Mayas, Aztecas, la verdad es que manteniendo el Derecho Consuetudinario, fueron pueblos que dieron ejemplo con trilogías como el de “no robar, no mentir y trabajar”, permitiendo un grado de desarrollo que hoy en

día damos justo reconocimiento en razón además a los avances en materia del cultivo de la tierra, conducción de aguas de riego por canales, tributación y pago de obligaciones, en materia de medicina incluso se efectuaban trepanaciones de cráneos; y así, podríamos seguir enumerando aspectos de otros géneros que llevaron a la admiración de los conquistadores de América.

Algo que vislumbró al mundo fue, el acontecimiento del descubrimiento del nuevo continente para 1492 con Cristóbal Colón y en lo posterior la Conquista catequizando a los pueblos como el nuestro que mantenían una extensión territorial amplia y respetada por sus vecinos, dando origen a ese magno Reino de Quito o fusión del Tahuantinsuyo en el que estaba inserto el Reino del Cuzco (actual Perú), con su último Emperador, Rey , Inca o Gran Shyri llamado Atahualpa, después de su victoria en la batalla de Quipaypán, por tanto, recordar estos espacios de la Historia, nos permite ver los antecedentes de nuestras leyes que partiendo del derecho de la costumbre fundamentan o sustentan con todo lo alcanzado en Roma, Francia, Chile, desde luego venciendo los renglones de la opresión que se dieron con la llegada de los españoles y la presencia normativa legal impuesta por los Reyes de España a través de sus Cédulas Reales en todas las materias: territorial, administrativa, tributaria, etc.

En lo personal, considero, que la llegada de los españoles no dio origen a una fusión de culturas sino más bien imposición de un nuevo régimen por la fuerza, dejando de lado todo lo bien logrado por los pueblos como el caso de los Quitus. Por otra parte, vemos en el ayer el inicio de la Revolución Francesa con hombres como Montesquieu, y tantos artífices de la trilogía “libertad, igualdad y confraternidad o solidaridad” que para 1789 marcan nuevos rumbos al mundo; más, nuestro Ecuador en ese entonces Presidencia y Real Audiencia de Quito con hombres como : Francisco Xavier de Santa Cruz y Espejo, Simón Bolívar con su maestro Simón Rodríguez, Antonio José de Sucre, y tantos (as) próceres dan incursión al primer grito de la independencia en América el 10 de agosto de 1809 y luego el martirologio del 2 de agosto de 1810, dando un giro absoluto que con sus leyes

referidas anteriormente, partiendo de la Primera Constitución de 1830 en Riobamba, luego de dar fin a la división política de la Gran Colombia donde nuestro Ecuador llamado Distrito del Sur fenece y surge con vida propia de la que nos sentimos orgullosos por siempre. Nuestra Constitución desde 1830 se ha modificado o actualizado a tono con el devenir político-social en 22 ocasiones hasta llegar a la vigente desde 2008 y justamente en la parte del preámbulo se refiere a lo que hemos invocado anteriormente:

“....Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos”.

“....Apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad”.

“....Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo”.

En el recorrido histórico, necesariamente aparecen las bases de la estructura jurídico-social que se sustentan sobre la trilogía - Individuo, Sociedad y Derecho - , así:

-El Individuo no es sino el ser humano, punto de partida de la sociedad en la que vive y se desenvuelve. No debemos olvidar que el ser humano es parte de un proceso social fundamental que se refleja en la convivencia pacífica y ordenada.

-La Sociedad constituida por esa agrupación de personas donde tiene asidero una forma de organización política de la que emana el poder respecto de los que obedecen y así se da el apareamiento del territorio (espacio físico), el poder propiamente dicho (gobierno),y pueblo (sociedad).

-El derecho no es sino un orden jurídico que pretende alcanzar igualdad, libertad, justicia, seguridad en aras a conseguir la paz para el bienestar social y económico, prefijando prohibiciones y límites a la libertad de las personas.

De lo anterior (Individuo, sociedad y derecho) debemos aclarar, tiene su propio terreno donde descansa y se soporta, cual es: “la cultura”, entendiéndose como los conocimientos que se trasladan de progenie a progenie y cuando se dan diferencias culturales se originan la diversidad de normas jurídica que: otorgan facultades e imponen deberes y derechos a fin de regularizar la convivencia social en aras a la prevención de conflictos o su resolución.

A base de todos los antecedentes expuestos y en concordancia con la ley de la materia, esto es, Derecho Civil Ecuatoriano, debemos señalar que su origen está en las leyes romanas y se supedita a uno de los códigos civiles adaptados por Andrés Bello, partiendo su origen de la aprobación que tuvo lugar en noviembre 21 del año de 1857, comenzando a regir el 1 de enero de 1861.

Nuestra Tesis, se sujeta a las normas de la Constitución, Código Civil en particular el Libro IV De las Obligaciones en general y de los Contratos, razón que nos lleva a revisar conceptos y jurisprudencia inherente a la Promesa de Compra Venta de bienes inmuebles que haremos a continuación en los diferentes capítulos.

CAPITULO I

1.- GENERALIDADES.

1.1. Definiciones y Conceptos.

Para el análisis de nuestro tema es muy importante determinar y considerar los términos que utilizaremos en el desarrollo de nuestro contexto, para lo cual el término “promesa”, se refiere a la declaración de la voluntad para establecer un compromiso, Cabanellas en su diccionario jurídico señala a la “promesa” como: “Declaración unilateral de voluntad por la cual consiente uno en obligarse a dar o hacer una cosa (CABANELLAS) en tiempo futuro”.¹Dando origen a una obligación para cumplirse lo ofrecido.

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico señala al contrato como: “La convención, para Aubry y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”². De la misma manera el autor cita a Savigny, para quien el contrato: “es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas”

El contrato de promesa como acto preparatorio a la celebración de un contrato futuro es una figura jurídica en formación, que tiene sus principales notas doctrinales en el derecho contractual.

Es probable encontrar diversas denominaciones en el análisis de la doctrina, para referirse al término contrato de promesa. A manera de una recopilación, hemos determinado las siguientes: “pactum de contrahecho”, “pactum de ineundoctractu”, “pactum de contrahendo” ante acto, ante contrato, contrato anterior, precontrato,

¹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta 2006 Buenos Aires, Pág 309.

² CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta 2006 Buenos Aires, Pág 91.

contrato preliminar, contrato preparatorio, promesa de contrato, contrato de promesa.

Las diferentes terminologías hacen relación al contrato preliminar al origen del derecho romano, como una condición previa en la formación del contrato, manteniendo su autonomía por esencia. Quiero referirme a la “promesa” como el contrato de promesa de celebrar un contrato dentro de un tiempo establecido, que es una terminología descriptiva de su naturaleza jurídica.

Definición de contrato de promesa de celebrar un contrato futuro

El contrato de promesa de celebrar un contrato es un vínculo jurídico que puede celebrarse de manera bilateral, naciendo de la voluntad de las partes, generando obligaciones de hacer, dar o no hacer, y busca su perfeccionamiento mediante la celebración de un futuro contrato.

Clarificando los requisitos particulares de existencia y validez para la eficacia del contrato de promesa, el cuál debe constar por escrito, determinando el plazo junto con los elementos esenciales solicitados y que al momento de celebrarse la ley los declara eficaces.

Dentro del Código Civil Ecuatoriano el Art. 1570 señala lo siguiente: La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las siguientes circunstancias siguientes:

- 1.- Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;
- 2.- Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces;
- 3.- Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,

4.- Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo de estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

De esta manera nuestro Código Civil Ecuatoriano establece las obligaciones que deben cumplirse bajos los parámetros esenciales para su validez.

Algunos autores consideran que la Promesa de compraventa es un contrato preliminar donde las partes se obligan a elaborar el contrato definitivo, si se genera el incumplimiento de una de las partes, la otra no puede pretender otra cosa que una indemnización por los daños causados, conforme a la cláusula penal determinada en el contrato.

1.2 La promesa en el Derecho Romano y su evolución.

Es necesario entender que los antiguos romanos desde los primeros tiempos fueron capaces de desarrollar el arte vinculado a la redacción de normas y contratos. Siendo los pioneros en teorizar el Derecho en su esencia.

Esta cultura ancestral, dotada de un poder integrador, capaz de fusionar religiones, idiomas, etnias, etc. Ha generado una prolongación de doctrina impartiendo su doctrina en todas aquellas culturas que la siguen después de sus tiempos. Andrés Bello por su parte redactó el Código Civil Chileno en el año 1855, este cuerpo normativo fue el más influyente en Latinoamérica, siendo matriz de la creación de los Códigos en Ecuador en el año 1861. El nacimiento del contrato debía responder a figuras típicas, ordenadas y con un contenido establecido. La teoría general del contrato no se conoce y el rigorismo en la contratación prevalece sobre cualquier intento de libertad contractual.

En el derecho romano no se conoció a la promesa de celebrar un contrato, sin embargo, existieron pactos y acuerdos que se constituyen en un precedente para el nacimiento de una obligación partiendo de la “promesa”.

En tal virtud, el deudor con la finalidad de cumplir su obligación, el deudor generaba un acto primitivo que se lo conocía como la “sponsio” que consistía en un juramento y el compromiso real de responder frente a sus obligaciones. Más tarde, buscando lograr un vínculo jurídico que garantice y fortalezca lo prometido, se crea la “stipulatio et promissio”, siendo esta una especie de contrato, donde su ágil aplicación se limitó, por la necesidad de que las partes debían consentir la creación de este vínculo jurídico.

La “stipulatio et promissio”, busca satisfacer el cumplimiento de las obligaciones, donde surte efecto al momento de que las partes están presentes, y se consolida en la elaboración de una pregunta que hacía el acreedor (*estipulador o reo estipulante*), seguido de una aceptación favorable por parte del deudor (*reo prominente*); y, se lo realizaba de la siguiente manera: ¿Prometes darme 10 monedas de oro en las primeras calendas de marzo? Se establece y señala un término de plazo y no se lo podía ejecutar antes de su vencimiento.

En efecto, engendraba obligaciones solamente para el que prometía obligarse, se sujetaba a una serie de requisitos sin los cuales no se entendía haber nacido la obligación para el deudor.

Los pactos que contenían una promesa de concluir un contrato determinado como el “pactum de vededo” o el “pactum de mutuando”, que igualmente eran desprovistos de una acción civil.

Ferrer Deheza, manifiesta: “En el Derecho Romano era insuficiente el simple consentimiento para dar vida al contrato; era menester además el reconocimiento del Derecho Civil. Este solo reconocía cuatro tipos de contratos: compraventa, locación, sociedad y mandato. Fuera de ellos los convenios no alcanzaban la dignidad de contratos; eran solamente pactos, y no producían acción, sino solamente obligación

natural, protegida por una excepción”³. Este pensamiento lo expuso al comentar la situación contractual del derecho romano.

Respecto a la promesa, en el derecho romano, se generaban obligaciones, mediante la “actiopraescriptisverbis”, en cuya acción contractual se aplicaba para cualquier promeso o convención.

Esta acción solo se otorgaba al momento que una de las partes hubiera realizado su prestación, por lo tanto, se producía, cuando a cambio de la promesa, que pretendía hacer valer en juicio, hubiera dado o hecho algo. Esta acción buscaba la finalidad de dar o de hacer algo, al momento de realizársela, se la conocía como la “causa data”.

En el estudio y análisis del derecho romano podemos encontrar otras acciones generaban una obligación a la promesa, dando como un resultado real el compromiso de cumplir lo ofrecido. Estas estipulaciones se generaban del consentimiento realizado por las partes. La “stipulatioaliquemsi” se consideraba como la promesa de que otro comparecerá; y, básicamente era la propuesta que se hacían en nombre ajeno, la cual buscaba garantizar la comparecencia del demandado ante el juez con la fecha y hora que lo indique. También encontramos la “promissio post mortem” que consistía en que la promesa subsista después de la muerte, su finalidad yacía en que la parte, se comprometía en realizar y ejecutar el acto ofrecido después del fallecimiento. Dentro de estas acciones, la “promissio pro herede” radicaba en el ofrecimiento de una persona, la misma que debía ser realizada por su legítimo heredero, conocida también como la promesa del heredero.

Debemos tomar en cuenta que estas acciones o estipulaciones basadas en una condición, no eran más que promesas.

Con Justiniano apareció la figura denominada la “stipulatio”, la misma que por necesidad como medio de prueba, se determinó que el ofrecimiento debía constar en

³ FERRER DEHEZA Miguel, Contrato Preliminar, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Editorial Driskill S.A, 1979, Pág. 558.

un documento por escrito, y se lo consideraba como parte integrante de la solemnidad oral.

Es necesario mencionar que en la etapa del derecho romano, en materia contractual, determina claramente, que las convenciones celebradas entre las partes no bastaban para engendrar una obligación.

La “promesa” en esta etapa se la conocía claramente como un elemento facilitador para generar el nacimiento de un contrato, en el cual se vinculaba directamente en la vida jurídica con el origen de las obligaciones se las concebían como “promesas” de dar, hacer o no hacer algo.

La “promesa” avocaba relación a diferentes estipulaciones, que más allá de la acción ofrecida para su cumplimiento, no eran más que simples obligaciones sujetas a un futuro cumplimiento entre las partes, respecto a este antecedente Arturo Alessandri Rodríguez, menciona

“Los romanos no conocieron el contrato de promesa, pero esto no quita que en Roma no hubiera contratos tales como los pactos y la estipulación que fueron, por decirlo así, el antecedente histórico de la “promesa” tal como la recibe la ciencia jurídica moderna”.⁴

Con los glosadores se produce un renacimiento del derecho romano, el aporte de los mismos en el siglo XI, permite el análisis de un mundo nuevo, jurídicamente hablando. Los cuales buscaron mediante la glosa, alcanzar el de la materia contenida en el Digesto (libro integrante del Cuerpo Iuris Civiles que recopilaba la jurisprudencia).

La glosa era el conjunto de aclaraciones que se agregaban en un texto u ordenamiento jurídico de normas, permitiéndoles que su aplicación sea más comprensible, más transparente, alcanzando una mayor exactitud.

⁴ RODRIGUEZ Arturo Alessandri, Del contrato real y de la promesa de contrato real, Editorial Nascimento, Santiago, Pág. 173-174

Desde el siglo XI al siglo XII, los glosadores buscaron la unificación del derecho romano, esta escuela realizó una gestión importante respecto a la recopilación del ordenamiento jurídico, sintetizando los principios jurídicos mediante la glosa.

La riqueza mediante la cual los glosadores rescataron el pensamiento jurídico romano, sentó las bases de las legislaciones futuras, generando un significativo aporte al mundo jurídico en el que se desenvolvían en ese entonces.

Se estableció claramente la distinción entre el “pactum de vendedo” y el contrato de venta. A lo cual la acción para el caso de incumplimiento nacía de la acción del contrato definitivo.

Posteriormente con el aparecimiento del derecho español, se introdujo la modalidad denominada la “stipulatio” del derecho romano, como un mecanismo para ligar a las partes contractualmente.

Se dio cabida a la antigua legislación española, en la que además se trasladaba la clásica forma rigurosa del derecho romano y para la parte práctica incluso se admitieron nuevas formas de contrato.

Al respecto dentro de las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio, particularmente La Partida V, título 11, ley 11, menciona:

“Promission es otorgamiento que fazen los omes vnos con otros: por palabras, e con entencion de obligarse, suiniendose sobre alguna cosa cierta, que duen dar, o fazer vnos a otros. E tiene gran pro, a las gentes, quando es fecha derechamente, e con razón. Ca aseguran los omes los vnos a los otros, lo que prometen e son tenudos de lo guardar. E fazese desta manera: estando presentes amos, los amos los que quieren fazer el pleyto de la promisión, e diciendo el vno al otro: Prometesme dar, o de fazer tal cosa, diziendola señaladamente, e el otro respondiendo que si promete o que lo otorga de cumplir. E respondiendo por estas palabras, o por otras semejantes dellas, finca por ende obligado, o es tenudo de cumplir lo que otorga, o promete de dar o fazer: e maguer los fazen tal pleyto, non fablassen amos un lengguaje, como si el vno fablasse latino, el otro arauigo, vale la promission: solamente que se entienda el

vno al otro, sobre la pregunta, e respuesta. Esso mismo dezimos, que serie, si fuessen amos de dos lenguajes, maguer nnon lo entendiesse el vno al otro, e estando amos presentes, firmassen el pleyto entre si por alguna trujamanía, en que sé auiniessen amos a dos, valdría la promission, también como si se entendiesen, los que fazen el pleyto.”⁵

La promesa hacia relación al mecanismo verbal que se manejaba, y posteriormente se lo reducía por escrito, vinculando las obligaciones contraídas por las partes, de acuerdo a su consentimiento favorable.

La reacción contra el formalismo contractual aparece en el siglo XIII, con la influencia del derecho canónico proclamo el carácter obligatorio de los simples acuerdos, ya que el incumplimiento de las promesas realizadas, se las consideraba una falta a la moral y permitió dar efectos a todo acuerdo, pacto o contrato.

La “promesa” se asimiló a un compromiso con carácter de obligación, en el cual una persona adquiría por su propia voluntad, y debía cumplirse, independientemente si el acuerdo o promesa esté o no reconocido en el ordenamiento jurídico.

A fin de evitar conflictos, se dictaron algunas ordenanzas, que sin perjuicio de seguir manteniendo el principio consensual, exigía constancias escritas como medios de prueba, cuando el contrato recaía sobre más de cierta cantidad.

El viejo rigorismo fue abandonado y el sistema cerrado de los contratos del derecho romano fue eliminándose. Aquellas formas solemnes de la “stipulatio” se abandonaron, y surgió una nueva forma contractual atípica conocida como los pactos nudos, que se los reconoció con el nombre de los “contratos innominados.”

La evolución de los “pactus nudos”, fundamentarían el reconocimiento del contrato como una figura cuyo origen se hallaba en el consentimiento de los partes, reconociendo una fuerza obligatoria propia.

⁵ CARRI PÉREZ Luis Eduardo, Autonomía de la voluntad, Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo IV, Editorial Driskill S.A., Pág. 102

1.3 Obligaciones a la conducta contractual de la promesa.-

Algunos autores consideran y reconocen la figura autónoma, que el contrato de promesa posee, pero debemos conocer que las circunstancias que inducen a las civilizaciones a hacer uso de esta figura contractual sean determinante. La dificultad de celebrar un contrato, junto con el deseo de voluntades de acordar y fijar formalmente hacia el futuro, evidencia la utilidad que brinda el contrato de promesa.

La mera declaración de la voluntad de celebrar un contrato futuro, por regla general, no obliga; y es una necesidad para la intención de comprometerse con otra voluntad, generando un negocio jurídico final.

La creación de esta categoría contractual, donde se vincula a las partes a una obligación de crear un acto jurídico bilateral consensual, se remite a la elaboración del contrato de promesa, cuyo objetivo final será el nacimiento del contrato deseado.

En algunas ocasiones, en la negociación actual de los bienes inmuebles no pueden culminar en feliz término la celebración de un contrato querido, debido a una serie de situaciones que los impide obligarse y vincularse entre las partes. En vista que entre la “intención de crear” y el “poder celebrar” un contrato, se debe determinar las características y elementos jurídicos que imposibilitan su perfeccionamiento. Es motivo por el cual consientes de la necesidad de concretar un contrato y frente a la incertidumbre que se genera, el precisamente que el contrato de promesa de compra venta, se presenta como una alternativa contractual válida, garantizando el negocio; y la intención de las partes en generar un contrato futuro, teniendo presente que este modelo únicamente busca garantizar la seguridad de la operación y no jurídica.

Al referirnos al contrato de promesa de celebrar un contrato, Rafael de Pina, comenta:

“En realidad, la circunstancias y acontecimientos susceptibles de obstaculizar la celebración de un contrato concreto y definitivo escapan a cualquier enumeración

con propósito exhaustivo, por lo que se comprende la utilidad que presta en tales casos el precontrato a quienes tienen un interés legítimo en asegurar por este medio la realización del contrato proyectado para cuando la ocasión lo permita”⁶.

Los motivos que motivan la celebración de un contrato de promesa, pueden ser los siguientes:

- a. Existencia determinante que impide la celebración del contrato querido, tal es el caso de una prohibición de enajenar, un embargo, encontrarse en expectativa de alguna autorización de un organismo, en trámite una declaratoria de constitución en propiedad horizontal, encontrarse en proceso una partición de la masa hereditaria, existencia de un proceso de división de la sociedad conyugal, etc.
- b. Necesidad de financiamiento para alcanzar el negocio deseado, lo que generà un obstáculo temporal en la disposición de los recursos, adicionalmente un requerimiento específico de nuestras instituciones de crédito, solicitando algún documento jurídico para demostrar el destino del crédito.

Permitiéndonos asegurar los resultados del negocio deseado, bajo un documento contractual que responde a una necesidad de vincular a las partes en un futuro, dejando de lado a la negociación únicamente de palabra.

El contrato de promesa de celebrar un contrato definitivo busca la consumación del consentimiento, convirtiéndose en una etapa final para alcanzar la formación del contrato.

De tal manera es importante determinar el papel que ocupa el contrato de promesa en la consecución del negocio jurídico final, partiendo del hecho en qué muchos contratos son de ejecución inmediata y por tal razón no tienen una fase previa en su consentimiento; así, como en el contrato mismo. Por otro lado tenemos otros

⁶ DE PINA Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, volumen III, Editorial Porrúa S.A., Pág. 330.

contratos, que requieren de fases previas para alcanzar su perfeccionamiento, tal como lo es el contrato preparatorio.

En la formación de la conducta de los individuos, se determina a la concepción por ser un conjunto de ideas que aparecen en forma desordenada, respondiendo a una necesidad; posteriormente la representación, busca la conceptualización de estas ideas en la conciencia, con una elaboración intelectual; la deliberación por su parte busca determinar la consideración crítica de la conveniencia o inconveniencia para la persona. La decisión, es la forma del pronunciamiento interno de lo que se desea expresar; mientras que la ejecución, es la manifestación de la voluntad, cuya finalidad es la concreción de lo que se desea.

El Dr. Hugo Charny, explica:

“Si bien el proceso volitivo solo puede interesar al Derecho, desde el momento mismo que se concreta por la ejecución y no antes, también es cierto que interesa la faz interna de la volición, por cuanto debe existir una relación de causa a efecto, una relación estrecha entre lo que se quiso hacer y lo que no se hizo.”⁷

Por lo tanto, es indispensable aclarar que mientras no se genere la manifestación externa de la voluntad de una persona, nos encontramos en una etapa meramente interna del individuo.

La declaración unilateral de voluntad que busca vincularse a otra, a través de la aceptación, para formar el consentimiento, es una categorización jurídica más definida donde se desprenden elementos esenciales para la elaboración del contrato futuro.

La oferta se considera obligatoria una vez que se haya pronunciado la aceptación, de acuerdo al “civil law”. Sin embargo, tenemos casos de excepción determinados por las siguientes causas:

⁷ CHARNY Hugo, Autonomía de la voluntad, Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo I, Editorial Driskill S.A., Pág. 972.

- Cuando el oferente se obliga a mantener la oferta por un determinado tiempo
- Cuando se ha renunciado al “jus revocandi” por tiempo indefinido.

Estos casos de excepción han dado cabida en la doctrina, que se discierna, si la declaración de la voluntad constituye una fuente de las obligaciones para las partes.

Tendencias contemporáneas en el derecho de las obligaciones introducen, en sus comentarios, a la voluntad unilateral como una nueva fuente a la clasificación romana respecto a las fuentes de las obligaciones.⁸

En el “common law”, las partes vinculadas al momento de ofrecer la celebración de un contrato, podemos ver que ha tenido un singular avance, mostrando de una manera real que los ofrecimientos en los contratos son resultado de un proceso en el que interviene la oferta seguida de la aceptación, con la intención de por medio para contratar.

Se ha llegado a tal determinación en su análisis, en la que toda oferta es jurídicamente vinculante; es decir, si quien la ha realizado, quiso celebrar un contrato, y quien la recibió a actuado sobre su ofrecimiento.

La retractación de una de las partes, frente a la oferta presentada, genera un derecho al beneficiario, para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que se han ocasionado, o en su defecto a exigir el cumplimiento de la prestación contractual.

Frente a una oferta podemos encontrar algunas actitudes o manifestaciones de la voluntad como los son:

- a) una negativa tácita
- b) una negativa expresa
- c) una contraoferta.

⁸ GORLA Gino, El Contrato, tomo II, Editorial Bosch, Pág. 583-584.

De la misma manera encontramos en este mismo estado “los contratos preliminares de avanzada” que básicamente son acuerdos escritos entre las partes, sobre los principales aspectos del contrato; sin embargo, todavía se encuentran en discrepancia y análisis algunos puntos secundarios de la contratación y que por lo mismo, no se perfecciona aún el consentimiento. Y que buscará como su finalidad la culminación del acto de voluntades mediante la celebración del contrato definitivo.

En ese momento cuando se habla de la culminación, nos referimos a la última etapa de la fase progresiva del consentimiento.

1.4 El contrato de promesa frente a otras figuras que generan obligaciones.-

La promesa de compraventa, consiste en la celebración de un acto jurídico entre las partes, donde se genera una obligación. Esta “obligación de contratar”, que abarca estipulaciones que obligan a celebrar un nuevo contrato en el futuro, nacidas de una asignación testamentaria condicional suspensiva, de un contrato preparatorio, de un contrato de mandato o de una transacción, de un contrato innominado, y en definitiva, de toda estipulación o contrato que contenga una obligación de dar origen a un contrato.

Al respecto Fernando Fueyo Laneri, manifiesta:

“En suma, el contrato preparatorio, que ahora nos preocupa, es una de tantas fórmulas técnicas que envuelven un efecto común a un sinnúmero de figuras y situaciones, tanto legales como voluntarias y que se reúnen bajo un rótulo que es el de la obligación de contratar”.⁹

La característica del contrato de promesa se refiere a la generación de una obligación para celebrar un contrato en el futuro (contrato deseado), por lo que da cabida a que muchas veces surta una confusión frente a otras figuras obligacionales.

⁹ FUEYO LANERI Fernando, Derecho Civil, tomo IV, Imprenta y Lito Universo S.A., Pág. 72.

Es por esta razón, que en determinados casos debemos detenernos a analizar la naturaleza jurídica, para conocer y distinguir el escenario de un contrato de promesa; frente, a otras instituciones que tengan la obligación de celebrar un contrato.

CAPITULO II

2. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRA VENTA.

2.1-Importancia.

Partiendo del hecho que el contrato de promesa de compra venta es un acto jurídico voluntario entre las partes, que consta de requisitos, una estructura y posee efectos jurídicos propios, y que busca lograr una obligación para cumplirse en el futuro, que consiste en la celebración del contrato definitivo en sus elementos esenciales y debe estar reconocido por la ley excepcionalmente.

El contrato de promesa, es por lo mismo un contrato, general, consensual, principal, preparatorio, solemne, que contiene una obligación de hacer jurídico a ejecutarse en el futuro, nominado y de excepción.

Una vez que se produce el consentimiento de las partes, claramente evidenciada mediante la aceptación de la oferta, queda celebrado el contrato; sin embargo, exigen para su perfeccionamiento una solemnidad. En general, la promesa de compraventa es un negocio jurídico, en virtud del cual las partes se obligan en celebrar un contrato futuro.

Para conocer la naturaleza jurídica de esta figura contractual, es indispensable realizar el análisis de los elementos que justifican las soluciones a los problemas que se presentan en la actualidad al momento de la contratación.

2.2 Doctrina y sus normas sustantivas en el contrato de promesa de compra venta

La promesa de celebrar un contrato se encuentra descrita en nuestro Código Civil Ecuatoriano, en el libro 4to que se refiere al efecto de las obligaciones. El Art. 1570

establece que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes.

- 1.- Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;
- 2.- Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces;
- 3.- Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,
- 4.- Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo de estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

En el inciso final del Art. 1570 establece que verificados los requisitos contemplados en la disposición “habrá lugar a lo prevenido en el Art. precedente”, el mismo que hace relación sobre las medidas que dispone el acreedor de una obligación de hacer frente a su deudor.

Entre las medidas alternativas que tiene el acreedor está la que se le autoriza a hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y, que el deudor indemnice los perjuicios resultantes de la infracción de un contrato.

De acuerdo a lo estipulado en este artículo, si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,

2. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Al respecto el autor, Arturo Alessandri Rodríguez, menciona: “La promesa de celebrar un contrato sea un contrato, es algo que no necesita demostración”.¹⁰ Para lo cual podemos determinar que toda promesa de celebrar un contrato futuro, siempre que reúna los requisitos de existencia y validez es considerado un contrato.

2.3 Características principales del Contrato de Promesa de Compra venta

2.3.1 Principal, Autónomo e independiente

El Contrato principal es aquel “que subsiste por sí mismo e independiente de cualquier otro”.¹¹ De esta manera se determina que son aquellos que no dependen jurídicamente de otro contrato. Para nuestro efecto el contrato de promesa, si bien tiene como finalidad la celebración de otro contrato, es muy importante que no se lo debe confundir, ni tampoco por la circunstancia de que el contrato de promesa sea una etapa anterior en la formación del negocio jurídico deseado.

Frente a esta posible confusión, René Abeliuk Manasevich manifiesta: “El equívoco es hasta cierto punto comprensible porque si bien no es accesoria ni dependiente del contrato definitivo, este es su fin, y en consecuencia, se refleja necesariamente en la promesa, los requisitos de los numerales 2do, 3ero, y 4to del artículo 1554 CC.”

El artículo y sus numerales prefijado anteriormente que hace referencia René Abeliuk Manasevich, guarda concordancia en su contenido con lo que se señala en el Art. 1570 del Código Civil Ecuatoriano en sus numerales 1,2,3 y 4.

El Art. 1458 CC distingue a los contratos principales y accesorios como: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención;

¹⁰ RODRIGUEZ Arturo Alessandri, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XVIII, Pág. 690.

¹¹ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Pág. 90.

y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”

Dentro de la íntima relación entre el contrato de promesa y el contrato prometido, no se aplica el principio, respecto a “lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal”, claramente se determina que el contrato de promesa, no es un contrato accesorio ni porque el contrato prometido es un contrato principal respecto del contrato de promesa.

Respecto a la distinción entre el contrato de promesa y el contrato de compraventa, se determinó un fallo que determinó:

“Se debe distinguir netamente de la compraventa, la promesa bilateral de venta, cuyo objeto es la futura estipulación de un contrato de compraventa, a cuyos efectos no pueden nunca coincidir con los de la venta.

De dicha promesa no deriva, en efecto ni transmisión de la propiedad, ni obligación del vendedor de entregar la cosa, ni del comprador de pagar el precio; uno y otro están obligados únicamente a prestar, en el futuro, su consentimiento para concluir la venta, cuyos restantes elementos, la cosa y el precio, se hallan ya determinados; o sea, que la distinción entre la promesa bilateral de compraventa y la compraventa debe establecerse atendiendo al contenido de la obligación asumida; será promesa cuando el contrato tiene el contrahacer futuro, esto es, cuando los prominentes se obligan a la prestación de un consentimiento sucesivo, aunque están de acuerdo perfecto sobre todos los elementos esenciales del contrato de compraventa.”¹²

El contrato de promesa en su esencia permite el afloramiento de una obligación de hacer jurídico que busca realizar la celebración del contrato prometido; y del contrato prometido nacerán las obligaciones propias a su naturaleza. Las obligaciones generadas a partir del contrato de promesa, se invalidan una vez que se ha celebrado el contrato prometido; de esta manera toda existencia jurídica perderá

¹² Índice de legislación mexicana, 3ra Sala, séptima época, 1972, Plinio Escalante Guerra y Coágs., Pág. 435.

efecto junto con la extinción de sus obligaciones, siempre y cuando este cumplimiento se dé en el tiempo y en la forma prevista. Las acciones que proceden a declarar la existencia jurídica ó la nulidad, se basan en causas que están inmersas dentro del contrato de promesa.

El reconocimiento de una autonomía, basada en la proclama de la doctrina, la ley sustantiva y la jurisprudencia donde busca destacar el carácter autónomo e independiente del contrato de promesa de compraventa, los requisitos de existencia y validez particulares, con efectos propios.

2.3.2 General

Bien podemos afirmar que el contrato materia de estudio, esto es, la promesa, responde a la categoría de general, toda vez que la obligación que se determina a futuro está revestida como un acto jurídico, más aún que se circunscribe al contrato deseado y se constituya de aquellos que las leyes no les declara ineficaces.

La generalidad que invocamos revela el hecho futuro de establecer un acto contractual, que conlleve al cabal cumplimiento de lo prometido.

El contrato de promesa es un contrato general, no solamente porque puede referirse a una multiplicidad de contratos que tienen una reglamentación propia en la ley sino porque su objeto puede tener como interés, cualquier tipo de contrato innominado que los contratantes consientan en obligarse en virtud de su libertad contractual.

2.3.3 Celebración Consensual.-

Debemos entender que el acto consensual es aquel que se genera con el consentimiento lícito de las partes, al respecto el Art. 1459 CC señala: “..... y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

El artículo invocado nos hace referencia que el contrato es real cuando, para que llegue a su perfeccionamiento, es imperativa la tradición de la cosa y, adicionalmente debe cumplirse con la solemnidad.

Adicionalmente se determina en el Art. 1570 CC, en su numeral 4to que: “en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.”

Andrés Bello en el Art. 1733 CC., manifiesta: que la promesa de celebrar un contrato generaba una obligación “a menos que el contrato sea de aquellos que se perfecciona por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo...”¹³

El Art. 1570 del Código Civil, en su numeral cuarto, se refiere al requisito de la especificación del contrato prometido. La misma que es la determinación de los elementos esenciales del contrato prometido.

Para lo cual, dentro del contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble, es la determinación de la cosa junto con el precio acordado, parte importante para la hora de celebrar el contrato definitivo.

El consentimiento del contrato de compraventa es un requisito indispensable de existencia y validez en el momento de perfeccionar el contrato; sin embargo, no es necesario determinar este consentimiento en el contrato de promesa.

2.3.4 Solemnidad-

De acuerdo a la definición de Solemnidad al respecto Guillermo Cabanellas dice: “Formalidad de un acto. Requisitos legales para la prueba y eficacia de los contratos.....”¹⁴

De esta manera las solemnidades que rodean a un contrato, es la de dar mayor respetabilidad y formalidad a su celebración, garantizando los efectos jurídicos en el tiempo.

¹³ SOLAR Luis Claro, Explicaciones de Derecho Civil y Comparado, tomo X, Editorial Jurídica de Chile, 1979, Pág. 702.

¹⁴ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Pág 351.

El Código Civil en el Art. 1570, numeral 1ero, manifiesta que el contrato de promesa de celebrar un contrato debe “constar por escrito” ratificando de esta manera que siempre tiene que estar por escrito todos los requisitos generales y particulares de existencia y validez, dando como resultado el nacimiento a la vida jurídica del contrato.

La falta de constancia escrita tiene como efecto que el acuerdo carezca de existencia jurídica, por lo que “no produce obligación alguna”, al tenor del Art. 1570. Inclusive debemos estar conscientes que al no formalizar por escrito, no se calificaría como un elemento de prueba.

Adicionalmente se exige el instrumento público cuando el contrato, objeto de la obligación de hacer jurídica, necesita de tal solemnidad para su eficacia.

Tiempo atrás se determinó un periodo, en el cual al momento de la contratación únicamente se exigía el instrumento privado para el contrato de promesa. Nos referimos al período anterior a la reforma del Art. 336 del Código de Enjuiciamientos Civiles de abril de 1882, que posteriormente influyó en la reforma al numeral 1ero del actual Art. 1570.

Finalmente sobre aquella tendencia que busca que el contrato de promesa siempre debería constar por instrumento privado, así el contrato prometido requiere del instrumento público, fundamentándose en que sería un mecanismo jurídico para legalizar todos aquellos casos que se presentan de contratos de promesa que debiendo constar por escritura pública, simplemente se los ha reducido por documento privado.

Sin lugar a duda, nuestra realidad contractual está saturada en la mayoría de los casos, por esta conducta de solamente hacer constar el contrato de promesa en un instrumento privado.

2.3.5. Prohibitivo

La norma civil en forma clara y concisa prefija que todas aquellas personas capaces de contratar, pueden celebrar contratos de promesa, de acuerdo a su voluntad, obligándose a dar, hacer o no hacer en tiempo futuro; exceptuándose aquellos actos jurídicos que violente o atenten las buenas costumbres, la moral, el orden público o la ley.

Como parte integrante de lo anterior referido está la libertad, entendiéndose por ello, la facultad natural que posee el ser humano de obrar en cualquier sentido, conllevando la responsabilidad del acto efectuado.

La práctica de la vida nos demuestra que los seres humanos ejecutan hechos y actos que se consolidan en contratos, que teniendo una reglamentación específica muchas veces limitan en algo la voluntad propia. La autonomía propia de los contratan se limitan a la observancia de los requisitos de existencia y validez.

2.3.6. Fuente de Obligaciones previsto en el futuro

Por la naturaleza del contrato de promesa tiene para sí un hecho futuro predeterminado de la esencia u objeto de negociación jurídica

Recabemos que el beneficio o utilidad que se genera mediante el contrato de promesa, conlleva a vincular a las partes, sustentado en el consentimiento real para que aflore el contrato deseado.

Finalmente en esta parte, hemos de mencionar que el contrato de promesa de compraventa busca garantizar el negocio jurídico deseado entre las partes, alcanzando la utilidad requerida que presta esta figura. De la que pueden también generarse conflictos cuando una de las partes incumple, o se omite las solemnidades que la ley provee para esta clase de actos.

CAPITULO III

3.- SOLEMNIDADES GENERALES DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA

El contrato de promesa de celebrar un contrato, es la manifestación de la voluntad de las partes, donde su importancia radica en el uso frecuente y común en nuestro medio, puesto que es la manera más eficaz para agilitar la necesidad actual de asegurar la concreción de un negocio futuro, obligándose a las partes contratantes mediante dicha promesa contractual a la celebración del contrato prometido y cumplir con la obligación una vez que se hallan allanado los obstáculos que impidieron la celebración del contrato definitivo.

Así, la promesa de celebrar un contrato futuro, nos permite identificar los requisitos esenciales de existencia y validez que deben estar inmersos en los actos o contratos, de manera bilateral. Razón por la cual se debe contemplar los requisitos que la ley estipula como imprescindibles en toda actividad contractual.

El cumplimiento de estos requisitos establecidos por la ley, garantizará el nacimiento del contrato a la vida jurídica.

El texto y contenido del Art. 1461 del Código Civil Ecuatoriano, manifiesta: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

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

4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra”.

*Partiendo de este antecedente, el Art. 1461 del Código Civil Ecuatoriano, enfatiza lo inherente a la capacidad, donde “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.” Según lo establece el Art. 1462 del Código Civil, adicionalmente en concordancia con el Art. 1735, se determina que las personas sean hábiles para llevar a cabo el contrato de promesa de compra venta exceptuando a los inhábiles.

**De igual manera es necesario que consienta en dicho acto la declaración de la voluntad, al respecto el Art.1476 del CC, manifiesta que “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una ó más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de declaración.”

Al respecto, Luis Claro Solar señala: “lo que caracteriza a los actos jurídicos es que son hechos con la intención de producir un efecto jurídico y que este efecto jurídico está íntimamente ligado a la voluntad del autor del acto y no puede realizarse independientemente de esta voluntad.”

Saquemos como conclusión de lo anterior prefijado por Claro Solar que cuando hablamos de declaración de voluntad se traduce en un acto jurídico.

El error, la fuerza y el dolo, se lo determina como vicios que pueden adolecer el consentimiento, tal como lo prefija el Art. 1467 del CC.

***Es indispensable que el objeto al que avocamos referencia tienen una relación con el objeto material; es decir, el asunto o cosa bajo el que se realiza la relación contractual de la promesa de compraventa. Para ser más precisos, se determina el objeto de la especie sobre la cual gira y recae el contrato de promesa de compraventa; ó la materia sobre la cual se ha contratado. De esta manera nuestra

legislación no define que es el objeto lícito; pero determina los casos de objeto ilícito en su Art. 1482 CC.

**** Al respecto el Art. 1483 CC, en los incisos primero y segundo determinan: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.” Lo señalado en esta disposición es deficiente, puesto que recordemos que es fuente de obligaciones, determinando que no puede haber un contrato sin una causa real y lícita.

La falta de una causa lícita produce la nulidad absoluta, de acuerdo a lo determinado en el Art. 1698 del CC.

3.1 Existencia y validez

A través de la ley se establece lo inherente a la existencia y validez, para que un contrato tenga el goce jurídico requerido en el Código Civil Ecuatoriano.

Es pertinente en este acápite señalar el Art. 1570 CC, mediante el cual se especifica que “la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este código.
2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces.
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.
4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el Art. precedente.

Comentado el Art. transcrito, pues es similar al correspondiente 1564 del Código Civil chileno. Al respecto Claro Solar indica: La disposición con la que principia este Art. llama desde luego la atención. La ley reconoce de un modo general la libertad de los particulares para celebrar toda clase de contratos sin otra limitación que los contados casos en que en razón de interés público o en beneficio general de la sociedad pone una limitación.

La promesa de celebrar un contrato en el futuro o condicionalmente una convención que las partes no se encuentran en situación de hacerlo de manera inmediatas, es una convención producto de sus voluntades autónomas e independientes, de su claro conocimiento y consciencia; por lo mismo, nace una obligación de hacer; debido a que la celebración de un contrato es un hecho jurídico en el que las partes involucradas se proponen llevar a efecto.

Al tenor del Art. 1570 CC inicia estableciendo que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna salvo que concurran las circunstancias siguientes, es decir las que señala en sus cuatro números en que las consigna, para expresar que si esas circunstancias concurren habrá lugar a lo determinado dentro del Art. 1569 CC, donde expresa que si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas a elección suya:

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

La ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348, la misma que es la ley primera, título primero del libro X de la Novísima Recopilación reconoció en la forma más extensa, que las obligaciones nacen del solo consentimiento entre las partes, en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro,

y por lo mismo por un contrato perfecto de presente, como por una simple promesa de futuro.

Nuestra disposición se presenta así como contraria a este principio fundamental.

El chileno Andrés Bello, en su proyecto de 1853 en que aparece por primera vez el Art. 1733 establecía: La promesa de celebrar un contrato, especificándola en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeta a lo dispuesto en el Art. precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo.

La promesa de un contrato que las leyes declaren ineficaz no tendrá valor alguno.

Así toda promesa de celebrar un contrato determinado, establece como obligación de hacer que estaba sometida a las reglas que se entregaban respecto de los derechos del acreedor en orden al apremio del deudor a su ejecución, así mismo a la autorización del acreedor para hacerla cumplir por otro y también a la indemnización de los perjuicios de la contravención, pero determinado en los contratos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, la promesa equivaldría al contrato mismo, planteamiento que la Comisión revisora no aceptó; se dio al Art. la redacción que tiene el Código para indicar los requisitos que se estimaron convenientes para la seriedad de la promesa y para la constancia del compromiso contraído entre las partes.

La promesa de celebrar un contrato es una convención que tiene su objeto propio y obligaciones del contrato prometido. El contrato de promesa tiene por objeto hacer algo, en un tiempo determinado, en un contrato futuro; y de él nacerá una obligación de hacer.

La promesa de contrato no equivale al contrato mismo que se promete celebrar, no se identifica con él; y esto se encuentra ilustrado en sí con la supresión, que en la redacción del Art. se realizó, de la frase del proyecto en que se decía, que si un contrato prometido era de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento

de los contratantes, la promesa equivaldría al contrato mismo, es decir se identificaría con él y sería una misma cosa.

De esta manera la promesa de contrato, aunque esta fuera solo consensual, posea vida propia e independiente; y se determinaron todos los requisitos como establece la ley, la promesa no se considera obligatoria; es decir, no pasa de una mera conversación, sin propósito de obligarse; no habrá en ella una convención de promesa de celebrar un contrato determinado.

En el caso de que el contrato prometido fuese ineficaz en derecho, de acuerdo a lo mencionado en el proyecto 1853, la validez del acto jurídico en el cual el contrato de promesa de celebrar un determinado contrato se exige el cumplimiento de las 4 circunstancias que el Art. 1554 señala; la falta de una sola de las circunstancias impide su perfeccionamiento, siendo una excepción a la regla fundamental que el solo consentimiento basta para obligarse.

Los tribunales de justicia, al aplicar las disposiciones del Art. 1554, han declarado que es nulo de nulidad absoluta, aquel contrato de promesa de celebrar un contrato futuro, en el cual se hayan omitido alguno de los requisitos determinados por el Art. 1554 respecto a la naturaleza del contrato y no a la calidad o estado de los contratantes y que, por lo mismo, esta nulidad debe ser declarada de oficio por el juez.

“Pero esta apreciación no guarda, en realidad, congruencia con el Art. 1554 que establece que no produce obligación alguna, es decir, no produce efecto civil, una promesa de celebrar un contrato en que no concurren todas y cada una de las circunstancias que dicho Art. 1682 enumera.”¹⁵

Los tribunales no tienen para que declarar la nulidad absoluta de tales convenciones, les basta prescindir de ellas, negando lugar a las demandas en que se solicite el

¹⁵ RODRIGUEZ Alessandri, De la Compraventa y de la promesa de venta, tomo II.

cumplimiento de una promesa de contrato, que no se encuentre alineada a las circunstancias que el Art. 1554 enumera.”¹⁶

3.2 Requisitos particulares del contrato de promesa.-

El Art. 1570 del Código Civil.- en forma paralela, a la exposición realizada respecto de los requisitos generales de existencia y validez que debe aplicar en los contratos, este documento contractual jurídico, participa de otros requisitos particulares que son de necesidad obligatoria, para que tenga relevancia a la vida jurídica, surtiendo de esta manera los efectos propios a la caracterización enunciada en el capítulo anterior.

El Art. 1570 CC dispone los cuatro requisitos de existencia del contrato de promesa.

En el 1er numeral se determina el carácter solemne que configura al contrato de promesa, el consentimiento voluntario de las partes tiene que reducirse por escrito, y por instrumento público cuando el contrato futuro requiera de esta solemnidad para alcanzar su perfeccionamiento.

El 2do y 4to numeral, conlleva una causa determinante respecto al requisito de eficacia y la especificación del contrato prometido, estableciendo normas jurídicas particulares sobre el objeto del contrato de promesa.

Respecto al 3er numeral, hace mención a la fijación de la época dentro de la cual se desarrollará y posteriormente se celebrará el contrato prometido.

3.3 El contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles debe constar en instrumento público.-

Partiendo de los requisitos generales de existencia y validez de los contratos, al consentimiento, lo hemos establecido en los capítulos anteriores como el acuerdo de voluntades para dar vida en derecho a un contrato. Así la voluntad es la declaración unilateral de una persona que busca vincularse con otra.

¹⁶ SOLAR Claro Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno, Editorial de Chile Santiago, 1937. Pág. 702-703.

La manifestación de la voluntad en un individuo, puede ser declarada en forma expresa y tácita. Nos referimos en forma expresa cuando se la hace de manera explícita; y en cambio, es tácita, cuando el propósito de un comportamiento o una conducta revela la intención positiva del individuo de contratar. Entendiéndose de esta manera que el contrato de promesa debe contener un acuerdo expreso de voluntades que consienta en obligarse a celebrar el contrato definitivo.

Al respecto de lo comentado anteriormente se encuentra la estructura del principio de la libertad contractual.

Así a manera de ejemplo, encontramos que un contrato de compraventa genera una obligación de celebrar el contrato deseado en una fecha establecida, y se refleja los requisitos determinados en el Art. 1570 CC. Por el contrario si un contrato de promesa que contiene una obligación de vender y otra de comprar un determinado bien, estamos entonces hablando de un contrato de compraventa. Tengamos en cuenta que a las instituciones se las conoce por sus efectos antes que por el membrete con las que se les denominan.

En el contrato solemne, en la mayoría de los casos para que un negocio surja a la vida jurídica, es suficiente que exista el consentimiento verbal, junto con todas las consecuencias comunes a su naturaleza; sin embargo, existen excepciones en el que el consentimiento debe estar revestido de una formalidad.

Para lo cual los contratos solemnes, los estipulamos como aquellos que su existencia, eficacia y perfeccionamiento se encuentran condicionados a la solemnidad que el legislador dispone en su norma sustantiva en consideración al contrato.

Al respecto, Avelino León Hurtado señala: “El acto jurídico bilateral, llámese convención o contrato, solo surge a la vida jurídica del derecho cuando las partes se ponen de acuerdo, es decir, cuando se produce el consentimiento (cum sentire) el concurso de las voluntades de ambas partes. Este requisito existe siempre en todo acto jurídico celebrado entre las partes, sin perjuicio de que a veces, para el

perfeccionamiento de ciertos contratos se exija además del consentimiento, la entrega de una cosa (contrato real), o el cumplimiento de formalidades especiales (contrato solemne).”¹⁷

De acuerdo a la disposición del Art. 1570 CC en su numeral 1ro., y, de acuerdo a la a lo tipificado en el capítulo anterior respecto a los caracteres, se establece el contrato de promesa de celebrar un contrato como solemne, el mismo que requiere de constancia formal por escrito para que surta efecto la obligación, al momento de la celebración de un contrato.

La intención de los partes (prometientes) de celebrar un contrato prometido, debe instrumentarse por escrito como un requisito “ad solemnitatem”, incluso cuando el contrato prometido sea consensual.

Entendiéndose que este acuerdo de voluntades, debe expresarse por escrito como una solemnidad al contrato mismo; siendo así, la única forma para probar su existencia, debiendo considerar por último, que en general toda la estructura que conforma el contrato también debe constar por escrito.

El efecto que se desprende por la falta de escrituración del contrato, genera como consecuencia la inexistencia jurídica, entendiéndose que tampoco pueda admitir lo que la doctrina considera que dicho contrato, generaría en otro. Adicionalmente tampoco genera obligación alguna el contrato de promesa verbal, ni la confesión de una de las partes el reconocimiento de existencia del contrato.

El contrato de promesa debe consta en un instrumento público “cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesite de tal solemnidad...”.

Al respecto nuestra legislación establece que el contrato de promesa tiene que reducirse por instrumento público en los casos señalados en el numeral 1ero del Art. 1570 CC, no obedece a algún aspecto de “conductibilidad” o de “asesoreidad” de la solemnidad ni tampoco es una exigencia caprichos de legislador sino que

¹⁷ HURTADO Avelino León, “La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1979, Pág. 67.

determinadas relaciones jurídicas necesitan materializar, en forma imperecedera y constante, el consentimiento en un instrumento público, para llegar a una mayor seguridad y estabilidad del negocio jurídico.

El contrato de promesa puede ser celebrado entre:

- los presentes
- ausentes.

Para lo cual dentro de de esta primera hipótesis no se vierten mayores comentarios salvo los anotados en los párrafos anteriores a nuestra investigación.

Respecto al contrato en personas ausentes puede generar conflictos propios a esta categoría, junto con aspectos particulares en el contrato. Habitualmente el consentimiento que se enmarca en el contrato de promesa consta en un mismo instrumento, donde la voluntad de las partes lo da en unidad de acto.

En ocasiones puede presentarse que el consentimiento se encuentre en un instrumento; sin embargo, la voluntad de las partes puede estar en un acto independiente. De tal forma que el consentimiento del ofertante se encuentre constando en una fecha anterior a la de aceptación por parte del aceptante. Para efectos de perfeccionamiento del contrato, se entenderá el día de aceptación.

Como resultado carecerá de existencia, aquel contrato de promesa, en el cual no se otorgue la aceptación de todas las partes involucradas en el negocio jurídico.

Esta aceptación por parte del promitente puede ser realizada con su propio puño y letra, adicionalmente la firma en el mismo instrumento en el que existe la oferta de la otra parte, o en su defecto, en otro documento por separado. Este tipo de aceptaciones no se puede considerar válida a través de medios como un telegrama, email, teléfono, o cualquier otro medio de comunicación, en el que únicamente permite transcribir por escrito la voluntad.

Al respecto con esta aclaraciones como antecedente, al elaborarse un contrato de promesa, este deberá constar por instrumento público, para lo cual Ignacio de

Gurruchaga manifiesta: “Pero esto no significa que sea necesario expresar el consentimiento en un solo escrito, sea escritura pública o documento privado (aquí el autor a más de referirse al contrato de promesa por instrumento privado, relaciona los efectos generados a los hechos por instrumento público). Si debiera existir un solo documento tendrían que firmarlo simultáneamente y dejaría de ser posible considerar al contrato de promesa como un contrato que puede adoptar el carácter de ser entre ausentes. Si consideramos que ambas voluntades deben manifestarse en el mismo escrito, sería admitir la existencia de una formalidad no requerida expresamente por la ley, y como las excepciones son de derecho estricto, tenemos que concluir categóricamente que debe admitirse el desdoblamiento del consentimiento: una oferta o policitud por una parte y su correspondiente aceptación por la otra. Así seguiremos la regla general en materia de perfeccionamiento de contratos, esto es, que pueden manifestarse las voluntades de las partes en escritos separados”.¹⁸

3.4. Obligación de celebrar un contrato eficaz.-

El contrato de promesa es fuente de obligaciones de hacer para los prometientes, tal como lo señala el Art. 1453 que versa: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos ó más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntarios de la persona que se obliga.....” siempre que concurra conjunta y copulativamente, además de los otros requisitos del Art. 1570, numeral 2do que exige la eficacia del contrato prometido.

Este requisito de existencia del contrato de promesa se refiere expresamente al objeto del contrato de promesa como tal, cuya finalidad está determinada para la celebración de otro contrato.

El legislador al contemplar este segundo requisito quiso resaltar la trascendencia actual de las consecuencias del contrato futuro, precisamente por la evidente

¹⁸ GURRUCHAGA Ignacio, “El contrato de promesa ante la Jurisprudencia” Memoria de licenciados, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, 1950, Pág. 82.

continuidad contractual entre el contrato preparatorio y el contrato definitivo, en la formación del negocio jurídico final.

La necesidad en la actualidad, que exige la eficacia jurídica del contrato de promesa en el contrato futuro deseado, obedece principalmente a un espíritu de práctica jurídica, negando todo valor, al contrato de promesa respecto de un contrato que definitivamente, será ineficaz ante la ley sustantiva.

Al momento de desarrollar estas acotaciones, hay que tener en consideración dos aspectos primordiales:

- El alcance de la eficacia jurídica del contrato prometido.
- La determinación del momento, en el que el contrato de promesa debe gozar de una eficacia jurídica.

Es importante establecer por “eficacia jurídica del contrato de promesa ó prometido” se entiende que el contrato futuro surtirá sus efectos propios a su naturaleza, creando un vínculo contractual, instituyéndose en una fuente de obligación para las partes contratantes.

La eficacia hace relación a la revisión de los propósitos que motivaron a las partes contratantes para la celebración del contrato. Razón por la cual el contrato de promesa debe contener todos los elementos de existencia y validez para alcanzar una eficacia.

Al referirnos ante una celebración de un contrato de promesa de modo consensual, no es necesario que este consentimiento del contrato prometido, deba constar en el documento contractual. El consentimiento otorgado es suficiente para hacer el contrato de promesa.

La capacidad, en el contrato de promesa es indispensable para realizar la celebración del contrato de promesa y no para celebrar el contrato prometido, debido a que el contrato preparatorio no implica celebrar las obligaciones ni los efectos del futuro contrato.

Para lo cual los documentos habilitantes que contemplan la capacidad del contrato prometido, no son necesarios para la existencia y validez del contrato de promesa.

Es importante que el contrato de promesa contenga la obligación de celebrar un contrato, que al momento de cumplir las obligaciones de hacer jurídico, este sea eficaz.

Podemos determinar que la ineficiencia del contrato prometido al momento de celebrar el contrato de promesa motivado por la falta de consentimiento, capacidad, solemnidades o formalidades habilitantes, no es lo que le interesa al Art. 1570 CC, en su numeral segundo, ya que este motivo por el cual las personas están orientadas a la celebración del contrato de promesa, es por razones como la existencia de un impedimento u obstáculo actual que no permite reunir y cumplir todos los requisitos de existencia y validez del contrato futuro.

Al considerar este segundo requisito, nuestro legislador se refirió a la ineficacia del contrato prometido por contener un objeto o causa ilícita, por lo que se determinó a no otorgar ningún valor al contrato de promesa, que contenga la celebración de un contrato que forzosamente se establecerá como ineficaz, así transcurra el tiempo determinado en el contrato de promesa.

Para analizar el momento en que el contrato prometido debe ser eficaz, existen tendencias doctrinales.

a) Esta primera corriente, se basa en la idea del estricto cumplimiento de cada uno de los requisitos, adaptando la comunicabilidad del vicio del contrato prometido al contrato preparatorio e identificando el contrato de promesa con el contrato prometido, considera que el objeto del contrato de promesa, debe ser eficaz al momento de celebrar el contrato de promesa.

Al respecto de este particular el autor René Abeliuk manifiesta:

“Semejante interpretación debe rechazarse por razones obvias, puesto que prácticamente hace imposible toda promesa; esta supone normalmente un obstáculo, o la necesidad de efectuar trámites y diligencias indispensables para colocar a las

partes en situación de otorgar el contrato definitivo, y por ello el contrato requiere esencialmente una modalidad durante cuyo transcurso se logrará que el contrato definitivo pueda otorgarse válida y eficazmente”.¹⁹

Sin embargo de que esta tendencia obedece a las confusiones propias a la primera etapa en el desarrollo del contrato preparatorio, encontramos un fallo de nuestros tribunales de 15 de septiembre de 1985, que a falta de una predisposición por enderezar una confusa redacción hacia la incorporación de esta figura contractual a la eficacia del tráfico jurídico actual, dice: “**TERCERO.-** De conformidad con lo previsto del Art. 1570 del Código Civil, el válido el contrato de promesa de venta siempre y cuando no sea de aquellos que la ley declara ineficaces; más en el caso no aparece de autos que los prometientes vendedores hayan obtenido la autorización del IESS para el otorgamiento del contrato escriturario así como que se haya levantado la hipoteca que pesa sobre el inmueble, omitiendo de esta manera lo dispuesto en la circunstancia 2da de la norma legal citada, de tal manera que la promesa se tornó ineficaz y no produjo obligación alguna...”²⁰

b) La segunda corriente hace mención a considerar, a la eficacia del contrato prometido en el momento en que se tiene que cumplir las obligaciones nacidas del contrato de promesa, por lo tanto, tiene que ser al momento de la celebración del contrato prometido.

Lo difundimos porque se aparta de ese rigorismo legislativo e interpretativo que ha caracterizado a buena parte de la doctrina sobre el contrato de promesa, buscando lo contrario, la propagación del campo de aplicación de esta figura en estudio a los casos de imposibilidad actual de celebrar un contrato deseado.

La ineficacia del contrato prometido al contener un objeto o una causa ilícita, no se podrá extinguir hasta el momento de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato de promesa, por lo que se requiere que el objeto y la causa sean lícitas. Los

¹⁹ MANASEVICH René Abeliuk, “Contrato de Promesa, Editores López. Viancos, Santiago de Chile, 1941, Pág. 49.

²⁰ HOLGUIN Juan Larrea, “Repertorio de Jurisprudencia”, Tomo XXIV, 1985, Tercera Sala, Juicio ° 172, Sentencia 5 de noviembre, Pág. 232.

elementos en el contrato prometido deben constar desde el momento que se realiza la celebración.

La ley exige que la eficacia al momento de celebrar el contrato de promesa el contrato prometida no tenga una causa insubsanable de ineficacia, es decir, un objeto o causa ilícita que no podría superarse. Cumpliéndose de esta manera el numeral segundo del Art. 1570 CC. Por otro lado la eficacia del contrato prometido, se contará desde el momento en que se hace exigible la obligación.

3.5 Prohibición de enajenar, embargo o patrimonio familiar.-

Una de las hipótesis más frecuente se deriva de un contrato de promesa de celebrar un contrato de compraventa de un bien que mantiene una prohibición de enajenar, un embargo o que forma parte de un patrimonio familiar.

Para lo cual nos hacemos la siguiente reflexión:

¿Obliga el contrato de promesa de venta de este tipo de bienes sujetos a estos gravámenes?

El Art. 426 CPC determina: “La prohibición de enajenar produce el efecto de que los bienes indicados en el Art. 421 no pueden ser vendidos ni hipotecados, ni sujetos a gravamen alguno que limite el dominio o su goce, so pena de nulidad.” De esta manera la venta de un bien con prohibición de enajenar constituye objeto ilícito.

Adicionalmente el Art. 900 del Código de Procedimiento Civil dice: “También podrá el juez en los casos permitidos por la ley, a solicitud del acreedor, prohibir que el deudor enajene sus bienes raíces, para la cual se notificará al respectivo registrador de la propiedad quien inscribirá la prohibición de enajenar sin cobrar derechos.”

De esta manera cuando exista la inscripción en el Registro de la Propiedad, el bien inmueble no podrá enajenarse, ni hipotecarse cuando su enajenación se ha prohibido, ni tampoco podrá imponerse sobre ellos gravamen alguno.

El Art. 9 CC dice: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención” y el Art. 1482 del Código Civil que dice: “Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente; de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.”

La enajenación de bienes embargados sin autorización del juez o el consentimiento del acreedor, es otro caso de objeto ilícito, de acuerdo al Art. 1480 numeral tercero del Código Civil, que manifiesta:

“Hay objeto ilícito en la enajenación:

1. De las cosas que no están en el comercio;
2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y,
3. De las cosas embargadas por decreto judicial; a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.”

Aquellos bienes que se conforman dentro del patrimonio familiar quedan fuera del comercio, constituyendo objeto ilícito su enajenación, de acuerdo a lo estipulado en el Art. 835 CC, establece la facultad de constituir el patrimonio familiar, expresa: “El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tienen derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores.”, al respecto dentro de las limitaciones que nos establece el legislador se determina en el Art. 840 CC que versa: “Tampoco podrán dichos bienes ser objeto de división, comodato, sociedad, renta vitalicia, ni anticresis, sino de acuerdo con este Título.”

Es decir, estos son casos en que la venta y la enajenación de dichos bienes, es sancionada con la nulidad absoluta por existir un objeto ilícito. Con excepción al Art. 1 del decreto supremo 868 (R. 212: 15-Nov-1976), dispone: “Las Instituciones que conceden préstamos hipotecarios con cargos a fondos de reserva de sus empleados, de acuerdo con el decreto 33, del 4 de Julio de 1955, para seguridad de los créditos que llegaren a otorgar, podrán gravar con hipoteca los bienes de los beneficiarios del préstamo, aun cuando estuviese constituido patrimonio familiar sobre aquellos inmuebles y obtener su embargo, si llegare el caso”.

El bien el objeto del contrato de promesa es un generador de obligaciones para los prometientes, de celebrar un contrato en un futuro determinado; el objeto del contrato prometido son las obligaciones propias a su naturaleza. Debemos estar claros que no es fuente de derechos, ni un título traslativo de dominio.

A pesar que la prohibición de enajenar, el embargo y el patrimonio familiar constituyen impedimentos al momento de celebrar el contrato de promesa, se estima que para el momento de cumplir con sus obligaciones de hacer jurídico, se haya extinguido los impedimentos para estos casos particulares.

No se trata de aquellas hipótesis de objeto ilícito que nos son superables ya que la prohibición enajenar y el embargo se pueden cancelar y de la misma manera el patrimonio familiar se puede levantar.

La promesa de contrato no es un acto de enajenación y por lo cual, su objeto es la perfección del contrato prometido, a lo cual no debemos confundir con el objeto del contrato de venta, que es la cosa vendida; por consiguiente, si cuando se verifica la promesa el objeto del contrato está embargado por decreto judicial, no cabe afirmar por esta razón, que el objeto de la promesa esté fuera del comercio, ya que hay distinción real entre el uno y el otro.

Puede prometerse, pues, la venta de una cosa que en la fecha que se realiza la promesa está embargada, así mismo puede prometerse la venta de cosa ajena.

Para el perfeccionamiento del contrato prometido, el promitente vendedor debe liberar la cosa, poniéndola en las condiciones necesarias para que se torne un objeto lítico del contrato. En caso de no liberarla, el contrato no podrá perfeccionarse por culpa del promitente vendedor, quien se lo manifestará como infractor de la promesa.

Encontramos una hipótesis, en la que un contrato de promesa de celebrar un contrato de compraventa de bien inmueble de la sociedad conyugal, únicamente tiene el consentimiento de uno de los cónyuges.

De acuerdo al Art. 182 del Código Civil, la enajenación de un bien raíz de la sociedad conyugal, requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

Constituyendo al contrato de promesa en una fuente de obligaciones personales que consisten en un hacer jurídico, no tratándose de un acto de enajenación, venta o disposición; advertidos que el objeto de contrato de promesa es la de celebrar un contrato eficaz y perfecto al momento de cumplir las obligaciones prometidas. Por estas razones el contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles que se encuentran dentro de la sociedad conyugal, nace a la vida jurídica así exista solamente el consentimiento de uno de los cónyuges, efectivamente, si bien la compraventa de bienes raíces de la sociedad conyugal necesita el consentimiento de ambos cónyuges bajo sanción de nulidad relativa, este es un requisito propio del contrato definitivo y no del contrato de promesa.

Dentro de la jurisprudencia encontramos tesis contrarias, donde se expone que el contrato de promesa no surte efecto alguno cuando se refiere a una compraventa de bienes inmuebles dentro de la sociedad conyugal sin que exista un consentimiento de ambos cónyuges.

Para nosotros el punto de conflicto radica en el caso de ejecución forzada de esas obligaciones: ¿Puede el juez firmar la escritura de celebración del contrato de compraventa en nombre del cónyuge renuente y de otro que ni siquiera se obligó?

Se produce una posibilidad para que el cónyuge que prometió vender y que ahora está incumpliendo en sus obligaciones, pueda excepcionarse con la falta del consentimiento del otro cónyuge; adicionalmente por otro lado el cónyuge que ni siquiera se obligó con el contrato de promesa tenga que dar su consentimiento para luego atacar el contrato de compraventa por vicio de consentimiento y pedir la nulidad del mismo.

Al respecto Fernando Fueyo Laneri manifiesta: “La eficacia a la que se refiere la ley es jurídica, como sinónimo de validez, pero no es práctica, como grado de seguridad en el cumplimiento”.²¹

Otra de hipótesis que merece una breve revisión es el contrato de promesa y la lesión enorme de contrato prometido.

Dentro de este análisis consideramos 3 puntos principales para la revisión:

- a) Determinar si la lesión enorme del contrato prometido puede influir en el contrato de promesa.
- b) Para quienes aceptan la lesión enorme de contrato de promesa, el momento en que se verificaría el vicio.
- c) El promitente ejecutado podría manejar como una excepción al cumplimiento, debido a la existencia de la lesión enorme que le causaría el celebrar el contrato prometido.

Debemos entender que la lesión enorme es un vicio en el consentimiento, el mismo que de acuerdo al Art. 1829 CC, determina la existencia de la lesión enorme como: “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.”

²¹ FUEYO Fernando, “Derecho Civil”, Tomo V, volumen II, Imprenta y Lito Universo S.A., Santiago de Chile, 1964, Pág. 134.

En el contrato de promesa no existe obligación de pagar el precio y de trair a la cosa, por lo que el contrato de promesa no es susceptible de dar motivo a la excepción de la lesión enorme si el contrato prometido adoleciese de ese vicio.

El contrato de promesa que contenga la obligación de celebrar un contrato futuro, que se encuentre viciado con lesión enorme, cumple con el segundo requisito de eficacia del contrato prometido. Motivo por el que debe ser considerado al momento de cumplir las obligaciones y cuando no se refiere a un objeto o causa ilícita, se determina que son vicios insubsanables.

3.6 Plazo determinado en el contrato de promesa de compraventa.-

El contrato de promesa teniendo como finalidad ser un medio por el cual, cumpliendo con las obligaciones y requisitos que establece la ley, se llegue a concretar el contrato prometido y deseado inicialmente.

El contrato de promesa al no ser una figura de ejecución inmediata, sino por el contrario, busca que sus obligaciones deben cumplirse dentro de un lapso de tiempo determinado por las partes, mientras se den las condiciones idóneas y necesarias para la celebración del contrato prometido. Siendo este un acto jurídico bilateral que se desplaza con el tiempo, cuyo cumplimiento se determina dentro de un tiempo específico, y para lo cual, es el punto de partida de las consecuencias propias frente a futuro incierto.

El Art. 1570 CC, en su numeral tercero, estipula que el contrato de promesa debe contener, la determinación del periodo en el que se va a celebrar el contrato definitivo, como consecuencia, frente a la necesidad de indicar el momento en que se deba cumplir las obligaciones determinadas en el contrato.

El señalamiento de la época dentro de la cual se verificarán las obligaciones de hacer jurídico, significa establecer un lapso de tiempo, cuyo objetivo es determinar un principio y un fin, dentro del cual se celebrará el contrato definitivo.

La futuridad de la convención determina el espacio de tiempo temporal y suficiente para extinguir los obstáculos actuales que motivaron la celebración del contrato de promesa.

Es importante tener en cuenta que no se puede caer en la costumbre inmisericorde de fijar períodos largos e indeterminados, que tienen como fecha final la prescripción extraordinaria.

Al respecto Fernando Fueyo Laneri determina:

“Esa transitoriedad breve, en cierto modo fugaz, es consubstancial del contrato en examen, merece honda consideración y conduce a la enunciación de una norma de interpretación ad-hoc: ante cualquier duda sobre la verdadera intensión de las partes, han de suponerse que estas han querido operar, en definitiva, en un tiempo razonablemente breve. Con aquella brevedad propicia a la mantención del equilibrio de valores de las prestaciones recíprocas. Con aquella brevedad capaz de transformar lo provisorio en definitivo en forma segura. Con aquella brevedad racional. No podría entenderse de otro modo”.²²

A continuación realizaremos un breve análisis respecto a los plazos suspensivos simples, plazo resolutorio simple, a día fijo determinado, plazo suspensivo y resolutorio, condición determinada, condición indeterminada y algunas formas especialísimas.

Plazo suspensivo simple.- El plazo suspensivo inicial es aquel que determina el momento desde el cual se hace exigible una obligación. Este plazo no afecta a la existencia misma del derecho ya que este se encuentra constituido desde el momento que se originó el acto o contrato.

El plazo suspensivo hace relación al ejercicio actual del derecho, mientras se encuentre pendiente el plazo la obligación no puede ser exigible, pero una vez concluido el plazo se puede solicitar el cumplimiento. Dentro del contrato de

²² FUEYO Fernando, “Derecho Civil”, Tomo V, volumen II, Imprenta y Lito Universo S.A., Santiago de Chile, 1964, Pág. 147.

promesa, se determina como una forma para fijar el tiempo para la celebración del contrato prometido, y se lo encuentra dentro del respectivo documento contractual así:

“El contrato definitivo se lo celebrará luego de 90 días contados a partir de la suscripción de la presente promesa”.

“El contrato prometido se celebrará desde el 11 de junio del 2014”.

“El contrato definitivo se celebrará a partir de 60 días contados desde la fecha de 19 de agosto de 2013”.

En estas redacciones, el contrato prometido se torna exigible desde el momento en que se cumple el plazo suspensivo establecido, motivo por el cual el cumplimiento de la obligación de hacer jurídico se suspende.

Bajo estos supuestos preguntamos: ¿Hasta cuándo se podría demandar el cumplimiento? De acuerdo a lo establecido, aquellos que aceptaren sin restricciones el uso del plazo suspensivo dentro del contrato de promesa, se establece que se podría exigir el cumplimiento hasta el último día de plazo de prescripción.

De acuerdo a nuestra discreción, se determina que el plazo suspensivo no fija la época dentro de la cual se deben cumplir con las obligaciones del contrato preparatorio de promesa, para lo cual únicamente establece el momento desde el cual es exigible la obligación de hacer jurídico, más no hasta cuándo.

La determinación del tiempo, es decir fijar la época, es sumamente importante establecerlo en el contrato de promesa, puesto que al no realizarlo se estaría incumpliendo con este requisito, bajo la sanción de una inexistencia jurídica.

Al respecto Fernando Fueyo Laneri, refiriéndose a esta posición menciona:

“En verdad, baste decir que tal intento involucraría delimitar excesivamente las posibilidades prácticas de los contratantes, frente a sus necesidades o conveniencias, vulnerándose francamente el principio de la libre contratación”.²³

Plazo resolutorio simple.- Es aquel que marca el momento de inicio desde el cual la obligación deja de ser exigible, por haber transcurrido el tiempo previsto y establecido en dicho plazo, el mismo que habrá caducado. Este plazo determinado se lo conocen también como final o extintivo, el cual se lo determina por establecer la caducidad de un derecho.

En este plazo mientras se encuentre vigente, la obligación es exigible, y se puede demandar el cumplimiento; sin embargo, una vez cumplido el plazo resolutorio se extingue la acción para exigir el cumplimiento por cuanto ha operado la caducidad.

El plazo resolutorio es una forma idónea para establecer la época, dentro de la que se debe celebrar el contrato prometido, cumpliendo las obligaciones propias del contrato de promesa que buscan el hacer jurídico.

El plazo resolutorio se encuentra expresado en un contrato de promesa, de la siguiente manera:

“El contrato definitivo se celebrará a más tardar el 31 de diciembre próximo”

“El contrato prometido se celebrará dentro de un año, a partir de la fecha de suscripción del contrato de promesa”

“El contrato prometido se celebrará dentro de seis meses, a partir del 13 de julio del 2014”

Para lo cual el contrato definitivo deberá celebrarse dentro de la época estipulada, la misma que empieza desde el momento de la celebración del contrato de promesa ó a una fecha cierta y determinada, y tendrá vigencia hasta las 24 horas del último día antes del vencimiento del plazo establecido.

²³ FUEYO Fernando Laneri Ibidem

Una vez cumplido el plazo, se produce lo que se conoce como el efecto de la caducidad, el mismo que pone al promitentedisplicente en la imposibilidad de exigir el cumplimiento de dichas obligaciones de hacer. Debido a que no realizó ninguna gestión para manifestar su voluntad de cumplir el contrato.

La finalización del plazo resolutorio, es un medio especial para extinguir las obligaciones, poniendo un fin a la incertidumbre de mantener un vínculo jurídico eternamente.

A día fijo determinado.- Esta opción de fijar la época para la celebración del contrato prometido, busca señalar una fecha única y esencial dentro de la cual se cumplirán las obligaciones del contrato de promesa, al respecto se lo representa de la siguiente manera:

“El contrato definitivo se celebrará el 26 de febrero del 2014.”

Este tiempo se encuentra comprendido desde las cero horas y un segundo hasta las 24 horas de ese mismo día. Por lo tanto mientras no llegue el día fijado para la celebración del contrato prometido, la obligación se encuentra pendiente y no podrá ser exigida, una vez que ha llegado el día, esta se torna exigible y solamente el transcurso de ese día de manera impostergable e inexcusable, sin que se pueda demandar su cumplimiento días posteriores a esta fecha, y adicionalmente si ninguno de los prometientes ha declarado su intención de celebrar el contrato prometido, habrá operado la caducidad respectiva.

La determinación de la época con el establecimiento de un día esencial para su cumplimiento de las obligaciones del contrato de promesa, responde a una necesidad para generar mayor seguridad.

Sin embargo hay que señalar que el contrato de promesa requiere dentro de un lapso la práctica de diversas gestiones inminentemente necesarias para poder llegar al instante mismo de la celebración del contrato definitivo.

Plazo suspensivo seguido de un plazo resolutorio.- No existe inconveniente para fijar la época que determina el señalamiento de un plazo resolutorio, de la siguiente manera:

“El contrato prometido se celebrará a partir del 11 de junio de 2014 hasta el 11 de diciembre del mismo año”.

En este planteamiento, se establece la época dentro de la cual se deben cumplir las obligaciones del contrato de promesa, la misma que está determinada desde el momento en que se cumple el plazo suspensivo hasta la media noche del último día del plazo resolutorio.

Por lo que podemos indicar que mientras no llegue el primer día del plazo suspensivo, la obligación estará pendiente y no se podrá exigir su cumplimiento; en cambio, una vez que ha vencido el plazo resolutorio establecido, no podrá demandar el cumplimiento del contrato de promesa, el promitente indiferente, que no hizo la gestión respectiva para celebrar su voluntad en el contrato prometido, obligará a que se produzca la respectiva caducidad.

La implementación y utilización de un plazo suspensivo junto con un resolutorio es la forma más idónea para fijar y determinar la época de celebración del contrato prometido, ya que se establece un periodo de tiempo, dentro del cual se realizará las respectivas gestiones necesarias para alcanzar la eliminación de los impedimentos o prohibiciones que inicialmente postergaron la celebración del contrato, estableciendo un periodo de tiempo posterior dentro del cual se rectificará el negocio jurídico deseado inicialmente.

Condición determinada.- Esta condición busca, que el acontecimiento futuro e incierto que de verificarse se sabe cuándo, ya que contiene otra modalidad que es el plazo.

La condición determinada se la considera suspensiva cuando se interrumpe la adquisición de un derecho. Mientras esta condición esté pendiente, el nacimiento del derecho se encuentra subordinado a la verificación futura. Una vez cumplida la

condición suspensiva para el beneficiario nace el derecho junto con la acción para exigir el cumplimiento de la prestación.

Esta condición determina la época de celebración del contrato prometido en expresiones como:

“El contrato definitivo se celebrará cuando el BIESS, entregue la autorización del préstamo, que no podrá ser más allá de un año, contado a partir del contrato de promesa”

“El contrato definitivo se celebrará dentro de 6 meses contados desde el 18 de junio de 2014 y siempre que el BIESS extienda su autorización”.

En esta condición, la obligación nace y se torna exigible, siempre y cuando se haya cumplido con la condición señalada dentro del plazo establecido. Para que se fije la época de celebración del contrato definitivo, este debe estar indicado mediante un plazo resolutorio, que es el único que determina hasta cuándo se puede exigir el cumplimiento.

Por lo tanto hay algunas expresiones que no fijan una época, tales como:

“El contrato definitivo se celebrará a partir del 19 de agosto de 2014 y tan pronto se levante la prohibición de enajenar”

“El contrato prometido se celebrará a partir de los 30 días de la cancelación de la hipoteca”

La condición determinada es de carácter resolutorio, cuando llega el día que produce la extinción del derecho de los contratantes. Por lo tanto mientras está pendiente la condición resolutoria, el derecho ha nacido y se puede exigir el cumplimiento de la obligación de hacer; una vez que ha vencido, el derecho y su acción habrán caducado para el promitente indiferente, que no dio ningún aviso de su intención de celebrar el contrato prometido.

La condición indeterminada.- Es aquella que tiene por esencia el acontecimiento futuro e incierto, que de verificarse no se sabe cuándo.

De esta manera no determina la época de celebración del contrato prometido, al respecto encontramos los siguientes ejemplos:

“El contrato prometido se celebrará tan pronto como el BIESS de su autorización”.

Recordemos que el tercer requisito del Art. 1570 CC, marca la posibilidad de utilizar un plazo o una condición en la medida en que se fije la época de celebración del contrato prometido.

La condición indeterminada se caracteriza por generar una incertidumbre respecto a su verificación, lo que se contrapone con el espíritu del legislador frente al numeral tercero, como es la necesidad de señalar un lapso determinado.

Al respecto Fernando Fueyo Laneri indica:

“La vida de los negocios, y el pensamiento del hombre medio, hacen inconciliable una determinación tal, que deja un contrato futuro a una verdadera contingencia de realización, a una especie de suerte, inadmisibles a su solo planteamiento; sea que el contrato prometido juegue una cosa, expuesta a muchos riesgos y muchos cambios de valor, sea que jueguen servicios u otra clase de prestaciones”.²⁴

3.7. Naturaleza jurídica en la promesa de compraventa.

El contrato de promesa siendo un acto jurídico cuyo objetivo principal es asegurar y garantizar a las partes, es decir entre el promitente vendedor y el promitente comprador.

La promesa de venta genera una obligatoriedad jurídica de cumplir con lo prometido por las partes, en el fondo y forma como se estableció el negocio jurídico.

²⁴ FUEYO Fernando, “Derecho Civil”, Tomo V, volumen II, Imprenta y Lito Universo S.A., Santiago de Chile, 1964, Pág. 187.

Generando un cumplimiento con lo que se encuentra establecido en el Art. 1570 CC, jurisprudencia que brinda la fuerza necesaria para exigir el cumplimiento de lo dispuesto.

CAPITULO IV

4.- DE LAS GARANTÍAS:

4.1 Análisis Previo.-

Como paso previo en este capítulo de estudio y análisis, traigamos a la memoria lo que refiere nuestro Código Civil en su art. 1453 : “ Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga.....”, por tanto, la concepción de las obligaciones se apoya a base de garantías que en definitiva aseguran a los participantes el justo derecho, propósito fundamental que busca nuestra legislación, entendiéndose por ellas la Constitución y demás leyes.

Si señalamos la Constitución, es menester hablar de las Garantías Constitucionales, las mismas que vienen a configurar declaraciones, medios y recursos a través de los cuales garantizan a todos los individuos los mismos derechos, y obligaciones entre sí.

Que involucra para los miembros de un Estado los derechos: conjunto de normas o atribuciones que se concede, se reivindica o se ejerce colectivamente a base de la equidad y las buenas costumbres y para robustecer nuestra afirmación veamos que nos dice el autor Guillermo Cabanellas respecto de Derechos y Garantías :

“En derecho Constitucional, el conjunto de declaraciones solemnes por lo general, aunque atenuadas por su entrega o leyes especiales donde a veces se desnaturalizan, que en el código fundamental tienden a asegurar los beneficios de la libertad, a garantizar la seguridad y a fomentar la tranquilidad ciudadana frente a la acción arbitraria de la autoridad. Integran límites a la acción de ésta y defensa para los súbditos o particulares.”²⁵

En el ánimo de robustecer nuestro estudio, tratemos de definir un Contrato: como la convención, acuerdo o pacto de dos o más personas sobre un objeto lícito de interés jurídico, constituyéndose en generados de obligaciones; además, hemos de destacar que estos contratos son unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales no son sino aquellos en el que una sola de las personas tiene obligaciones para con la otra; en cambio los contratos bilaterales se supeditan a que las partes se obligan recíprocamente y por ello, aflora las garantías a efecto del cabal cumplimiento de obligaciones.

Frente a realidades o práctica de la vida, en el decurso de la misma, se ha visto con relativa frecuencia por parte de los actores jurídicos el incumplimiento o falta de probidad o seriedad en el compromiso de las obligaciones contraídas y por ello, en la modalidad establecida dentro de la promesa de compraventa, nuestra legislación contempla garantías.

Si bien es valorable la voluntad del deudor en el sentido de dar fiel acatamiento a los diferentes compromisos originados en la compraventa, no es menos cierto que, por razones ajenas de diferente índole pueden acarrear hechos y circunstancias que conllevan al incumplimiento y en el afán de obviar aquellas situaciones, el preestablecimiento de garantías propias, vienen a dar seguridad al acto jurídico.

Secuencia de lo anterior expuesto, la persona acreedora o promitente comprador puede en cualquier circunstancia verse atado de pies y manos por la falta de seriedad del promitente vendedor originado justamente del incumplimiento y no es menos cierto también que, el promitente vendedor de igual manera puede verse afectado en sus intereses por el no cabal cumplimiento de obligaciones por parte del promitente comprador, para todo ello, procede en materia de seguridad las garantías.

Si nos remontamos a capítulos específicos como el de la Garantía contemplado en nuestro Código Civil, podemos referir que es una Institución que tiene por fin u objeto asegurar obligaciones otorgando a las partes recursos a través de los cuales se puede exigir el cumplimiento y lo que es más, incluso, el pre establecimiento de otras imposiciones.

En virtud al hecho futuro el contrato promesa de compraventa, tiene para sí, el sello del establecimiento de garantías que buscan principalmente el cumplimiento de lo pactado u obligaciones del hacer jurídico.

El alcance y propósito de nuestra legislación entre otros es, configurar modalidades de seriedad frente al renglón e importancia de la promesa de compraventa, para otorgar esas expectativas con la importancia del compromiso de voluntades de los contratantes.

A base de lo anterior lo que se busca es, el cabal cumplimiento de lo pactado donde partiendo del acuerdo de voluntades, éstas no vengán a futuro a deteriorar ni modificar ese advertido compromiso, que para el caso que nos ocupa, recae sobre bienes inmuebles con la figura promesa de compraventa.

No olvidemos que nos hallamos frente a sujetos del derecho, en su orden dos personas naturales y/o jurídicas: la una como sujeto activo y que se le identifica como acreedor, la otra como sujeto pasivo que le prefijamos como deudor, por tanto, recordemos que están vinculados. El deudor en función al concepto configura un acto de confianza por parte del acreedor, toda vez que busca exigir su inmediata satisfacción, se ha fiado hasta cierto punto del deudor para la venidera ejecución de la obligación.

En el ayer en el Derecho Romano en las Doce Tablas había la palabra: (rei), que en definitiva designa a un tiempo a las dos partes y que se aplica más especialmente al deudor, en el que va la acción de dar.

Al respecto indicaremos el concepto de garantía como: todo acto que conlleva asegurar de alguna manera el fiel cumplimiento de una obligación pactada o convenida entre las partes, en la que va implícita dos hechos básicos que se remiten por una parte a la buena fe para el cumplimiento de las obligaciones y lo que se tipifica como derecho de hipoteca cuando de inmuebles se refiere:

Si abordamos lo inherente a la buena fe, nos circunscribimos a la palabra empeñada que lleva consigo la rectitud, el buen proceder tanto del que da o recibe la cosa a cualquier título oneroso, lucrativo y por ende se da la transferencia de dominio.

El vocablo hipoteca tiene un origen griego y se configura como algo para asegurar una obligación que garantiza y responden en caso de vencimiento sin pago o lo que sería incumplimiento.

4.2 Las Cauciones.-

Las cauciones de acuerdo al autor Guillermo Cabanellas, lo define como: “Seguramiento que el deudor ha de hacer al señor del deudo, dándole fiadores valiosos o peños. Puede definirse como la seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado; lo obligatorio aun sin el concurso espontáneo de su voluntad. En el presente, caución es sinónimo de fianza, que cabe constituir obligando bienes o prestando juramento.”²⁶

De acuerdo a nuestro Código Civil en el Art. 31 determina: “Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, prenda y la hipoteca.”

A base de lo anterior señalado la fianza se prefija en el Art. 2238 CC así: “Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una ó más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.”

Debemos resaltar que el fiador está obligado a responder sobre el monto que se le debe al deudor principal, e incluso puede obligarse a cantidades inferiores del monto u obligación contraída. Y está obligado a dar fianza a petición expresa del acreedor, más aun, por el hecho de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de la obligación, así como también, frente al temor de que el deudor se ausente del territorio como el ánimo de evadir responsabilidades contraídas.

Mencionemos en esta parte lo que trae consigo el Art. 2239 CC., y que se remite a las clases de fianza, siendo éstas:

- Convencional.
- Legal.
- Judicial.

²⁶ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Pág. 66.

Por convencional entendemos lo que contempla el contrato; por legal es la que está dispuesta por la ley; y, por judicial la decisión del juez.

El aspecto principal de lo que se ha señalado en lo que antecede, es denotar que nuestra legislación prevé todo lo necesario a efecto de cumplir con las obligaciones y subsecuentemente lo relativo a garantías y para ello reforcemos el alcance y contenido de todo lo que involucra este magno espacio llamado Derecho.

Derecho: si nos remontamos a la parte etimológica viene del latín “director” o sea directo; de “dirigere”, que no es sino alinear o enderezar. Aplicando de nuestro léxico en lo referente a la moral sería “bien intencionado”; en lo jurídico contemplaría “lo justo, lo legítimo.”

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico anota: “Derecho facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal. Potestad de hacer o exigir cuanto la ley o la autoridad establece a nuestro favor, o lo permitido por el dueño de una cosa. Conjunto de leyes, colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza.”²⁷

Filosóficamente es conocido por todos que todo Derecho tiene como base o fundamento un Hecho; y, lo mismo sucede también con la obligación, no hay una Obligación que no proceda de un Hecho. A base de lo señalado bien podríamos decir cuáles son los hechos que pueden generar este resultado y se presentarían así: el consentimiento recíproco de las partes, por tanto, el consentimiento es la conformidad de quienes intervienen siempre y cuando concurran a ella nada contrario a la moral o se atente al orden público, ni nada que limite o sea físicamente imposible. Este consentimiento se da con suficiente capacidad, excepto claro está, el

error, dolo y violencia. Desde el momento mismo que las partes han consentido ellas quedan totalmente vinculadas o ligadas y obligadas.

Con esta oportunidad de la investigación, vamos a encontrar toda la firmeza o dureza del derecho civil para los romanos, posteriormente modificaciones o cambios sucesivos a tono con el desarrollo y progreso propio de la humanidad en su contexto de civilización con la participación del derecho de gentes y por ello, se alcanza a comprender que el vínculo o nexo que liga a una persona con otra y si es necesario el concurso de la fuerza pública para alcanzar su efecto depende exclusivamente del derecho civil y aquí surgiría una inquietud : o está uno obligado según el derecho civil, o no lo está y cuando lo está uno ligado civilmente, nada importa que la equidad natural lo apruebe o lo condene. Estas reflexiones que vienen a mi memoria han sido inculcadas y trasladadas por nuestros catedráticos en hora de estudio propio de la universidad.

Podemos concluir en esta parte que las diferentes obligaciones con garantías constituidas por efecto de la voluntad de las partes y reconocidas por el derecho civil, vienen hacer lo que llamamos Contratos y en el caso que nos ocupa de Promesa de Compra Venta. El mismo derecho civil también ha reglado un número de casos o situaciones de los cuales resulta una obligación del perjuicio causado a otro, de una manera a propósito o involuntariamente pero siempre sin razón.

Decimos sin razón, ya que no cabe frente al compromiso o convenio de las partes que en forma inicial se comprometieron a cumplir de manera libre y formal o sea se actuó bajo total conciencia y no cabe que posteriormente se quiera omitir o cambiar lo pactado.

Hemos de advertir también que, una vez establecido el vínculo de derecho, éste subsiste o se prolonga hasta que intervenga un acto o un hecho jurídicamente reconocido por las leyes que tiendan a desligar o desvincular a las partes, pues, el simple transcurso del tiempo no puede producir el resultado.

La hipoteca según Guillermo Cabanellas, lo define como: “Como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla.”²⁸ Al respecto el Art. 2209 CC. Establece: “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmueble que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.”

Tomando en consideración lo que trae consigo el mismo código en su artículo 2310 y siguientes del Código Civil, podemos afirmar que la hipoteca es indivisible, es decir, que cada una de las cosas hipotecadas a una deuda están obligadas al pago de la misma. De igual manera para la hipoteca está reglado lo relativo a la forma como debe constituirse, o sea, mediante escritura pública y que debe constar en el contrato que accede, además debe ser inscrita en el registro de la propiedad, ya que sin este requisito no tendría valor alguno.

Debemos señalar ciertas características propias de la hipoteca, en la cual se traduce en la potestad que tiene el acreedor de ceder en venta la cosa hipotecada frente al incumplimiento de la obligación principal. La hipoteca siendo un contrato accesorio seguirá la misma suerte del contrato principal que versa sobre garantía.

Se determina la solemnidad que debe contener la hipoteca, de acuerdo, a lo que establece el Art. 2311 CC.

En cuanto a la capacidad que se establece para la constitución de hipoteca, el Art. 2316 CC. menciona: “No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para la enajenación.

Pueden obligarse con hipoteca los bienes propios para seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si esté no se ha sometido expresamente a ella.”

El tratadista Alberto Leuro afirma: “La hipoteca es un derecho real, accesorio e indivisible, constituido en forma solemne, sobre inmuebles que poseen en propiedad o usufructo, en garantía del cumplimiento de obligaciones propias o ajenas que le otorga al acreedor la acción real de perseguir la cosa hipotecada en cabeza de quién

²⁸ CABANELLAS Guillermo, Heliasta Editorial, Pág. 188.

la posee y hacerla vender judicialmente para que le producto de la venta se le pague la preferencia de su crédito.”²⁹

4.3 Otras Garantías.-

A más de las garantías generales anotadas en el párrafo anterior, hemos de señalar otras propias que en parte se resumen, así:

La Prohibición de Enajenar: Esta prohibición se traduce llana y simplemente a una limitación para la transferencia de dominio y a través del no enajenamiento de igual manera nos sitúa en el hecho de que el acto jurídico no permite la transmisión a otra persona de la propiedad o bien inmueble a título oneroso o lucrativo hasta el cumplimiento de la obligación. Hemos de anotar también que, la prohibición de enajenar de manera voluntaria responde al principio de libertad contractual siempre y cuando no atente contra el orden público reflejado en la ley o las buenas costumbres.

Hemos de referir lo que trae consigo el Art. 2309 CC.: “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.”

Las Arras: Considerada como aquella garantía que se da en prenda para obtener una seguridad en el cumplimiento de un compromiso. Cabanellas, al respecto lo define como: “Lo que se da en prenda o seguridad del cumplimiento de un contrato.....”³⁰

Bien puede surgir la inquietud en el sentido de que se trata de una institución que se aplica más para los contratos de compra venta por ejemplo, pero, en la práctica en función a la libertad contractual se puede aplicar a cualquier clase de contratos. Para los efectos pertinentes en el art. 1742 del código civil se dice: “Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato,

²⁹ LEURO Alberto, La Hipoteca, Pág. 7.

³⁰ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta Editorial, Pág. 38.

se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse: el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas.”

En algunos casos las arras podrán ser de carácter penitenciales ó de retractación cuando se las entrega junto al derecho de retractarse en la obligación; adicionalmente, podrán ser de carácter confirmatorias, al momento que se las entrega ratificando su voluntad y decisión; así, el Art. 1741 CC., menciona: “Si expresamente se dieran arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta; sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1740, inciso segundo.” Así mismo el Art. 1743 CC. Indica: “Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega.”

4.4 Cláusula Penal.-

Traigamos a la memoria lo relativo a la cláusula penal en el Derecho Romano, institución a la que se le conocía “*stipulatio poenae*”, que tenía como finalidad garantizar hechos futuros de obligatoriedad civil. De esta manera podemos observar y apreciar que dentro del Derecho Romano sus autores tenían una clara visión de acontecimientos que podías o no suscitarse.

Es imperativo señalar lo que establece el Código Civil Ecuatoriano en su Art. 1551: “Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento.

El autor Guillermo Cabanellas, en su diccionario jurídico elemental establece a la cláusula penal como: “La puesta a veces por las partes en sus contrato, estableciendo una sanción para aquella que no cumpla lo estipulado.”³¹

Sumemos a lo anterior mencionado lo que afirman tratadistas chilenos como Arturo Alexandri Rodríguez, Enrique Horacio Prieto y otros, cuando le conceptúan como:

³¹ CABANELLAS Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Heliasta Editorial, Pág. 72.

“La evaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que puedan experimentar el acreedor por el incumplimiento, o con el cumplimiento tardío o imperfecto de la obligación.”

De la misma manera el tratadista Argentino Guillermo Borda, define: “Recurso compulsivo ideado para obligar al deudor a cumplir con lo convenido, ante el peligro de tener que satisfacer esta pena, por lo común más gravosa que la obligación contraída.”³²

Portier al respecto manifiesta: “La que nace de cláusula de una convención en virtud de la cual una persona, para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga, en forma de pena, a alguna cosa en caso de inejecución de ese compromiso.”³³

Partiendo de estas definiciones, debemos señalar que lo relativo a la cláusula penal se entiende como una obligación accesoria más no una indemnización de daños y perjuicios, todo ello basado en el hecho del incumplimiento de la obligación principal.

La cláusula penal se la determina para todo tipo de convención o contrato, constituyéndose en garantía para el cabal cumplimiento de la obligación contraída.

El propósito que anima la cláusula penal es precautelar el cumplimiento ó en el evento de que su cumplimiento sea incompleto o de manera tardía, por total responsabilidad del deudor, no es menos cierto que se suscita una lesión enorme y por ello con antelación se considera la cláusula penal compensatoria.

La ley va también hacer miramientos a lo que se llama liquidación legal, la misma que es ordenada por el juez en la que se contempla liquidación de perjuicios, dentro de la que se incluye una liquidación convencional originada de común acuerdo entre las partes. A este respecto el Art. 1551 CC. y subsiguientes configuran la institución denominada obligaciones con cláusula penal, y por ende, está considerando el posible futuro de incumplimiento.

³² Cita dada por ÁLVAREZ Alejandro, “Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano”, Tomo I, Pág. 185.

³³ PORTIER R.J. “Tratado de Obligaciones, Pág. 207.

Recordemos que la cláusula penal no se presume, por lo que es de estricto derecho y debe consignarse expresamente en el contrato, esta cláusula por regla general será de carácter compensatorio.

Partiendo de lo anterior expuesto determinamos a la cláusula penal con las siguientes características:

1.- Carácter Accesorio.- Siendo el objetivo principal el garantizar el cumplimiento de otra obligación, se supone la existencia de una obligación principal a la que accede y cuyo cumplimiento garantiza dos escenarios:

a) De acuerdo a lo establecido en el Art. 1552 CC.”La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal.....” Cumpliéndose de esta manera lo determinado como principio jurídico, respecto a, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En varias ocasiones se ha tratado de buscar excepciones al carácter accesorio de la cláusula penal, en el Art. 1552 CC, en su inciso segundo y tercero, dice: “Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndole una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona. Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.”

Lo expuesto en este artículo no consignan excepciones, puesto que se refieren a las situaciones jurídicas determinada en el Art. 1466 CC., “Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse, o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”

Al respecto señalamos que en el caso que el promitente obtiene el compromiso ratificado por el tercero, se ha cumplido con la obligación adquirida; sin embargo, en caso de no hacerlo se producirá una acción de perjuicios. Esta cláusula penal al ser accesorio ante la obligación contraída por promitente, en cuanto al tercero, al no tener su consentimiento no se produce una obligación.

Recordemos que el Art. 1465 CC nos indica que: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa ó tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.”

Las cláusulas penales están asegurando las obligaciones válidas entre las partes y acceden por sí a esas obligaciones.

b) De acuerdo a la obligación, la pena será divisible o indivisible debido al nacimiento de la cláusula penal accesoria. Al respecto el artículo 1556 CC. dice: “Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos, a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación incurre, pues, en aquella parte de las penas que corresponden a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido la obligación.

Exceptuándose el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total. Podrá entonces exigirse a éste heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor.

Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible.”³⁴

Determinando que la acción hipotecaria es indivisible, por lo que cuando se garantiza con una hipoteca, el Art. 1557 CC. menciona: “Si la pena estuviere asegurada con hipoteca, podrá perseguirse ésta por toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.”

³⁴ LARREA Holguín Juan, Código Civil con jurisprudencia, Pág. 237.

2.- Condicional (Depende del incumplimiento de una de las partes.) para lo cual se determina que dicho acontecimiento no se conoce si puede o no suceder, el Art. 1489 CC., señala: “Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.”

3.- Evaluación convencional y a su vez anticipada de posibles daños y perjuicios que se generen por el incumplimiento ante la obligación principal o la mora; es directamente una indemnización directa de los daños y perjuicios generados, de acuerdo a lo pactado de antemano entre las partes contratantes, en la cual encontramos lo siguiente:

El artículo 1559 del Código Civil, menciona la pena e indemnización: “No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”

Dentro de la cláusula penal el acreedor estará exonerado a fundamentar los perjuicios que se han ocasionado debido al incumplimiento generado por el deudor, a diferencia, de lo que sucede en la indemnización de perjuicio ordinaria, este antecedente previsto de acuerdo a lo que establece el Art. 1558 CC: “Podrá exigirse la pena en cuántos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”

En caso de que el incumplimiento de la obligación se produzca por fuerza mayor o caso fortuito, no habrá lugar al pago de la pena, conforme lo estipula el Art. 30 CC.: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

4.- Se considera a la cláusula penal como una obligación subsidiaria, donde se determina que solo por excepción puede acumularse la pena con la obligación principal; y, por lo tanto, el deudor no se encuentra eximido al cumplimiento de la

obligación principal, salvo que haya una disposición expresa. Según el Art. 1553 CC., dice: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

Es importante determinar desde cuando es exigible la cláusula penal, para lo cual debemos definir al retardo como: “El incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley.” Mientras que la mora se la entiende como: “El retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de la voluntad del acreedor.”³⁵

La mora se encuentra normada dentro del Código Civil, en su Art. 1567. Para lo cual, se considera que el deudor incurre en la pena, al momento que se constituye la mora. Al respecto si la obligación se determina como positiva (genera acción de hacer ó dar). En cambio las obligaciones determinadas como negativas (acción de no hacer ó dar)

De esta manera el deudor incurre en la pena al momento en que se ejecutó el hecho que debía abstenerse.

La cláusula penal dentro del contrato de promesa de compraventa, tiene como finalidad garantizar y forzar el cumplimiento del contrato principal definitivo, cumpliendo una función accesorio. La cláusula penal adquiere una importancia dentro del contrato de promesa, vinculándose de tal manera que es una generadora de obligación en el contrato definitivo, determinando así la cuantía del contrato de promesa.

Esta cláusula penal dentro de contrato de promesa de compraventa, le da a la pena un carácter compensatorio, en muchas ocasiones generaba que el acreedor demande

³⁵ RODRIGUEZ Alessandri Arturo, Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Pág. 99-100.

el pago de esta pena y ya no el cumplimiento de la obligación principal, la misma que era la esencia y finalidad con la que se constituyó el contrato de promesa de compraventa. Al respecto lo determinamos que no se podrá demandar ambas cosas; es decir, el cumplimiento de la obligación ó en su defecto la compensación económica que se genera en la penalidad establecida.

Frente a una realidad de incumplimiento de las obligaciones, podemos ver que la cláusula penal presenta la gran ventaja de que al aplicarla se evita futuros litigios entre las partes, generando una mayor seguridad para los contratantes.

CAPITULO V

5.- DE LOS EFECTOS

5.1 La obligación de celebrar el contrato prometido.-

La búsqueda contractual del negocio jurídico deseado entre las partes, donde permita consolidar su voluntad de hacer, requieren determinar fórmulas efectivas que permitan resolver el problema actual frente a la imposibilidad de celebrar un contrato determinado, debido a la existencia latente de algún impedimento u obstáculo, que en ese momento motiva el uso de la figura jurídica conocida como contrato de promesa.

Frente a este capítulo de incertidumbre, se hace presente una estructura contractual que a través del tiempo busca garantizar la primera voluntad realizada entre las partes, por medio del acto preparatorio del contrato de promesa hasta el cumplimiento de sus efectos propios.

En base a nuestro estudio en los capítulos anteriores hemos determinado que únicamente con el cumplimiento de lo establecido en el Art. 1570 CC genera y se convierte en una fuente de obligaciones, siendo pues el nacimiento de las obligaciones de hacer.

Para lo cual el Art. 1569 CC, dispone:

“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas a elección suya:

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

Consecuentemente, los efectos que se desprenden del contrato de promesa se sujetan a las normas comunes a todos los contratos, junto con la norma particular que se determina en las obligaciones de hacer de acuerdo al Art. 1569 CC.

La obligación de hacer jurídico que nace del contrato de promesa se caracteriza por ser indivisible, no fungible, transmisible y prescriptible.

Se determina que la obligación es indivisible, debido a que no puede cumplirse, ni exigirse por partes, motivo por el cual el Art. 1543 CC determina:

“Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, está obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad; y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible, tiene igualmente el derecho a exigir el total.”

De acuerdo a la regla de indivisibilidad, no podrá exigirse a los prometientes deudores, el cumplimiento de la obligación en el todo, cuando nos referimos a un contrato de promesa.

La obligación no es fungible, debido a que no pueda esta ser sustituida por otra obligación, por lo que no encontramos a otra, donde su función principal sea que al momento de su nacimiento busque mediante el contrato de promesa de celebrar un contrato prometido y deseado en el futuro.

La obligación es transmisible a sus herederos, cuando el obligado fallece, de esta manera los herederos adquieren los derechos y obligaciones del causante; sin embargo, se exceptúa cuando el objeto del contrato prometido contenga obligaciones intrasmisibles.

Generalmente la obligación de otorgar el contrato es prescriptible dentro del contrato de promesa, aún cuando no se determina una norma expresa para su prescripción, se lo somete a las reglas generales determinadas en el Código Civil.

De conformidad con el Art. 2415 CC indica el tiempo establecido para la prescripción extintiva, al respecto nos indica:

“Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.”

El tiempo para que opere la prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible.

Recordemos que el contrato de promesa genera el nacimiento de una obligación para exigir el cumplimiento de la celebración futura; sin embargo, el contrato de promesa no es un título traslativo de dominio, al respecto, no se puede exigir la tradición de la cosa porque el vínculo jurídico que nace a partir de esta figura contractual no es suficiente. El contrato de promesa no genera una prohibición para enajenar el bien.

5.2. Cumplimiento de la Obligación.-

El nacimiento de un contrato constituye la base contractual para las partes, dentro de la cual se desprenden obligaciones recíprocas entre los contratantes, que tienen que ser realizadas dentro del tiempo señalado y de la manera prevista. Dentro del vínculo jurídico que se crea entre las partes, se impone la obligación al deudor de una prestación la responsabilidad por su cumplimiento en los términos señalados, con la pena de establecer sanciones de acuerdo a lo que establece la ley en caso de incumplimiento.

El cumplimiento debe realizarse únicamente al momento que la obligación se hace exigible, por lo que se requerirá judicialmente al promitente deudor, una vez que se haya constituido en mora. Es necesario entender que el cumplimiento debe ser solicitado de forma total; es decir, deberá comprender tanto la obligación principal de celebrar el contrato prometido como todas aquellas obligaciones con carácter accesorio.

Dentro del negocio jurídico realizado entre las partes se presentan obligaciones, derechos y responsabilidades de cada uno de los actores que intervienen en el acto. Por lo que dentro de las principales podemos señalar las siguientes:

Derechos del vendedor:

- a) Recibir el precio, en dinero u otros que lo represente.
- b) Exigir del comprador el precio correspondiente a lo pactado como objeto en la promesa de compraventa.
- c) En caso de desistimiento del contrato de promesa por parte del comprador, el vendedor podrá quedarse con las arras.
- d) El pago de la cosa, en el tiempo y lugar señalado.
- e) Recibir intereses por el tiempo transcurrido desde la entrega de la cosa hasta su pago. Aquí encontramos tres posibilidades: 1) Si hay convención al respecto, 2) Si la cosa produce frutos o rentas; y, 3) Si el comprador incurre en mora.
- f) Abstenerse de entregar la cosa, si el comprador no ha cancelado el precio, o descubriendo insolvencia en el comprador.

Obligaciones del vendedor:

- a) Entregar la cosa ofrecida al vendedor
- b) Facilitar documentación necesaria
- c) Entregar la cosa, en el estado en que se encontraba cuando se pacto el acuerdo.

Podemos determinar que se determina la mora, cuando se genera un retraso en el cumplimiento de la obligación; por lo tanto, determinados que no se ha cumplido en lo celebrado inicialmente, este retardo se torna imputable obedeciendo al dolo o culpa, quedando excusado únicamente en casos fortuito ó cualquier otro eximente de responsabilidad, conforme lo establece el Art. 30 CC, que lo define así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Derechos del promitente comprador:

El comprador, quién mediante un cierto precio aceptado por el vendedor, adquiere la cosa. Del cual se desprenden los siguientes derechos:

- a) Recibir la entrega de la cosa.
- b) En caso de perderse la cosa de manera parcial, este podrá desistir ó recibir la cosa cancelando la parte proporcional.
- c) Rescindir el contrato, teniendo en cuenta que perderá la garantía fijada.
- d) Reclamar el saneamiento del bien.
- e) Reclamar el pago de gastos generados
- f) Hacer suyos los frutos que se desprendan, desde el momento que se perfecciona el contrato.
- g) Suspensión del pago cuando se perturbe la posesión ó frente acción de hipoteca.

Obligaciones del promitente comprador

- a) Realizar el pago de la cosa en el precio pactado.
- b) Perder los valores pactados en caso de desistimiento.
- c) Pagar los costos que se generen fruto de la negociación jurídica.

La mora generalmente se la imputa al deudor de una obligación, donde se le responsabiliza por todos los perjuicios que de esta se puedan desprender frente a su conducta de incumplimiento.

- d) Al respecto el Art. 1567 CC establece:
- e) “El deudor está en mora:
- f) 1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
- g) 2.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
- h) 3.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

Es indispensable establecer un término de cumplimiento de la obligación, para poder determinar desde cuando se constituye la mora, al respecto el Art. 1554 CC., señala:

“Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, el deudor incurre en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse.”

Al respecto René Abeliuk Manasevich menciona: “..... se ha otorgado una preciosa herramienta para los deudores incumplidores, sobre todo en épocas como la presente, en que cualquier demora significa en definitiva pagar menos, por la desvalorización monetaria”³⁶

Dentro de los contratos bilaterales, en caso que uno de los contratantes incumpla con su obligación, la otra puede negarse a cumplir con la suya, partiendo de la excepción “non adimpleti contractus” que establece la excepción del contrato no cumplido, se realizará con la respectiva indemnización de los daños y perjuicios producidos. Al respecto el Art. 1568 CC., determina:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Así mismo el Art. 1505 CC., indica:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

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

De esta manera dentro del contrato de promesa el promitente tendrá que manifestar la intención inicial frente al cumplimiento de la obligación principal, a través de una interpelación o un requerimiento judicial donde se lo constituye en mora al

³⁶ MANASEVICH René Abeliuk, “Las Obligaciones”, Ediar Editores Ltda., 1983, Pág. 552.

promitente deudor, para de esta manera obtener los efectos de las acciones alternativas contempladas en el Art. 1505 CC en su inciso segundo.

La determinación de una época, a través de un plazo suspensivo seguido de un plazo resolutorio, nos indica el periodo en el cual debe cumplirse la obligación principal con el entendido, de que al momento que se vence el último día de plazo, se extinguirán los derechos con los que se podrá exigir el cumplimiento.

Una vez cumplida la obligación de la promesa, cuando se ha celebrado el contrato prometido, se genera el pago de la obligación y a su vez se produce la extinción del contrato de promesa. Cumpliéndose de esta manera el objetivo principal de esta figura contractual, en el cual desde el nacimiento jurídico del contrato definitivo su autonomía lo deslinda del contrato de promesa.

El Art. 1583 CC, establece las formas de extinguirse las obligaciones, al respecto señala:

“Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

- 1.- Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;
- 2.- Por solución o pago efectivo;
- 3.- Por la novación;
- 4.- Por la transacción;
- 5.- Por la remisión;
- 6.- Por la compensación;
- 7.- Por la confusión;
- 8.- Por la pérdida de la cosa que se debe;
- 9.- Por la declaración de la nulidad ó la rescisión;
- 10.- Por el evento de la condición resolutoria; y,
- 11.- Por la prescripción.”

De esta manera se determina las formas en que la promesa se puede extinguir, adicionalmente se puede realizar la extinción por la resolución del contrato ante incumplimiento de la promesa.

Para René Abeliuk el incumplimiento de la promesa se determina así: “Si la obligación esencial que emana del contrato de promesa es la de otorgar el contrato definitivo, habrá incumplimiento si no se otorga en la oportunidad convenida en contrato prometido.”³⁷

5.3 Ejecución forzada de la Obligación.-

Frente a la resistencia del promitente deudor de cumplir su obligación, determina así su incumplimiento, en el cual se encontrará constituido en mora mediante una interpelación judicial. Al respecto el promitente acreedor, que está listo para cumplir su obligación principal, pretende el cumplimiento de dicha obligación, por medio de la etapa ejecutiva procesal, con la ejecución forzosa de la obligación.

La ejecución de la obligación de hacer jurídico fue proclamada por el autor Chiovenda, quién determinó su razón así: “El acto de voluntad puede ser infungible, como puedo serlo todo hacer humano.

Pero el hacer, y así la voluntad, se dirá que es jurídicamente fungible cuando el resultado práctico de hacer, o el efecto jurídico de querer puede conseguirse mediante una actividad diversa de la del obligado.”³⁸

Para lo cual la acción para solicitar y exigir el cumplimiento del contrato prometido, a través de su celebración, cumpliendo las obligaciones adquiridas, se encuentra expresado en nuestra legislación ecuatoriana.

Para lo cual la posibilidad de ejecutar forzosamente la obligación no está dada dentro del Art. 1569 CC., en su numeral primero: “Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor” sino por la norma adjetiva transcrita, donde le faculta al juez, en representación del promitente deudor, a celebrar su escritura definitiva.

Al respecto, el juez mediante sentencia debe determinar un plazo, con la finalidad de que el promitente deudor cumpla con la obligación; ó, en su defecto se levante el

³⁷ ABELIUK René, (Obra Citada)(63)71, Pág. 85.

³⁸ FERRER Miguel, “Contrato Preliminar”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Editorial Driskill S.A., 1979, Pág. 581.

impedimento que pudiera detener la celebración del contrato definitivo, bajo el entendido de que el juez firmará la escritura definitiva en representación, con los daños y perjuicios que se generó en la mora.

Por lo tanto un contratante al celebrar un contrato de promesa, otorga su consentimiento, en el supuesto caso de incumplimiento de la obligación principal, la otra parte pueda solicitar la acción alternativa del cumplimiento, mediante la ejecución forzada de hacer jurídico, a través de la firma del Juez como representante.

A continuación nos permitimos presentar un modelo de promesa de compraventa de un bien inmueble, el mismo que servirá de ejemplo para determinar cómo se debe aplicar correctamente cada una de las cláusulas de compromiso entre las partes, en la cual libre y voluntariamente se ha pactado firmar el documento denominado PROMESA DE COMPRAVENTA:

PROMESA DE COMPRAVENTA**OTORGA:****FIDEICOMISO CUMBRES DEL MORAL****A FAVOR DE:****DIEGO ANDRES CEVALLOS VILLAVICENCIO****CUANTÍA: USD \$67.000,00****DI: 3 COPIAS**

En la ciudad de Quito Distrito Metropolitano, capital de la República del Ecuador, hoy día martes veintiocho de febrero del dos mil catorce, ante mi Doctor Sebastián Valdivieso Cueva, Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Quito, comparecen por una parte: **A) EL FIDEICOMISO MERCANTIL CU,BRES DEL MORAL**, debidamente representado por la compañía **Administradora de Fondos del Pichincha, Fondos Pichincha S.A.**, en su calidad de Fiduciaria, ésta a su vez legalmente representada por su Gerente General, el señor **GABRIEL JAIME RODRIGUEZ FRANCO**, casado, de conformidad con el documento que se agrega como habilitante, de nacionalidad colombiana, a quien en adelante se podrá denominar simplemente como “FIDEICOMISO” o “VENDEDOR”. B) El señor **DIEGO ANDRES CEVALLOS VILLAVICENCIO**, y la señora **MARIA GABRIELA VELASQUEZ BENITEZ**, casados, por sus propios y personales derechos, y por los que representan dentro de la sociedad conyugal que tiene formada entre sí, a quienes en adelante se podrá denominar simplemente como los “**COMPRADORES**”. Los comparecientes son de nacionalidad colombiana el primero y ecuatoriana respectivamente, Mayores de edad, domiciliados en la ciudad de Quito, legalmente capaces para contratar y obligarse, a quienes de conocerle doy fe pues me presentan sus documentos de identidad y dicen que eleve a escritura

pública la minuta que me entregan, cuyo tenor que transcribo es el siguiente:
 “SEÑOR NOTARIO: En el registro de escrituras públicas a su cargo, sírvase incorporar una promesa de compraventa, al tenor de las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA: Comparecientes: A) El Fideicomiso Mercantil irrevocable denominado “FIDEICOMISO MERCANTIL CUMBRES DEL MORAL”, debidamente representado por su Fiduciaria la compañía Administradora De Fondos Del Pichincha, Fondospichincha S.A., quien comparece a través de su Gerente General, el señor GABRIEL JAIME RODRIGUEZ FRANCO, según consta del documento que se adjunta al presente instrumento como habilitante, y a quien en adelante se podrá denominar simplemente como “FIDEICOMISO” o “PROMITENTE VENDEDOR”. B) El señor DIEGO ANDRES CEVALLOS VILLAVICENCIO y la señora MARIA GABRIELA VELASQUEZ BENITEZ, casados, por sus propios y personales derechos, y por los que representan dentro de la sociedad conyugal que tienen formada entre sí, a quienes en adelante se podrá denominar simplemente como los “COMPRADORES”

CLÁUSULA SEGUNDA: ANTECEDENTES: a) Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Tercero del Distrito Metropolitano de Quito, Doctor Roberto Salgado Salgado, el diez de enero del dos mil siete, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito el ocho de febrero del dos mil siete, la compañía Constructora Naranjo Ordoñez Compañía Limitada, los cónyuges señores Shawna Leigh Bucaram Broome y Zard Moaward Asaadelie, por sus propios y personales derechos y en representación de sus hijos menores de edad Elie Michele Zard Bucaram y Camilla Valerie Zard Bucaram, y la señora Shawna Leigh Bucaram Broome también en representación de los menores de edad Alejandro Tomas Amunategui Bucaram y Matías Rene Amunategui Bucaram, constituyeron el fideicomiso denominado “FIDEICOMISO MERCANTIL CUMBRES DEL MORAL”, actualmente administrado por la compañía Administradora de Fondos del Pichincha, Fondospichincha S.A., conforme se desprende de la escritura pública de sustitución y reforma del Fideicomiso Mercantil celebrada el doce

de diciembre del dos mil ocho, ante el Notario Vigésimo Cuarto del cantón Quito, Doctor Sebastián Valdivieso Cueva. b) EL FIDEICOMISO se constituyó con el objeto de coadyudar al desarrollo de un proyecto inmobiliario sobre los inmuebles que conformen el patrimonio autónomo, así como la administración de los recursos que se reciben para dicha finalidad. c) A la constitución del FIDEICOMISO, los Constituyentes aportaron el lote ciento catorce de la Urbanización Cooperativa de Vivienda Monteserrín III Etapa, sector Negrete, camino a Nayón, parroquia Chaupicruz, cantón y ciudad de Quito, provincia de Pichincha. Mediante escritura pública otorgada con fecha ocho de mayo del dos mil siete ante el Notario Tercero del cantón Quito, Doctor Roberto Salgado Salgado inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito el seis de julio del dos mil siete los Constituyentes aportaron al patrimonio autónomo, los lotes ciento trece; ciento quince; ciento dieciséis; y, ciento diecisiete de la Urbanización Cooperativa de Vivienda Monteserrín III Etapa, sector Negrete, camino a Nayón, parroquia Chaupicruz, cantón y ciudad de Quito, provincia de Pichincha; y, se realizó la unificación de los lotes antes referidos en un solo inmueble el cual se encuentra desarrollándose el Proyecto denominado “Cumbres del Moral”, cuya primera etapa, esto es las Torres A y B, se encuentran construidas. e) Para la construcción y comercialización de la segunda etapa del proyecto Cumbres del Moral, correspondiente a las torres C y D, el Fideicomiso Cumbres del Moral, en cumplimiento de las instrucciones de la Junta, contrató a la Asociación “Inmobiliaria Cumbres del Moral”. f) Mediante escritura pública otorgada el veinte y dos de mayo del dos mil nueve, ante el Notario Vigésimo Tercero del Cantón Quito, Doctor Gabriel Cobo Urquiza, legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito, el dos de junio del dos mil nueve, se declaró bajo Régimen del Propiedad Horizontal al CONJUNTO HABITACIONAL “CUMBRES DEL MORAL”, propiedad del Fideicomiso, formando parte habilitante de dicha escritura pública el cuadro de áreas y alícuotas, el cuadro de áreas de uso

comunal, los planos aprobados por el Ilustre Municipio de Quito y el Reglamento a la Ley de Propiedad Horizontal. La declaratoria de propiedad horizontal antes referida fue debidamente autorizada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, mediante acta de licencia número cero nueve guión seis seis uno uno cuatro uno guión ocho (09-661141-8), de fecha veinte de mayo del dos mil nueve. El lote de terreno unificado sobre el que se levanta el CONJUNTO HABITACIONAL “CUMBRES DEL MORAL”, se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones generales: NORTE: en una longitud de ochenta y tres punto cuarenta metros con la calle Ricardo Salas Sáenz, más siete metros con la calle Alberto Coloma Silva, más cincuenta metros con el lote número sesenta y ocho; SUR en una longitud de ciento cuarenta punto ochenta metros con la calle N cuarenta y cuatro C, antiguo camino a Nayón; ESTE: en una longitud de doce punto sesenta y nueve metros con calle Alberto Coloma Silva, más cuarenta y ocho punto noventa metros con el lote número ciento dieciocho y OESTE: en una longitud de cuarenta y cuatro metros con el lote número ciento doce; Superficie: seis mil seiscientos sesenta y dos metros cuadrados (6.662.00 m²). g) En el contrato de constitución del Fideicomiso, se faculta a la Fiduciaria, la suscripción, a nombre y por cuenta del Fideicomiso, contratos de promesa de compraventa de los bienes del Proyecto, en virtud de lo cual se suscribe el presente contrato. **CLÁUSULA TERCERA: PROMESA DE COMPRA Y VENTA:** Con los antecedentes expuestos el PROMITENTE VENDEDOR promete vender, a los PROMITENTES COMPRADORES, y éstos últimos a su vez prometen comprar al PROMITENTE Vendedor, las unidades inmobiliarias del edificio denominado “CUMBRES DEL MORAL”; descritas a continuación: DEPARTAMENTO signado con el número SEISCIENTOS DOS C (602-C), de una superficie aproximada de setenta y seis punto treinta y dos metros cuadrados (76.32m²), y una alícuota parcial de cero punto cinco cero tres por ciento; y el PARQUEADERO número CIENTO CINCUENTA Y SEIS, y una alícuota parcial del cero

punto cero siete tres por ciento; alícuota total: cero punto cinco siete seis por ciento; del Bloque C2; inmuebles que forman parte del Conjunto Habitacional “Cumbres del Moral”, ubicado en la Cooperativa de Vivienda Monteserrín III Etapa, sector Negrete, camino a Nayón, parroquia Chaupicruz, cantón y ciudad de Quito, provincia de Pichincha. Las áreas, linderos y dimensiones de los inmuebles materia del presente contrato de promeso de compraventa se encuentran detalladas en la Declaratoria de Propiedad Horizontal del Conjunto Habitacional “Cumbres del Moral”.

CLÁUSULA CUARTA: PRECIO Y FORMA DE PAGO: 4.1.- Por mutuo acuerdo entre las partes contratantes, el precio total de compraventa de los inmuebles prometidos en venta, descritos en la cláusula tercera del presente contrato, asciende a la suma de **SESENTA Y SIETE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$67.000.00)**, que los Promitentes Compradores, se comprometen a cancelar de la siguiente manera: a) La suma de **CINCUENTA Y TRES MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 53.100,00)**, a cancelarse el siete de febrero del dos mil doce; b) La suma de **TRECE MIL NOVECIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 13.900,00)**, mediante crédito hipotecario que será otorgado por el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL “IESS”, y que a esta `fecha se encuentra pre-calificado; cuyo desembolso se realizará en noventa días calendario, contados desde la fecha en que se haya entregado la documentación legal requerida por el IESS para la instrumentación de la escritura pública de compraventa e hipoteca abierta.-

4.2.- Los PROMITENTES compradores cancelarán al FIDEICOMISO los calores antes descritos y se obligan a entregarlos mediante pago a la orden del Fideicomiso Mercantil “CUMBRES DEL MORAL”. En caso de mora, en el pago de cualquiera de los valores antes descritos, los PROMITENTES compradores, se obligan a reconocer y cancelar adicionalmente al PROMITENTE Vendedor, sobre el monto total a pagar al FIDEICOMISO, el

máximo interés legal determinado por la entidad competente, desde la fecha de exigibilidad de pago de dichos valores hasta su total cancelación, y conforme a la liquidación presentada por el PROMITENTE Vendedor. Adicionalmente, el PROMITENTE Vendedor podrá declarar vencido en forma anticipada los plazos establecidos para los pagos antes mencionados y demandar el pago de todo lo adeudado, con los intereses respectivos, los gastos judiciales y extrajudiciales y los honorarios de sus abogados, sin previo aviso y sin necesidad de requerimiento alguno, en caso que los PROMITENTES COMPRADORES incurrieren en cualquiera de las siguientes causales: a) Cayese en mora en el pago de cualquiera de los valores establecidos en la presente cláusula o de cualquier otra obligación a favor del PROMITENTE Vendedor estipulada en este instrumento. b) Incurriere en insolvencia, quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos o situaciones jurídicas similares; c) Si a juicio del PROMITENTE vendedor, los S COMPRADORES incumpliesen con cualquiera de los términos y condiciones estipulados en este contrato. La sola afirmación del PROMITENTE Vendedor será prueba suficiente para la mora y la declaratoria de vencimiento anticipado del plazo. Al efecto, los PROMITENTES COMPRADORES, en caso de mora, renuncian al derecho del plazo que el PROMITENTE Vendedor le ha concedido. Los valores fijados en la presente cláusula son en Dólares de los Estados Unidos de América, para lo cual, en caso de que en la República del Ecuador por cualquier circunstancia se produjera un cambio de moneda, los PROMITENTES COMPRADORES, desde ya se comprometen a cancelar el equivalente en moneda de curso legal a la tasa de cambio comercial del sistema financiero. En caso de incumplimiento por parte de los PROMITENTES compradores en cancelar los dineros que se compromete a sufragar en esta cláusula por más de TREINTA DIAS calendario, este acepta que el FIDEICOMISO pueda disponer de los inmuebles que se determinan en la cláusula TERCERA del presente contrato para prometerlo a favor de otros

interesados y que una vez celebrada la nueva promesa proceda a devolver a los compradores anteriores, hasta la suma que haya entregado, siempre que exista el valor suficiente deducido el valor de la multa pactada. **CLÁUSULA QUINTA: PLAZO Y CONDICIONES PARA LA CELEBRACION DEL CONTRATO DEFINITIVO DE COMPRAVENTA Y PARA LA ENTREGA-RECEPCIÓN DE LOS INMUEBLES DESCRITOS EN LA CLÁUSULA TERCERA DEL PRESENTE CONTRATO:** Las partes contratantes de mutuo acuerdo se comprometen a celebrar y suscribir el contrato definitivo de compraventa de los inmuebles descritos en la cláusula tercera del presente contrato, en el momento que lo requiera la institución financiera prestamista, (de ser el caso), así como, la entrega que realizará el Constructos, de las unidades inmobiliarias, mediante la suscripción del Acta de Entre-Recepción correspondiente, esto es en el mes de MARZO DEL DOS MIL DOCE, toda vez que se haya hecho efectivo el cumplimiento por parte de los PROMITENTES COMPRADORES de todas sus obligaciones contraídas en el presente contrato, y siempre que hayan cancelado los gastos de elaboración y legalización de la escritura pública de promesa de elaboración y legalización de la escritura pública de promesa de compraventa y por cualquier otro valor que se haya derivado de esta negociación de compraventa de inmuebles, pudiendo existir un período máximo de gracia de dos meses adicionales al plazo antes establecido, salvo que el retraso se produjere por causas imputables a los Promitentes Compradores. Los PROMITENTES COMPRADORES se comprometen a suscribir, en su debido momento y apenas sea solicitado por el PROMITENTE Vendedor, todo documento o contrato necesario para la ejecución de este contrato, esto es, para la entrega – recepción de las unidades inmobiliarias descritas en la cláusula cuarta del presente contrato, y para el perfeccionamiento del contrato de compraventa definitiva de los inmuebles prometidos en venta. Para el cumplimiento de la entrega de los bienes prometidos en venta, los Promitentes Compradores se comprometen a concurrir en la fecha convocada

para el efecto por escrito por parte del Gerente del proyecto. En el evento de que los Promitentes Compradores no concurrieren a la recepción de los inmuebles prometidos en venta, el Constructor y/o el PROMITENTE Vendedor señalarán y fijarán un nuevo día y hora que también será comunicado por escrito, cuyo nuevo señalamiento no podrá ser mayor a quince días hábiles desde la primera fecha. Si los PROMITENTE Compradores no asistieren a la recepción en esta segunda convocatoria se entenderá que han recibido los inmuebles a su entera satisfacción. Si los PROMITENTES COMPRADORES hubieren concurrido, se suscribirá un acta de entrega-recepción definitiva en la que, de ser el caso, se dejará constancia de los arreglos admisibles que se compromete en realizar al Constructor y el plazo para efectuarlos. Se entenderá por arreglos admisibles a todos aquellos cuyo valor acumulado no supere el 5% del precio de venta de los inmuebles señalados en esta promesa de compra venta. El acta antes referida será suscrita por los Promitentes Compradores, el PROMITENTE Vendedor y el Constructor. En caso de incumplimiento por parte de los PROMITENTES COMPRADORES, se aplicará en contra de los PROMITENTES COMPRADORES lo estipulado en el punto (ii) del literal a) de la cláusula SEPTIMA del presente instrumento para los casos de desistimiento o incumplimiento considerándose por tanto que los inmuebles prometidos en venta a través del presente instrumento han quedado disponibles para su enajenación a una tercera persona. Adicionalmente, los PROMITENTES COMPRADORES se comprometen a cancelar los valores que correspondan o que sean necesarios para la contratación de los servicios e instalación de los medidores que permitan la provisión y suministro de los servicios de energía eléctrica, agua potable y otros que correspondan a las unidades inmobiliarias descritas en la cláusula cuarta del presente contrato correspondientes a las alícuotas prometidas en venta, aceptando desde ya que puedan existir servidumbres que podrían presentarse sobre el mismo, directamente a las empresas proveedoras de estos servicios. **CLÁUSULA**

SEXTA: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR: En caso de presentarse situaciones ajenas a la voluntad de ambas partes o caso fortuito o fuerza mayor, que impidan el oportuno cumplimiento de este contrato por parte del PROMITENTE Vendedor, como puede ser la suspensión o revocatoria de las autorizaciones municipales necesarias para el conjunto habitacional “CUMBRES DEL MORAL”, paralización de los trabajos contratados para el desarrollo del PROYECTO INMOBILIARIO, huelgas o paralizaciones de actividades o circulación, notoria alteración del orden público, escasez de materiales, desastres naturales o cualquier otra situación atribuible o no a la naturaleza, las partes comparecientes acuerdan que se aumente el plazo estimado para la entrega del inmueble en los días que determine la JUNTA DE FIDEICOMISO, por lo cual, los PROMITENTES COMPRADORES no tendrán derecho a reclamo o indemnización alguna. Se deja expresa constancia, que no se considerará caso fortuito o fuerza mayor, el incumplimiento por parte de los PROMITENTES COMPRADORES, así como el incumplimiento por parte del PROMITENTE Vendedor de las obligaciones asumidas en el presente contrato.

CLÁUSULA SEPTIMA: CLAUSULA PENAL POR DESISTIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LAS PARTES: En caso de desistimiento o incumplimiento del presente contrato, las partes comparecientes acuerdan lo siguiente: a) Si los PROMITENTES COMPRADORES por cualquier razón o circunstancia desisten expresamente del cumplimiento del presente contrato o incumplieren cualquiera de los términos del presente contrato o se negaren a suscribir la compraventa definitiva pactada en este instrumento o se negaren a suscribir el acta de entrega – recepción correspondiente, el PROMITENTE Vendedor se halla facultado expresamente para elegir libremente una de las siguientes opciones: (i) Exigir a los PROMITENTES COMPRADORES el cumplimiento de este contrato, especialmente de lo establecido en la cláusula quinta del mismo, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar; o, (ii) Dar por terminado este contrato

unilateralmente y exigir los PROMITENTES COMPRADORES el pago de una multa equivalente al 10% del valor total pactado por los inmuebles prometidos en venta en el presente contrato, a título de sanción civil convencional o cláusula penal. El PROMITENTE Vendedor cobrará esta multa de los valores efectivamente cancelados por los PROMITENTES COMPRADORES en virtud de este contrato hasta dicha fecha de existir los valores necesarios, caso contrario, los PROMITENTES COMPRADORES se comprometen a cancelarlos dentro del plazo improrrogable de ocho (8) días de haber sido requerido su pago por parte del PROMITENTE Vendedor. Una vez que se haya dado por terminado este contrato, el PROMITENTE Vendedor queda autorizado para suscribir un nuevo contrato de promesa de compraventa sobre los inmuebles descritos en la cláusula tercera del presente contrato con un nuevo PROMITENTE COMPRADOR, por lo que de existir algún saldo por concepto de los valores efectivamente entregados por los S COMPRADORES en virtud de este contrato una vez cancelada la multa antes señalada, el mismo será entregado por el Vendedor a los S COMPRADORES dentro de los treinta días posteriores a que se suscriba un nuevo contrato de promesa de compraventa sobre los inmuebles materia de este instrumento y el Vendedor reciba por parte del nuevo COMPRADOR el dinero necesario para tal efecto. Bastará para el ejercicio de este derecho, la simple comunicación escrita que el Vendedor remita a los S COMPRADORES en tal sentido. Si dentro del plazo estipulado el PROMITENTE Vendedor, no entregare a los COMPRADORES los recursos dinerarios una vez cumplidas las condiciones antes citadas, éste procederá a reconocer el interés legal sobre el monto a entregar, según la tabla que publique el Banco Central del Ecuador a la fecha del desembolso, siempre que dichos intereses sean proporcionados por los PROMOTORES, de no proporcionar los PROMOTORES dichos recursos, la fiduciaria se halla exenta de todo tipo de responsabilidad. b) Si el Vendedor incumpliere su promesa de realizar la compraventa prometida en virtud de este instrumento y

de entregar las unidades descritas en la cláusula tercera del presente instrumento siempre y cuando se hubieren cumplido todas las condiciones establecidas en la cláusula quita de este contrato y que tal incumplimiento se deba a razones directamente imputables a su persona y no a circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor; deberá devolver a los S COMPRADORES la suma total de los valores efectivamente cancelados en virtud de este contrato, más el diez por ciento (10%) de interés legal sobre el valor total pactado, según tabla que publique el Banco Central del Ecuador a la fecha del desembolso. **CLAUSULA OCTAVA: ORIGEN FONDOS:** Los S COMPRADORES declaran expresamente que los fondos con los cuales cancelan y/o cancelarán los valores establecidos en este instrumento, tienen un origen lícito y en especial no provienen de ninguna actividad relacionada con el cultivo, fabricación, almacenamiento, transporte o tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Los s Compradores autorizan expresamente al Vendedor, y a la Institución Financiera prestamista para que, directamente o a través de terceros, efectúe todas las indagaciones que razonablemente deba realizar para comprobar el origen de estos recursos. En caso que se inicien contra los S COMPRADORES investigaciones relacionadas con las mencionadas actividades, el Vendedor se encuentra autorizado para proporcionar a las autoridades competentes las informaciones que estas demanden. En el evento que por cualquier medio se comprobare alguna irregularidad en el origen o proveniencia de los recursos, el PROMITENTE Vendedor se halla autorizado a dar por terminado este contrato, sin que se requiera explicación alguna de su parte y sin derecho a indemnización alguna, hallándose obligado al Vendedor únicamente a devolver a los S COMPRADORES la suma total de los valores efectivamente cancelados en virtud de este contrato, sin intereses, dentro de los 30 días posteriores a que se suscriba una nueva promesa de compraventa sobre los mismos inmuebles prometidos en venta a través de este instrumento con un nuevo COMPRADOR. Bastará para el ejercicio de este derecho, la simple

comunicación escrita que el Vendedor remita a los S COMPRADORES en tal sentido. Los S COMPRADORES renuncian desde ya a presentar cualquier reclamo, acción judicial, extrajudicial o arbitral por tal motivo, reconociendo desde ya que no tendrá derecho a exigir indemnización alguna en el evento de que llegare a producirse tal evento. **CLÁUSULA NOVENA: GASTOS Y TRIBUTOS:** Todos los gastos y tributos que demanden la celebración y perfeccionamiento de este contrato, así como del contrato definitivo de compraventa de las alícuotas prometidas en venta a través de este instrumento, serán de cuenta de los S COMPRADORES, a excepción del impuesto a las plusvalía que en caso de generarse será pagado por el Vendedor. **CLÁUSULA DECIMA: DECLARACIONES:** Los S COMPRADORES expresa y voluntariamente declaran: a) Que conocen y aceptan todos los términos y condiciones de este instrumento, y se ratifica en los mismos; b) Que renuncian a presentar cualquier reclamo o acción judicial o extrajudicial o arbitral en caso de ejecución por parte del Vendedor de las cláusulas penales y/o de terminación anticipada de este contrato establecidas en el presente instrumento. c) Que conocen y aceptan, que el único y exclusivo responsable en caso de violación, incumplimiento o inobservancia de leyes, ordenanzas municipales, autorizaciones especiales, etc., en la ejecución de la construcción de la segunda etapa del Proyecto Inmobiliario “CUMBRES DEL MORAL”, es la Asociación o Cuentas en Participación “Inmobiliaria Cumbres del Moral”, por lo que no podrá realizar reclamo alguno ni a la FIDUCIARIA, ni a sus trabajadores, empleados o funcionarios de la misma, ni al FIDEICOMISO MERCANTIL “CUMBRES DEL MORAL”. **CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:** En caso de existir controversias o diferencias derivadas de la ejecución de este contrato, que no puedan ser resueltas por mutuo acuerdo, las partes renuncian fuero y domicilio y deciden someterse a decisión del Tribunal del Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito que se sujetará a los dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio

de Quito, y cualquier otra reglamentación que se expida sobre el particular, atendiendo las siguientes normas: uno) El árbitro será seleccionado conforme lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación; dos) El árbitro de dicho centro efectuará un arbitraje administrado, en equidad y confidencial y queda facultado para dictar medidas cautelares solicitando el auxilio de funcionarios públicos, judiciales policiales y administrativos, sin que sea necesario acudir a un juez ordinario alguno para tales efectos; tres) El Tribunal de Arbitraje estará integrado por un árbitro; cuatro) El procedimiento arbitral tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito; cinco) Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria, se obligan acatar el laudo arbitral y se comprometen a no interponer ningún tipo de recurso en contra del laudo arbitral. El laudo arbitral será inapelable. La reconvencción de haberla, se someterá también a lo dispuesto en la presente cláusula; seis) Los árbitros decidirán en derecho. Usted señor Notario sírvase incorporar las demás cláusulas de estilo para la plena validez y eficacia del presente instrumento. (Firmado) Doctor Diego Tocaín Muñoz. Abogado con matrícula profesional número nueve tres cero nueve del Colegio de Abogados de Pichincha.- Hasta aquí la minuta que los comparecientes elevan a escritura pública con todo su valor legal.- Leída que fue la presente escritura a los comparecientes por mí, el Notario, se ratifican en ella y firman conmigo en unidad de acto de todo lo cual doy fe.-

SR. GABRIEL JAIME RODRÍGUEZ FRANCO

C.I.

SR. DIEGO ANDRES CEVALLOS VILLAVICIENCIO

C.C.

SRA. MARIA GABRIELA VELASQUEZ BENITEZ

C.C.

CAPITULO VI

6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA

6.1 Por cumplimiento o ejecución forzada.-

Una de las maneras más conocidas y practicadas para lograr la extinción de la obligación principal de un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble; es a través, del cumplimiento bilateral de las partes (los prometientes), el mismo que celebrando el contrato prometido debido a la existencia de algún impedimento, que fue el determinante para la aplicación de esta modelo jurídico, se generó como resultado el desarrollo preparatorio de esta figura.

Ante el aspecto de la figura de incumplimiento o ejecución forzada de la obligación de hacer, se requiere de una actitud jurídica y de hecho. Entendiéndose de esta manera cuando se tiene fijada la época a través de un plazo suspensivo seguido de un plazo resolutorio, el promitente que se encuentra dispuesto a cumplir con la obligación principal deberá requerirla judicialmente al otro prometiente, teniendo en cuenta que debe estar dentro de la época, manteniendo su decisión e intención de llevar a cabo lo inicialmente prometido.

Así mismo cuando el contrato de promesa contiene un día cierto y determinado, con carácter esencial para el cumplimiento de la obligación principal, el promitente deberá comunicar a la otra parte, a través de un aviso judicial su intención de celebrar el contrato prometido.

En el supuesto caso cuando la obligación principal se encuentra condicionada, partiendo del hecho al momento que la obligación se hace exigible por el cumplimiento de la modalidad, el promitente que esté dispuesto a contraer o cumplir la obligación deberá constituir en mora por medio de la interpelación judicial.

Es necesario aclarar que la constitución de la mora, no se genera con el solo hecho de notificar mediante requerimiento judicial a la otra parte. Sino que una vez

vencido el plazo, donde se señala el día para el efecto, la otra parte no haya concurrido.

Dentro del proceso para establecer la mora partiendo del requerimiento judicial hasta el hecho de la falta de concurrencia dentro del tiempo establecido para el promitente notificado para la celebración del contrato prometido. Produce las acciones pertinentes para exigir el cumplimiento de las obligaciones a través de una ejecución forzada o también podrá solicitar la resolución del contrato junto con la prestación equivalente, teniendo en cuenta la respectiva indemnización de daños y perjuicios.

Frente a una hipótesis, que determina, que existiendo un contrato de promesa de compraventa, en la cual con posterioridad el prominente vendedor dispone del bien objeto del contrato prometido a un tercero, genera automáticamente la imposibilidad jurídica de cumplir con lo pactado. Al respecto frente a este panorama, el juez o el tribunal de justicia debería adoptar una actitud donde se determine la situación jurídica y se ordene el cumplimiento específico, debido a que puede suscitarse que únicamente se lo haya vendido pero no se lo ha enajenado, y tan solo en el caso de que no se pueda cumplir, deberá resolverse con el cumplimiento junto con la respectiva indemnización por los daños y perjuicios que se han ocasionado por la falta de cumplimiento de la obligación principal, teniendo en cuenta, que se haya demandado subsidiariamente dicha resolución.

Por el contrario, en el caso que el promitente vendedor demande al promitente comprador la celebración de un contrato prometido de cosa ajena, este podría excusarse alegando que los contratos deben realizarse con buena fe; considerándose, a esta una condición implícita en el contrato de promesa donde el promitente vendedor era el dueño, ya que de lo contrario no hubiese celebrado el acto jurídico mencionado. Sin embargo, el promitente vendedor no podrá excepcionarse al respecto, ya que él se encontraba en completo conocimiento en su condición de no ser el dueño legítimo. Así la obligación se resolvería con la prestación equivalente de la respectiva indemnización de daños y perjuicios.

Frente a la existencia de una prohibición de enajenar, se debería conceder un plazo determinado para que el promitente interesado pueda lograr la cancelación de la mencionada restricción.

Ante la existencia de una prohibición de enajenar, no impide al promitente vendedor iniciar una demanda al promitente comprador, por el cumplimiento de la obligación de hacer, debido a que este debía conocer las limitaciones que giraban en torno al inmueble. Saneando cualquier inquietud a través de un certificado de gravamen que podía solicitarlo en el Registro de la Propiedad.

En todos los casos el juez o tribunal deberá ordenar el cumplimiento efectivo de la obligación de hacer únicamente frente al evento de una imposibilidad jurídica, como la hipótesis de la venta de un inmueble, junto con la enajenación a un tercero, en el caso que el promitente vendedor no haya podido constituirse en dueño del bien que pertenece a un tercero, así mismo, en el caso que un promitente vendedor no obtuvo el respectivo consentimiento por parte de su cónyuge de aquel bien que está inmerso dentro de la sociedad conyugal.

Posibilidad de pedir la resolución.- Se puede determinar que la resolución es una acción alternativa que puede interponer el promitente acreedor, a través de la cual, se produce un retorno al estado anterior de las relaciones con el promitente vendedor. Es necesario que el contrato sea válido y que exista un incumplimiento imputable a uno de los prometientes.

Para este efecto la resolución se determina como una acción dentro del contrato de promesa, a través de la aplicación de la norma establecida en el Art. 1505 del Código Civil, que manifiesta:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

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

Con la finalidad de obtener la resolución del contrato de promesa, es indispensable que el promitente diligente que buscaba cumplir con la obligación principal y que

por su parte ha cumplido con las obligaciones accesorias para las que se obligó, necesita y debe requerir judicialmente al otro promitente la celebración del contrato prometido, teniendo en cuenta que se lo debe realizar dentro del tiempo establecido; caso contrario, la mora que se produce de una de las partes anulará la obligación del otro y generará la caducidad.

Es necesario determinar la polémica que se debate alrededor de un acto, cuando habiéndose pactado en un contrato de promesa de compraventa, el promitente comprador se obliga a realizar pagos parciales, antes de celebrarse el contrato prometido, se determina que a falta de uno de los pagos por concepto de abono, se podrá resolver el contrato.

De esta manera procede la resolución del contrato, debido a la falta de pago correspondiente a una de las cuotas determinadas. Produciendo un incumplimiento a lo ofrecido, razón por la cual no cabe la consignación de los valores una vez que ha sido citado mediante la demanda. Por el contrario si la consignación de los valores se lo realizó antes de ser citado, se estaría extenuando la resolución del contrato.

6.2 La caducidad.-

La caducidad de la obligación siendo el efecto propio frente a la expiración del plazo resolutorio, que tienen características únicas y esenciales, es el medio por el cual los contratantes ven extinguidos sus derechos. La determinación de la época mediante un plazo suspensivo seguido de un plazo resolutorio o bien el señalamiento de un día determinado, frente a los contundentes efectos de la caducidad en la hipótesis de que ninguno de los prometientes haya realizado gestión alguna para alcanzar el perfeccionamiento y cumplimiento de la obligación principal. Los efectos de la caducidad se ven atenuados por el requerimiento judicial oportuno, siempre que se realice dentro de la época establecida.

El promitente diligente podría exigir, desde el cumplimiento específico hasta la resolución del contrato de promesa, así el plazo resolutorio haya expirado.

La caducidad se entiende como una sanción para lo prometientes indiferentes, frente a su derecho de exigir el cumplimiento de la obligación principal, siendo también una terminación a las relaciones contractuales. Al respecto se determina que la caducidad es inmediata, por el solo transcurso del tiempo, excepto en el caso que se lo haya interpelado judicialmente constituyendo la mora.

El nacimiento y la exigibilidad de la obligación de hacer jurídico que se desprende del nacimiento de un contrato de promesa, donde busca alcanzar la futura celebración del contrato prometido, puede en ocasiones encontrarse condicionada al cumplimiento de un hecho o una circunstancia que es el obstáculo para realizar la celebración del contrato de compraventa y se incurre a esta especie de contrato preparatorio.

Debido al gran número de casos, dentro de los cuales los contratantes no pueden llevar a cabo la celebración de un contrato de compraventa por los impedimentos existentes ante una prohibición de enajenar, ausencia de recursos económicos, o cualquier otra razón que motiva la celebración de un contrato de promesa condicionado a que se logre eliminar los inconvenientes jurídicos existentes. Mientras se encuentre pendiente la condición, la obligación no nace, por lo que la exigencia de su cumplimiento no procede.

Sin embargo, una vez que se ha cumplido la condición, esta se tornará exigible, para lo cual, el promitente diligente deberá comunicar y dar aviso de su interés particular de celebrar el contrato prometido, mediante el requerimiento judicial con miramiento a constituir en mora.

Así mismo, en el caso que si falla la condición de la cual se producía el nacimiento de la obligación, se producirá la extinción del derecho.

6.3 Por caso fortuito o fuerza mayor.-

De haberse establecido un día determinado para la celebración del contrato prometido y a uno de los promitentes le ha sido imposible presentarse a la hora y lugar señalado, la pérdida imputable al promitente deudor de la cosa objeto del

contrato, en cuyo caso la imposibilidad fue irresistible, son causas que permiten la extinción, donde no se responsabiliza al promitente, salvo en aquellos casos en los que la misma ley se refiere.

Las reglas sustantivas de la pérdida de la cosa que se debe y respecto a la teoría del riesgo junto con las notas doctrinales del caso fortuito y de fuerza mayor, son aplicables a nuestro contrato de promesa de compraventa, en concordancia con la obligación principal, las obligaciones accesorias o también las obligaciones propias de este instrumento jurídico.

Al respecto recordamos el viejo aforismo, que determina una causa eximente en el cumplimiento de las obligaciones, “Ad impossibilia nulla datur obligatio” lo cual significa que no hay obligación para cosas imposibles.

Es decir que de esta manera determinamos que son todos aquellos actos o acontecimientos que imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones que nacen a partir de un contrato de promesa de compraventa, donde no genera ninguna responsabilidad para los contratantes, produciéndose una manera ó modo de extinguir las obligaciones.

CONCLUSIONES.-

1.- El contrato de promesa de compraventa es un vínculo jurídico, que necesariamente debe constar por escrito y por medio del cual se desprenden obligaciones de hacer jurídico, que busca perfeccionarse con la celebración de un contrato futuro, estableciendo una determinada época, especificado en sus elementos esenciales y partiendo que al momento de celebrarse no sean de aquellos que la ley declara ineficaces.

2.- La promesa de compraventa se determina como un contrato que permite agilizar la realización de un negocio, y garantizará a las partes si se lo realiza dentro del marco jurídico de la ley.

3.- El desconocimiento de la ley, crea una gran afectación en la sociedad, ya que como se pudo revisar en esta tesis, existen muchos casos donde se elaboran contratos de promesa de bienes inmuebles mediante documentos privados, desconociendo la nulidad que se produce al no poder celebrar escritura pública

4.- La promesa se refiere a la voluntad de prometer celebrar un contrato, constituyéndose en una de las especies de los contratos, donde se obtiene expresiones de la voluntad, compromisos y ofrecimientos de dar, hacer o no hacer.

5.- La imposibilidad de celebrar un determinado contrato de compraventa de un inmueble entre las partes, justifica la utilidad del contrato de promesa como una herramienta frente a estas situaciones.

6.- En lo que respecta a la voz promesa, se refiere directamente al contrato de promesa de celebrar un contrato, constituyéndose en una de las especies del género

de la promesa en general, abarcando las expresiones de la voluntad, a través de ofrecimientos o compromisos.

7.- Es indispensable que a voluntad de las partes, en un contrato de promesa, siempre debe reducirse por escrito, y por instrumento público cuando el contrato definitivo requiera de esa solemnidad.

RECOMENDACIONES

- 1.- Frente al contrato de promesa de celebrar un contrato futuro, se asume una obligación de hacer jurídico que consiste en la celebración del contrato prometido.
- 2.- Se debería impartir una realidad práctica empezando en las universidades, donde el estudiante o el profesional pueda practicar elaborando minutas de promesa de compraventa, examinando todos los detalles que debe contemplar.
- 3.- Se debería organizar con las universidades, talleres, seminarios, cursos, charlas y otros, con temas específicos de nuestra legislación y realidad. Para de esta forma lograr ampliar los conocimientos que se han obtenido durante los años de estudio.
- 4.- Cuando un contrato de promesa se refiera a un contrato donde su cumplimiento se constituya derechos reales sobre los bienes inmuebles, deberá siempre inscribirse en el Registro de la Propiedad.
- 5.- Las acciones que se desprendan para la exigencia del cumplimiento de un contrato de promesa, deberá proponerse dentro de los tres meses subsiguientes al vencimiento del plazo.

BIBLIOGRAFIA.-

ABELIUK MANASEVICH, René. *“Las Obligaciones”*, Volumen II
“El contrato de promesa”, Editorial Imprenta Fantasía, Santiago de Chile,
1971.

BELTRÁN DE HEREDIA, J. *“El cumplimiento de las Obligaciones”*
Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1956.

BIEDMA SCHADEWALT, Alejandro M. *“Mora automática”* Editorial
Astrea, Buenos Aires, 1986.

BOFFI BOGGERO, Luis María. *“Tratado de las obligaciones”* Tomo III,
Editorial Astrea, Buenos Aires 1975.

BOFFI CARRI PÉREZ, Luis Eduardo. *“Autonomía de la voluntad”*
Enciclopedia Jurídica Omeba Apéndice IV, Editorial Driskill S.A., Buenos
Aires, 1979.

CARRION EGUIGUREN, Eduardo. *“Curso de derecho Civil Bienes”*
EDUC, Cuarta Edición, Quito, 1982.

CLARO SOLAR, Luis. *“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y
Comparado”* Volumen V, Tomo X, Editorial Jurídica de Chile, Santiago,
1979.

DAVID, René. *“Tratado de Derecho Civil Comparado”* Ed. Revista de
Derecho Privado, Madrid, 1953.

DUCCI CLARO, Carlos. *“Derecho Civil”* Parte General, Editorial Jurídica
de Chile, Santiago, 1984.”

ESCRICHE, Joaquín. *“Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”* Tomo III al V, Cuenca – Ecuador.

FUEYO LANERI, Fernando. *“Derecho Civil”*, De los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Volumen II, Tomo V, Contratos Preparatorios, Ed. Imprenta y Lito Universo S.A., Santiago, 1964.

GARCÍA FALCONÍ, José. *“Manual Teórico Práctico en Materia Civil”* Ediciones Rodin, Quito, 1993.

LARREA HOLGUIN, Juan. *“Compendio de Derecho Civil del Ecuador”* Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1973.

RAMOS ARIAS, J. *“Derecho Romano”* Tomo II, Madrid, 1954.

RODRIGUEZ ARIAS, Lino. *“La Obligación”* Revista de Derecho Privado, editorial R.D.P, Madrid, 1963

SALVADOR, Pablo. *“Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa”* Editorial R.D.P, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

SÁNCHEZ ROMAN, Felipe. *“Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española”* Tomo I, Madrid, 1989.

SANTOS BRIZ, Jaime, *“Tendencias modernas en el derecho de las obligaciones”* Revista de Derecho Privado, Editorial R.D.P., Madrid, 1960.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. *“Manual de la Obligaciones”* Editorial Rodríguez, Bogotá, 1986.

VALENCIA ZEA, Arturo. *“Derecho Civil”* Tomo III, Ed. Temis, Tercera Edición, Bogotá, 1968.