

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES CARRERA DE DERECHO

“LA APLICACIÓN, OBJETIVOS Y EJECUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS”

Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor: Diego Xavier Ibarra Pacurucu.

Directora: Dra. María Elena Coello Guerrero.

Cuenca - Ecuador

2015



RESUMEN.

A través de la presente abordamos en esencia la teoría de las obligaciones con cláusula penal, de acuerdo a lo que establece el Código Civil ecuatoriano, así como conceptos y análisis realizados por importantes estudiosos del derecho privado.

Incluye un estudio descriptivo que parte con los antecedentes y evolución histórica de esta importante institución, continuando con la etimología, conceptos generales y específicos, efectuando un análisis de cada uno de los artículos que constan en el Título XI del libro IV de nuestro Código Civil, en el que se tratan las obligaciones con cláusula penal. Se analiza su clasificación, características, efectos, funciones, objetivos y condiciones que se deben emplear para estipular una cláusula penal.

Para concluir, señalamos que al tener esta institución relación con las indemnizaciones, cabe incluir las diferencias que tiene la cláusula penal con las obligaciones alternativas, facultativas, condicionales y con las arras; como también lo relativo a su extinción y exigibilidad.

Palabras claves: Obligaciones, cláusula, obligación principal, obligación con cláusula penal, obligación accesoria.



ABSTRACT.

Through the present document we cover essentially the theory of the obligations with penal clause according with the Ecuadorian civil code, and the concept and analysis made by important scholars of private law.

Includes a descriptive part with the background and historical development of this important institution, continuing etymology, general concepts and specific, making an analysis of each of articles contained in Title XI of Book IV of our civil code, in which the obligations are treated with penalty clause. Their classification, characteristics, effects, functions, objectives and conditions to be used to provide a penal clause in analyzed.

To conclude, we note that by having this institution relation to compensation, it should include de differences that have the penal clause with alternative obligations, optional, conditional and earnest; like also on its extinction and enforceability.

Keywords: Obligation, clause, principal obligation, obligation penalty clause, accessory obligation.



INDICE

RESUMEN.	2
ABSTRACT.	3
INDICE	4
CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR	5
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	6
DEDICATORIA.	7
AGRADECIMIENTOS.	8
INTRODUCCION.	9
CAPITULO I	12
CONCEPTOS, HISTORIA Y NORMATIVA DE LA CLAUSULA PENAL	12
1.1 ANTECEDENTES Y ORIGEN HISTORICO	12
1.2 CONCEPTO GENERAL DE CONTRATO Y CLAUSULA	13
1.3 CONCEPTO Y ETIMOLOGIA DE CLAUSULA PENAL.	15
1.4 NORMATIVA VIGENTE EN EL CODIGO CIVIL ECUATORIANO	17
CAPITULO II	25
CLASIFICACION, CARACTERISTICAS Y EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL.	25
2.1 CLASIFICACION	25
2.2 TIEMPO Y FORMA DE ESTIPULACION.	25
2.3 CARACTERISTICAS DE LA CLAUSULA PENAL.	26
2.4 EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL.	30
CAPITULO III	34
FUNCIONES, OBJETIVOS Y CONDICIONES DE LA CLAUSULA PENAL.	34
3.1 FUNCIONES DE LA CLAUSULA PENAL.	34
3.2 OBJETIVOS DE LA CLAUSULA PENAL.	36
3.3 CONDICIONES Y LIMITES DE LA CLAUSULA PENAL.	38
CAPITULO IV	41
DIFERENCIAS, EXTINCION Y EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL.	41
4.1 DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ORDINARIA.	41
4.2 DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS, FACULTATIVAS, CONDICIONALES Y CON LAS ARRAS.	42
4.3 EXTINCION DE LA CLAUSULA PENAL.	46
4.4 EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL.	49
4.5 CLAUSULA PENAL ENORME.	53
CAPITULO V	56
CASO PRÁCTICO	56
5.1 ANALISIS CASO PRÁCTICO.	56
CONCLUSIONES.	61
RECOMENDACIONES.	63
BIBLIOGRAFIA	64
ANEXOS	65

CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Diego Xavier Ibarra Pacurucu, autor de la monografía "LA APLICACIÓN, OBJETIVOS Y EJECUCION DE LA CLAUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS" reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al artículo 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar éste trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser éste requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna a mis derechos morales o patrimoniales como autor.



Diego Xavier Ibarra P.

C.I 0103673695



CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, Diego Xavier Ibarra Pacurucu autor de la monografía "LA APLICACIÓN, OBJETIVOS Y EJECUCION DE LA CLAUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS", certifico que todas las opiniones, ideas y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del su autor.

Diego Xavier Ibarra P.

C.I 0103673695



DEDICATORIA.

A mi familia, pues son ellos quienes se han preocupado por mí en cada momento y calamidad, son ellos quienes me han enseñado a levantarme, son ellos quienes me han formado para saber cómo luchar y es por ellos que puedo salir victorioso.

Gracias por ser siempre mi motivación, empuje y fuerza para conseguir mis logros y objetivos.



AGRADECIMIENTOS.

A Dios y a mi familia por ser los pilares fundamentales en mi diario vivir pues sin ellos todo resultaría más complicado de superar en este mundo lleno de complicaciones y adversidades.

A la Universidad de Cuenca, a la Facultad de Jurisprudencia y a todos y cada uno de los catedráticos por sus grandes enseñanzas a lo largo de este periodo académico.

A la Dra. María Elena Coello Guerrero, quien a través de sus grandes conocimientos del Derecho me ha servido de guía en la realización del presente proyecto, demostrando gran profesionalismo en el ámbito educacional pero siendo a la vez una verdadera amiga para mi persona.

A mis compañeros, quienes con su apoyo y amistad desinteresada han logrado ocupar un importante espacio en mi vida.



INTRODUCCION.

Todas las personas necesariamente estamos incurso en la celebración de una serie de contratos y actos esenciales en la vida de los seres humanos, desde acudir a un supermercado, adquirir un vehículo o solicitar un crédito.

Tanto en la sociedad actual como en los grupos sociales antiguos, las convenciones forman parte fundamental en el diario convivir de los individuos, pues constantemente crean y extinguen obligaciones que contraen a lo largo de las distintas relaciones jurídicas que mantengan.

Con el transcurrir del tiempo es fácil evidenciar como la tecnología, la medicina, la computación, la genética y el mismo derecho ha avanzado y evolucionado a pasos agigantados, lamentablemente no corren con la misma suerte muchos de los valores éticos y morales de los seres humanos, como es el caso del valor de la palabra empeñada a razón de una obligación legalmente contraída que se va haciendo menos fuerte y certera con el pasar de los días, especialmente en aquellas obligaciones en las cuales existe un periodo de cumplimiento en el que las partes mantienen un espacio de incertidumbre, frente a la posibilidad de que se ejecute o no la obligación por parte de quien deberá efectuarla.

En otras palabras, hoy en día los hombres no temen a incumplir una obligación que han contraído, sin amedrentarse ni aun por las normas éticas de convivencia social, generando cantidad de molestias y perjuicios en los contratantes.

Por esta realidad brevemente indicada en líneas anteriores es que se ha visto necesaria la creación de normas en las cuales se plasmen medios para poder garantizar y proteger a las partes para un oportuno e íntegro cumplimiento de una obligación; normas que para nada son nuevas sino al contrario vienen establecidas por culturas y sociedades sumamente anteriores a nosotros, como es el caso del derecho romano.

La cláusula penal es un medio efectivo para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, y consiste en un contrato accesorio en el que una de las partes se sujeta a una pena en el caso de no cumplir con la obligación principal o ejecutarla



de forma parcial o tardía, realizando una evaluación anticipada de los perjuicios que puedan ser producidos por la inejecución.

Con la presente monografía despliego un estudio general de esta institución, partiendo con sus orígenes históricos, para luego indicar sus características, funciones, objetivos y demás elementos esenciales para la aplicación de la cláusula penal.

Con todos los temas abordados en este proyecto se evidencia la basta importancia y efectividad que posee la cláusula penal como medio garantizador del cumplimiento de una obligación, además del claro beneficio y certeza que brinda al acreedor.



CAPITULO I

CONCEPTOS, HISTORIA Y NORMATIVA DE LA CLAUSULA PENAL

1.1 ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA

1.2 CONCEPTO GENERAL DE CONTRATO Y CLAUSULAS

1.3 CONCEPTO Y ETIMOLOGIA DE CLAUSULA PENAL

1.4 NORMATIVA VIGENTE EN EL CODIGO CIVIL ECUATORIANO



CAPITULO I

CONCEPTOS, HISTORIA Y NORMATIVA DE LA CLAUSULA PENAL

1.1 ANTECEDENTES Y ORIGEN HISTORICO

Así como la gran mayoría de las instituciones del derecho privado, y no siendo la excepción la cláusula penal, tenemos que remitirnos al Derecho Romano para encontrar su origen, de esta manera podemos manifestar que es a partir de la **STIPULATIO POENAE** que surge esta entidad, aunque en lo tocante a su función cabe aclarar que con el transcurso del tiempo ha tenido importantes modificaciones.

Pues, en el antiguo Derecho Romano, la estipulación penal fue una forma de garantizar las promesas que no tenían obligación civil, como aquellas contraídas por incapaces o por las que tenían origen en simples pactos en los que no se hayan observado solemnidad legal alguna.

El surgimiento de la **STIPULATIO POENAE** dentro del Derecho Romano se da principalmente por dos causas:

1. Las únicas obligaciones jurídicas consideradas obligatorias eran aquellas representadas por una suma de dinero, puesto que el resto de obligaciones no tenían protección jurídica.
2. Los jueces no podían establecer el monto de los perjuicios provenientes del incumplimiento de la obligación.

En el Derecho Romano Moderno, la estipulación penal ya habría cambiado su función en cierta manera, pues, esta garantía consistía en la imposición de una pena pactada de forma anticipada, que era representada por una suma de dinero a cargo del deudor que incumpla con su obligación.

Para esta época, la cláusula penal se representaba en dos formas:

- Como una estipulación aislada (“Si no me entrega tal cosa, prometes entregarme tanto”). Esta constituía la fórmula usada en las obligaciones no susceptibles de ejecución forzada.
- También se consideraba como una estipulación accesoria en que se prometen dos cosas, el objeto y la pena. (“Prometes entregarme tal cosa, si no lo hicieres, prometes darme tanto”), que a su vez es fórmula más usada,



más moderna de aplicación cuando se establece la exigibilidad de las obligaciones que tuvieran otro objeto que sumas de dinero.¹

En el Derecho contemporáneo, la cláusula penal tiene una doble finalidad:

- 1.-Asegurar, por el temor a la pena convenida, el cumplimiento de la obligación.
- 2.- Liquidar anticipadamente el monto de los perjuicios que ocasionaría el incumplimiento de la obligación, con miras a evitar toda dificultad en la evaluación de los daños.²

En los primeros tiempos la Cláusula Penal cumplía con un oficio asegurador del cumplimiento de las obligaciones, con aquellas que no tenían fuerza obligatoria y la única forma en la que el deudor no iba a verse obligado a pagar la pena sería cumpliendo la obligación.

En el Derecho Moderno la cláusula penal es de uso muy frecuente puesto que tiene la finalidad de proteger los bienes del acreedor.

Actualmente la institución de la Cláusula Penal aún se conserva en el ordenamiento jurídico de nuestro país, incluso regulado en el Código Civil ecuatoriano, pero claro que en distinto sentido que en el Derecho Romano, pues ahora las obligaciones tienen fuerza obligatoria por sí mismas, pero sin dejar de ser una herramienta cuyo objetivo esencial es asegurar el cumplimiento de una obligación.

1.2 CONCEPTO GENERAL DE CONTRATO Y CLAUSULA

Contrato proviene del latín **contractus** que a su vez se deriva de **contrahere**, que significa reunir, lograr, concertar.

El diccionario jurídico de **Cabanellas** establece lo siguiente en cuanto al concepto de contrato:

“La convención, 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.”³

¹ (Obligaciones con Clausula Penal , 1991, pág. 2)

² (Teoria General de las Obligaciones , 1995, pág. 165)

³ (Cabanellas, 1979)



El mismo diccionario nos brinda una definición enseñada por **Savigny**:

"Contrato es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas".⁴

Para **Henry Capitant** en su obra Vocabulario Jurídico, y haciendo referencia al Código Civil francés, contrato es:

"Acuerdo de voluntades entre dos o más personas con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones."⁵

Pothier en su obra Tratado de las Obligaciones, define al contrato de la siguiente manera:

"El contrato debe definirse como una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa."⁶

El **Código Civil** ecuatoriano en su artículo 1454 consagra:

Art. 1454 Definición de contrato.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.⁷

En cuanto a esta definición cabe acotar que nuestro código establece en el artículo antes mencionado lo que debería entenderse por contrato, pero más bien lo que nos da es una definición de obligación.

Es importante mencionar que contrato y obligación no son lo mismo; existe una clara diferencia entre ellos, tal como lo establece el Dr. Jorge Morales A. en su obra Teoría General de las Obligaciones, en la que claramente señala que la obligación es un "todo" y el contrato es una parte que conforma ese "todo", pues por un lado obligación es toda relación jurídica por la cual una de las partes tiene que dar, hacer

⁴ (Cabanellas, 1979)

⁵ (Capitant, 1961)

⁶ (Pothier, 1982)

⁷ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



o no hacer algo en favor de otra, mientras que el contrato únicamente contempla las relaciones que surgen del concurso de las voluntades de esas partes.

A partir de las definiciones expuestas podemos ver que cada una de ellas a pesar de ser dadas por distintos autores o cuerpos legales tienen ciertos elementos comunes como son:

- a. Las partes que intervienen.
- b. El hecho de que exista un acuerdo de voluntades.
- c. Que este acuerdo genere obligaciones.

CONCEPTO DE CLAUSULA

Proviene del latín *clausula*, *clausulae*, *claudere* que significan cierre, cerrar, conclusión.

Para **Guillermo Cabanellas**, cláusula es:

“Disposición particular que forma parte de un tratado, edicto, convención, testamento y cualquiera otro acto o instrumento público o privado. También se entiende por cláusula cada uno de los periodos de que constan los actos y contratos.”⁸

Es importante manifestar que si bien la o las cláusulas pueden ser establecidas libremente por las partes, esta o estas no tienen que ser opuestas a las leyes, a la moral, al orden público o a lo sustancial del acto que han de celebrar.

1.3 CONCEPTO Y ETIMOLOGIA DE CLAUSULA PENAL.

Como ya manifestamos en líneas anteriores el concepto general de cláusula; es necesario ahora analizar etimológicamente el término: PENAL, que en este caso no se refiere a la pena como un mal, pues muchas veces la pena va más allá, penetrando en el ámbito del derecho privado, a través de convenciones o cláusulas que refuerzan la voluntad manifiesta de las partes o que sancionan de desistimientos espontáneos de las obligaciones contraídas, así desbordan incluso del mismo derecho penal, pues como podemos observar no es únicamente exclusivo de este.

⁸ (Cabanellas, 1979)



En cuanto al concepto de cláusula penal, encontramos definiciones establecidas por varios autores, entre los cuales señalaré los que considero de mayor importancia y trascendencia.

En el diccionario de Derecho Usual de **Guillermo Cabanellas** se define a la cláusula penal como **“la puesta a veces por las partes en sus contratos, estableciendo una sanción para aquella que no cumpla lo estipulado...”**⁹

Para el tratadista **Arturo Alessandri Rodríguez** el pacto en que las partes fijan el monto de los perjuicios es lo que en derecho se conoce como cláusula penal y lo define de la siguiente manera: **“la evaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que puede experimentar el acreedor con el incumplimiento de la obligación, o con el cumplimiento imperfecto o tardío.”**¹⁰

Aquí cabe resaltar que Alessandri a diferencia de otras definiciones no nos habla únicamente en caso de incumplimiento de la obligación previamente pactada, si no inclusive cuando existiendo cumplimiento este se lo hace imperfectamente o de manera tardía, por ejemplo en el caso de que “A” y “B” celebren una escritura pública de promesa de compra venta de un bien inmueble de 1500 metros cuadrados, al llegar la fecha de la compra venta, resulta que “A” únicamente ofrece vender a “B”, 1250 metros cuadrados, en este caso a pesar de que “A” está poniendo a disposición de “B” un bien inmueble para que se perfeccione la compra venta, es imposible hablar de que existe un cumplimiento perfecto de la obligación estipulada.

Guillermo Borda lo define así: **“la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.”**¹¹

Al observar este concepto, podemos concluir, que la cláusula penal es un recurso con el cual el deudor se va a ver obligado a cumplir con la obligación que ha pactado, pues caso contrario tendrá que satisfacer la pena previamente establecida, que, obviamente, va a resultar mayor a la obligación en si misma; y por otro lado el

⁹ (Cabanellas, 1979)

¹⁰ (Alessandri, 1988)

¹¹ (Borda, 1983)



acreedor va a tener mucha más seguridad de que el deudor cumplirá bien con la obligación o bien con la pena.

Para el autor **Humberto Agliano**, cláusula penal es: **“la estipulación especial que se conviene en algunos contratos con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación, de tal manera que si el deudor no cumple se verá obligado a pagar una multa o pena que puede consistir en una suma de dinero o en otra prestación.”**¹²

Podemos darnos cuenta, que en la parte final de este último concepto establece que la pena no necesariamente tiene que ser una suma de dinero, pues claramente habla de que se puede cumplir la pena a través de otra prestación; en la práctica por lo general siempre será una suma de dinero la misma que por lo común será más onerosa que la obligación.

Para concluir la conceptualización de la cláusula penal, me parece de necesaria importancia mencionar al Dr. Jorge Morales Álvarez, quien en su obra Teoría General de las Obligaciones nos enseña que si bien por un lado la cláusula penal sustituye a la indemnización de perjuicios, no podríamos decir que es una indemnización propiamente dicha, pues esta debe guardar estricta relación con los daños que ha sufrido el acreedor a consecuencia del incumplimiento del deudor; mientras que la cláusula penal se estipula de una manera arbitraria entre las partes contratantes, la misma que casi siempre va a ser mayor que los daños ocasionados y que se debe necesariamente, aunque a consecuencia del incumplimiento del deudor, el acreedor no sufra ningún daño.

1.4 NORMATIVA VIGENTE EN EL CODIGO CIVIL ECUATORIANO

El Código Civil ecuatoriano en el libro IV, denominado DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS, consagra en su Título XI las OBLIGACIONES CON CLAUSULA PENAL; estas se encuentran establecidas a partir del artículo 1551 hasta el artículo 1560. A continuación realizaremos un análisis de cada uno de ellos.

¹² (Agliano, 1942)



Art. 1551.- [Definición].- 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.¹³

Podemos darnos cuenta como en la definición establecida en nuestro Código Civil no incluye a las obligaciones de NO HACER, pues con claridad afirma que la pena consistirá en DAR o HACER algo.

Como ya habíamos señalado la cláusula penal asegura el cumplimiento de la obligación principal, anticipándose a una liquidación de perjuicios que las mismas partes lo aceptaron como viable, para el incumplimiento, o cumplimiento tardío o imperfecto de una obligación; lo que inclusive permitirá encontrar una pronta respuesta al daño sufrido pues se trata de un pacto realizado con antelación.

Art. 1552.- [Carácter de accesorio de la cláusula penal].- La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de esta no acarrea la de la obligación principal.

Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta 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 cumplir lo prometido.¹⁴

La cláusula penal es un contrato accesorio de garantía, pues está ligado a una obligación principal, la misma que da razón a su existencia.

Cabe mencionar, que podemos demandar la nulidad tanto del contrato principal como la del contrato accesorio (cláusula penal), es decir en conjunto, o únicamente uno de ellos por separado, así, que si demandamos la declaratoria de nulidad del contrato principal, también se entenderá nula la cláusula penal que accede a ese

¹³ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

¹⁴ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



contrato, pero si demandamos la declaratoria de nulidad del contrato accesorio, únicamente este último quedará nulo, mientras que la obligación contenida en el contrato principal permanecerá totalmente vigente.

Si la cláusula penal es estipulada por un tercero, y este se impone la pena frente al incumplimiento de lo pactado, dicha cláusula gozará de plena validez mientras que la obligación principal carecerá de efectividad por falta de consentimiento.

En cuanto al tercer inciso lo explicaré a través de un ejemplo, “A” promete dar en venta a “B” un terreno, el mismo que pertenece a “X”, para lo cual estipulan una cláusula penal “A” y “B”, resulta que “A” no puede cumplir pues “X” nunca le entregó el terreno, por lo cual “B” podrá exigir el cumplimiento de la pena.

Art. 1553.- [Exigibilidad de la cláusula penal].- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo 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.¹⁵

Mientras el deudor no haya sido constituido en mora, el acreedor no podrá exigir sino la obligación principal, pues como ya hemos afirmado la cláusula penal tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, y mientras no se incumpla o cumpla parcial o imperfectamente la misma, resultaría imposible exigir la pena.

Una vez constituido en mora el deudor, no podrá el acreedor a un mismo tiempo exigir la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos de acuerdo a su convenio o decisión, salvo que con anterioridad se haya pactado que la pena se volverá exigible por el simple retardo, es decir sin necesidad de que el deudor se constituya en mora, o bien que previamente se haya estipulado que la obligación principal no quede sin efecto por el pago de la pena; de acuerdo a la norma en estos

¹⁵ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



últimos casos se podrá exigir las dos cosas, entiéndase cláusula penal y obligación principal.

Art. 1554.- [Exigibilidad de la cláusula penal por mora].- 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.¹⁶

Si la obligación es de DAR O HACER, el deudor mientras no se constituya en mora no se obliga a la pena, a pesar de que se haya o no establecido un término para el cumplimiento de la obligación principal.

Si se trata de una obligación de NO HACER, basta que el deudor realice aquello con lo cual se obligó a no realizar para que incurra en la pena. Por ejemplo, si levantó una edificación que estaba prohibida, ya se entenderá en mora.

Art. 1555.- [Reducción de la pena por incumplimiento parcial].- Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.¹⁷

Si el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal, pero, con aceptación ya sea expresa o tácita del acreedor, se rebajará el monto de la cláusula penal, proporcionalmente.

Art. 1556.- [Pena accesoria a obligaciones divisibles e indivisibles].- 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 del deudor, a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación.

¹⁶ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

¹⁷ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Exceptúase 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 este 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.¹⁸

Si el obligado ha fallecido, para establecer las obligaciones de los herederos se precisa distinguir si la obligación es divisible o indivisible.

En el primer caso, la obligación se divide entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Si un heredero impide el pago, el acreedor podrá reclamar contra él, el pago total de la obligación.

Si la obligación es por su naturaleza indivisible o se ha pactado que el pago no puede hacerse por partes sino íntegramente y uno de los herederos se opone, contra él podrá demandarse el pago total.

Este artículo por lo tanto, faculta el pago de la obligación indivisible, de acuerdo a las cuotas hereditarias.

Art. 1557.- [Pena asegurada con hipoteca].- Si la pena estuviere asegurada con hipoteca, podrá perseguirse esta por toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.¹⁹

Por lo general es a través de un contrato de prenda o un contrato de hipoteca que son garantizadas las obligaciones principales; si los contratos que garantizan el cumplimiento de obligaciones principales son accesorios, resultaría obvio que estos accedan a la obligación principal; ahora bien en este caso la disposición establece que la obligación principal no está garantizada con hipoteca sino es la cláusula penal que se encuentra respaldando el cumplimiento del contrato principal la que está respaldada con una hipoteca.

¹⁸ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

¹⁹ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Al momento de pactarse la pena se puede estipular si la misma va o no a relevar el pago de perjuicios, es decir que si existiendo incumplimiento de la obligación principal el acreedor cobra la pena, puede aún conservar su derecho a reclamar indemnización de perjuicios siempre que efectivamente los demuestre y que no se haya estipulado lo contrario.

Art. 1558.- [Relevo de la prueba de perjuicios].- 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.²⁰

Cabe mencionar que para reclamar indemnización por daños y perjuicios es necesario que exista el daño, que haya un responsable y que exista relación de causalidad entre el daño y su autor; tomando en cuenta que todo esto deberá ser probado por parte de quien corresponda dicha carga.

Si la obligación principal está garantizada con una cláusula penal, esta se puede hacer efectiva y como se trata de una cuantificación anticipada de las partes por los daños y perjuicios, lo único que tendrá que probar el deudor será el incumplimiento, más no el hecho de que este le haya generado algún menoscabo.

Art. 1559.- [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.²¹

No puede exigir el acreedor la cláusula penal más indemnización de perjuicios, salvo que se haya estipulado expresamente.

Deberá pactarse que, además de la cláusula penal, se podrá demandar también los daños y perjuicios, sabiendo que en el caso de la pena, ésta ya se encuentra probada, mientras que, en cuanto a los segundos, requerirán de prueba.

²⁰ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

²¹ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Si el acreedor ha elegido demandar en juicio la indemnización de daños y perjuicios, y si de este obtiene una sentencia desfavorable, no podrá posteriormente intentar exigir la pena, pues ya renunció a ella.

Art. 1560.- [Reducción de la cláusula penal enorme].- Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.²²

En las obligaciones bilaterales, si el deudor debe pagar algo equivalente a lo que él recibió y la cláusula penal consiste en una cantidad determinada, ésta no puede ser mayor que el doble del valor de la obligación principal, pues es, en este caso, en el que la norma faculta al deudor a pedir una rebaja por el excedente.

En el mutuo, que es un contrato de préstamo, no tiene aplicación esta disposición pues solo se podrá rebajar la pena en lo que sobrepase al máximo del interés que sea permitido estipular.

Y en cuanto a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, quedará a prudencia del juez establecer si existe o no cláusula penal enorme.

²² (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



CAPITULO II

CLASIFICACION, CARACTERISTICAS Y EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL

2.1 CLASIFICACION DE LA CLAUSULA PENAL

2.2 TIEMPO Y FORMA DE ESTIPULACION DE LA CLAUSULA PENAL

2.3 CARACTERISTICAS DE LA CLAUSULA PENAL

2.4 EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL



CAPITULO II

CLASIFICACION, CARACTERISTICAS Y EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL.

2.1 CLASIFICACION

La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria.

Antes de conceptualizar cada una de ellas, resulta importante manifestar que es a partir de la demora o del no cumplimiento de la obligación contraída por parte del deudor, que se genera como resultado la imposición de la pena.

- a. **CLAUSULA PENAL COMPENSATORIA.-** Esta se aplica cuando existe inejecución definitiva de la obligación por parte del deudor, en este caso no habrá acumulación del objeto debido con el importe de la pena, si no lo que se da es una sustitución de un bien por otro, luego de que se ha dado el incumplimiento de la obligación por el deudor; así los daños y perjuicios compensatorios serán sustituidos por la pena misma.
- b. **CLAUSULA PENAL MORATORIA.-** Permite que el deudor pueda retardar el cumplimiento de la obligación, pero obligándolo al pago de una multa por el retraso en la ejecución de lo establecido, así el acreedor acumula un doble beneficio, por un lado el beneficio que le representa el cumplimiento de la obligación, y por el otro el importe de la pena, por ello que la pena constituye los daños y perjuicios moratorios, y al acreedor no le toca probar ni la existencia de la obligación ni la cuantía de los daños y perjuicios.²³

2.2 TIEMPO Y FORMA DE ESTIPULACION.

TIEMPO.

Al hablar de en qué tiempo deberá pactarse la cláusula penal, diríamos que por lo general y común esta se estipula de forma simultánea con la obligación principal, sin necesidad de que esta regla sea inquebrantable, pues bien puede pactarse la cláusula penal con posterioridad a la obligación principal, lo mismo que puede incluso representar para el deudor una ventaja, como por ejemplo la prórroga del plazo de vencimiento.

²³ (Gonzales, 2003)



FORMA.

En cuanto a la forma de la cláusula penal por un lado podemos evidenciar que ésta no requiere de exigencias especiales pues depende esencialmente de la voluntad misma de las partes, esto hace que la cláusula penal pueda pactarse por escrito o en forma verbal; incluso algunos autores admiten la pena tácita.

Pero al ser la cláusula penal un derecho de excepción que va en contra del deudor, se admite sólo cuando está contemplada en un contrato, sin que sea necesario que conste la palabra pena o multa, sin embargo debe constar de forma clara y precisa el acuerdo de que se ha estipulado una cláusula penal.

Al ser la institución de la cláusula penal un contrato, estará sujeta a las restricciones probatorias exigibles en esta materia, por ello se aplican las disposiciones del libro cuarto del código civil referente a las obligaciones en general y de los contratos, así como lo señalamos en el capítulo anterior.

La cláusula penal podrá estar sujeta a un plazo después de vencida la obligación, o bien podrá estar a su vez subordinada a una condición, como por ejemplo la imposición de un cargo a favor del estipulante; pues esta institución tiene las mismas modalidades de todas las obligaciones.

2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA CLAUSULA PENAL.

La cláusula penal tiene las siguientes características:

A. ES UNA OBLIGACION ACCESORIA DE UNA PRINCIPAL.

ACCESORIA: “Es la cosa unida o en íntima relación con otra, respecto a la cual se presenta como subordinada o absorbida.”²⁴

Como hemos explicado anteriormente, la cláusula penal se estipula con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, lo que significa que ésta no puede aparecer aislada, sino en una relación de dependencia con el contrato principal.

Aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal diríamos que la nulidad o ineficacia de la cláusula penal no nulita la obligación garantizada;

²⁴ (Cabanelas, 1979)



mientras que la nulidad o ineficacia de la obligación principal, sí tendrá como consecuencia la nulidad de la cláusula penal, pues no podría subsistir sin la primera. (Art. 1552 Código Civil Ecuatoriano).

Sin embargo, este principio tiene excepciones como las contempladas en los incisos segundo y tercero del artículo 1552 de nuestro Código Civil en que subsiste la obligación de la cláusula penal aunque la obligación principal no tenga efecto.²⁵

O cuando la obligación garantizada no puede exigirse judicialmente, como en el caso de las obligaciones naturales, que pueden ser garantizadas con cláusula penal siempre y cuando el deudor sea un tercero y no el relativamente incapaz. (Art. 1488).²⁶

Art. 1488.- [Eficacia de las obligaciones accesorias a una natural].- Las fianzas, prendas, hipotecas y cláusulas penales constituidas por terceros, para seguridad de estas obligaciones, valdrán.²⁷

B. ES CONDICIONAL.

CONDICIONAL: “Cualquiera de las circunstancias, calidades o requisitos que están unidos a la subsistencia de algún hecho, acto o contrato.”²⁸

La cláusula penal conlleva el pago de una pena, la misma que se encuentra subordinada a una condición, bien sea el incumplimiento de la obligación principal o bien el retardo en el cumplimiento de la misma.

Art. 1489.- [Concepto de obligación condicional].- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.²⁹

A partir de este concepto podemos apreciar que claramente una obligación condicional se asimila a la cláusula penal, ya que al tiempo de establecerse la cláusula no podremos saber si por parte del deudor será o no cumplida la obligación principal, en la forma y tiempo acordados.

²⁵ (Morales Alvarez, 1995)

²⁶ (Morales Alvarez, 1995)

²⁷ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

²⁸ (Cabanellas, 1979)

²⁹ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



C. ES SUBSIDIARIA.

SUBSIDIARIA: “Lo que sirve como subsidio, auxilio o socorro.”³⁰

El objeto esencial del contrato siempre va a ser el cumplimiento de la obligación principal, y en caso de que ésta no se cumpla se deberá pagar la pena.

De lo anterior se desglosan dos situaciones:

1. Que el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación principal pagando la pena, salvo el caso de que en el contrato se haya estipulado la facultad del deudor de no pagar la obligación principal; o bien se tratare de una obligación de hacer; estos casos son excepciones en los que el deudor puede liberarse de la obligación principal por el cumplimiento de la pena.
2. Que el acreedor no puede pedir a un mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino una de las dos acciones a su arbitrio.
Salvo que se haya estipulado que con el pago de la pena no se entenderá extinguida la obligación principal, o que la pena se haya establecido a la mora.

D. ES INMUTABLE.

INMUTABILIDAD: “Característica en virtud de la cual las convenciones no pueden sufrir cambio alguno por voluntad de las partes, luego de celebrado un contrato.”³¹

Manifestamos que la cláusula penal es inmutable ya que en principio ésta no es susceptible de alteración alguna.

Por lo tanto podemos aclarar que:

- El deudor no podrá exigir que se reduzca la pena, alegando que los daños que ha sufrido el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal han sido inferiores al valor de la pena misma.
- A su vez el acreedor no podrá pedir una suma mayor, a pesar de que consiguiera demostrar que los daños que ha sufrido a causa del incumplimiento resultan mayores al importe de la pena.

³⁰ (Cabanellas, 1979)

³¹ (Capitant, 1961)



Nuestro código civil consagra la inmutabilidad de la pena en el artículo 1558.

Art. 1558.- [Relevo de la prueba de perjuicios].- 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.³²

La inmutabilidad es la que dota de una función eficaz a la cláusula penal como un recurso compulsorio, pues obliga al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ya que por lo general el importe de la pena es superior; y además brinda mayor certeza al acreedor.

De esta forma, tenemos que manifestar, que la única excepción sería la que consagra nuestro código civil en el artículo 1560, cuando habla de la cláusula penal enorme.

Art. 1560.- [Reducción de la cláusula penal enorme].- Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada.....³³

E. ES UNA LIQUIDACION CONVENCIONAL Y ANTICIPADA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Decimos que constituye una liquidación convencional, puesto que el monto equivalente a la cláusula penal está fijado por la voluntad de las partes, y a su vez, para que ésta surta efectos y tenga validez jurídica, deberá ser celebrada como un verdadero contrato, esto significa cumpliendo con todas las solemnidades exigidas por la ley para el perfeccionamiento de los contratos.

³² (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

³³ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Y hablamos de liquidación anticipada, ya que las partes fijan con anterioridad los daños e intereses que deberán ser pagados por el deudor en caso de retardo o incumplimiento de la obligación principal.

Por ello al ser la cláusula penal una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios, no le quita su carácter de ser una indemnización de perjuicios, la misma que en vez de ser fijada por la ley o por el juez lo fijan las partes, con ello se demuestra la importancia jurídica de la cláusula penal.

2.4 EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL.

En base a la obra Tratado de Derecho Civil, Obligaciones parte I, del ilustre tratadista Guillermo Borda, podremos señalar los siguientes efectos de la cláusula penal:

A. PENA PUESTA COMO OBLIGACION SUBSIDIARIA:

Estamos frente al caso en el que la pena sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, que es resultado del incumplimiento total o parcial de la obligación principal; y entre los efectos tenemos los siguientes:

1.- Respecto del deudor:

- a) Cuando ya ha sido pactada la obligación principal, el deudor no podrá eximirse de cumplirla ofreciendo pagar la pena, a menos que de esa manera se haya establecido expresamente.
- b) Si el acreedor llegare a consentir únicamente el pago de la pena, el deudor quedará liberado de cumplir con la obligación principal.
- c) No podrá el deudor exigir o solicitar una reducción de la pena, manifestando que ésta excede el monto de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, salvo que se evidencie una desproporción abusiva entre el importe de la cláusula penal y la obligación principal.

2.- Respecto del acreedor:

- a) Cuando el deudor ha incumplido con la obligación principal, el acreedor a su vez podrá exigir bien el pago de la pena o bien el cumplimiento de la obligación



principal; mas no podrá pedir ambas a un mismo tiempo, a menos que este derecho se haya estipulado expresamente en el contrato.

b) Así mismo el acreedor no podrá exigir una indemnización mayor a la que se ha estipulado, a pesar de que pudiese demostrar que el importe de la pena acordada resultare insuficiente para compensar los daños y perjuicios ocasionados a raíz del incumplimiento del deudor.

B. PENA PUESTA COMO COMPENSACIÓN POR LA MORA:

En este caso la pena no va a sustituir a la obligación principal, sino que se acumulará a ella, por lo que el acreedor podrá exigir ambas a un mismo tiempo.

De esta manera el deudor no se libera del cumplimiento de la obligación principal por el pago de la pena, y de la misma forma, no se libera del pago de la pena cumpliendo fuera de tiempo la obligación principal.

C. PLURALIDAD DE ACREEDORES Y DEUDORES:

Lo detallado con anterioridad con respecto a los efectos de la cláusula penal lo hemos realizado en el supuesto de que haya un solo acreedor y un solo deudor.

Cuando sean varios los sujetos activos o pasivos en la celebración de un contrato con cláusula penal se producirán los siguientes efectos:

1) Pluralidad de deudores:

a) Si la pena es divisible.- en esta situación cada uno de los deudores únicamente incurre en la pena en proporción de su parte, sea la obligación principal divisible o indivisible. Cabe mencionar que en la práctica por lo general la pena es divisible puesto que casi siempre la cláusula penal consiste en una suma de dinero.

b) Si la pena fuere indivisible, o si siendo divisible hubiera sido pactada con carácter solidario.- Cada uno de los deudores deberá pagar el total del importe de la pena estipulada, a pesar de que ellos no sean los culpables del incumplimiento de la obligación principal, sino un codeudor distinto.



SALVAT, por el contrario, sostiene que siendo indivisible la obligación principal, se incurre en toda la pena pero solo el deudor culpable.³⁴

2) Pluralidad de acreedores:

- a) Si la pena es divisible.- En este caso cada acreedor solo cobrará la parte que le corresponde, sin tomar en cuenta si es divisible o indivisible la obligación principal.
- b) Si la pena es indivisible o solidaria.- Podrá cualquiera de los acreedores reclamar el pago íntegro de la pena, pero los demás coacreedores conservarán su derecho de poder reclamar la parte que les corresponda.

3) Si se presenta pluralidad de deudores y pluralidad de acreedores, serán aplicables los mismos principios señalados.

Siendo solidaria e indivisible la pena, cualquier acreedor puede reclamar de cualquier deudor el pago total de ella; siendo divisible, cada acreedor podrá reclamar de cada deudor la parte que a éste le corresponde en el derecho de ese acreedor.³⁵

³⁴ (Borda, 1983)

³⁵ (Borda, 1983)



CAPITULO III

FUNCIONES Y OBJETIVOS DE LA CLAUSULA PENAL

3.1 FUNCIONES DE LA CLAUSULA PENAL

3.2 OBJETIVOS DE LA CLAUSULA PENAL

3.3 CONDICIONES Y LIMITES



CAPITULO III

FUNCIONES, OBJETIVOS Y CONDICIONES DE LA CLAUSULA PENAL.

3.1 FUNCIONES DE LA CLAUSULA PENAL.

Desarrollaremos a continuación las funciones que desempeña la cláusula penal:

- 1) Es un medio de compulsar a los deudores a cumplir con las obligaciones que han contraído, pues tienen la amenaza de una sanción (cláusula penal) que por lo usual va a ser superior a la obligación principal; por lo que el deudor se verá expuesto a un peligro grave en caso de que incumpla con lo estipulado.

La cláusula penal tiene una función *compulsiva*, en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena, que suele ser harto gravosa. Dice Savigny, que la cláusula penal incita al cumplimiento por el temor de la pena, con lo cual viene a reforzar la sanción del contrato principal.³⁶

- 2) Es una forma de fijar anticipadamente los daños y perjuicios que deberán ser cancelados al acreedor en caso de que el deudor incumpla con su obligación el deudor.

Cuando se estipula una cláusula penal se evita cualquier inconveniente referente a la prueba de la existencia del monto y del daño causado.

Si bien en párrafos anteriores señalamos que existe una relación entre cláusula penal e indemnización, sería un error considerarla como una indemnización propiamente dicha, pues ésta debe tener una relación lo más perfecta posible con los daños que realmente ha sufrido el acreedor a causa del incumplimiento; mientras que como también ya hemos observado la cláusula penal se la estipula de una manera libre y arbitraria entre los contratantes, además es generalmente más gravosa que la obligación principal y se la puede exigir incluso cuando a razón del incumplimiento del deudor, el acreedor no ha evidenciado perjuicio alguno.

Cabe mencionar que la cláusula penal no únicamente puede estipularse respecto de una obligación patrimonial, sino incluso con obligaciones que no sean de esta naturaleza, al respecto el tratadista Guillermo Borda manifiesta como ejemplo que si

³⁶Fuente especificada no válida.



una persona se ha comprometido con otra a dejar de realizar ruidos molestos, podrán entre ellos pactar una pena en caso de incumplimiento.

3) Función Resolutoria:

Este es un tema que tiene cierto grado de controversia pues podemos evidenciar varias posiciones de diversos autores acerca de si podemos o no atribuir una función resolutoria a la cláusula penal.

Si bien se dice que esta función resolutoria de la cláusula penal nace del derecho que tiene el acreedor a elegir al momento del incumplimiento de la obligación del deudor; pues éste podrá exigir o bien el cumplimiento de la obligación principal o bien el pago de la pena, considerando que este derecho de opción tendrá un carácter irrevocable. Justamente esta última parte es la que más divergencias ha ocasionado pues para unos autores este carácter de irrevocabilidad será definitivo desde el momento en que la elección que haya tomado el acreedor sea notificada al deudor, por lo tanto si el acreedor ha optado por demandar el cumplimiento de la obligación principal perderá su derecho a exigir el pago de la pena y si optara por el pago de la pena perdería así su derecho a exigir el cumplimiento.

Pero para otros autores se considera irrevocable únicamente cuando el acreedor ha optado por demandar el pago de la pena, pues es desde ese momento que no podrá pretender el cumplimiento de la obligación principal.

La función resolutoria se debe a que si el acreedor optó por la pena queda disuelto el contrato y las consecuencias jurídicas que se dan no son propiamente resolutorias, así: se realiza un contrato de compra venta de un inmueble y el pago es por mensualidades, se establece que si el comprador no paga puntualmente dos o tres mensualidades termina el contrato, y; el comprador pierde lo que ha pagado hasta la fecha, las mejoras que ha realizado en el inmueble y el inmueble objeto del contrato.³⁷

³⁷ (Avila, 2000)



3.2 OBJETIVOS DE LA CLAUSULA PENAL.

Los objetivos de la cláusula penal son cuatro, estos pueden definirse también como utilidades que genera esta institución, las que son de gran importancia y crean ventaja esencialmente en el acreedor, son:

A. EVITA LA DETERMINACION DE PERJUICIOS POR PARTE DEL JUEZ.

Al existir una estipulación anticipada de los perjuicios a través de la cláusula penal, el juez no tiene que intervenir en determinarlos, a pesar de que como ya hemos acotado la pena se pacta de manera arbitraria entre las partes lo que da como resultado que esta sea muy distante a los daños que realmente sufre el acreedor por el incumplimiento.

En la práctica los juicios relacionados con indemnizaciones conllevan cierto grado de complejidad especialmente por la prueba, presentando generalmente dificultades y complicaciones en su desarrollo y dando muchas de las veces resultados inciertos y no tan apegados a la realidad del problema, por parte del juez.

Todos estos conflictos son enmendados por la cláusula penal, ya que con ella no existe necesidad alguna de convencer al juez de nuestros requerimientos ni es necesario producir prueba.

De esta manera podemos afirmar que el juez tendrá atribuciones para establecer el monto de los perjuicios solamente en los casos que según la ley se presente clausula penal enorme.(Art. 1560 Código Civil)

B. EXONERA AL ACREEDOR DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS PERJUICIOS.

Lo usual es que cuando el acreedor ha sido perjudicado y por ello desea demandar los daños que ha sufrido, tenga que justificarlos a través de los medios probatorios establecidos en la ley determinando cuales son los perjuicios experimentados y el monto que atribuye a ellos; pero con la cláusula penal se prescinde de lo mencionado pues las partes previamente ya convinieron en el monto de los perjuicios, y el juez palpando que realmente existe una obligación legalmente contraída y que la misma no ha sido cumplida a cabalidad por el deudor, deberá condenar al deudor al pago de la pena, sin que este pueda alegar que la



inejecución de la obligación no le ha inferido mayor perjuicio al acreedor o incluso le ha producido algún beneficio.

Debemos recordar que en esencia la cláusula penal se estipula para garantizar el cumplimiento de una obligación, creando una intimidación en el deudor; por lo cual lo correcto sería que el deudor debería tener buen cuidado de cumplir oportunamente con la obligación que ha contraído.

C. SIRVE COMO GARANTIA DEL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION.

La cláusula penal es una de las especies de caución que se encuentra establecida en nuestro código civil, porque es a través de ella que participan todos los medios necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de un vínculo jurídico.

Es una pena o castigo consistente por lo general en una suma de dinero con la cual se intimida al deudor en el caso de que no cumpla la obligación.

Tal como lo establece nuestro código civil en el artículo 1551.

Art. 1551.- [Definición].- Clausula 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 cumplimiento³⁸

De cierta manera se podría decir que esta institución se asemeja mucho en cuanto a su objetivo garantizador a contratos como el de prenda, el contrato de fianza y la hipoteca; aunque dista en la forma de constitución.

D. BRINDA AL ACREEDOR ACCIONES EN CIERTAS OBLIGACIONES QUE SIN ELLA NO LAS TENDRIA.

Como sabemos las obligaciones naturales son aquellas que no conceden a su acreedor derecho para exigir su cumplimiento, pero en el caso en que una obligación natural sea caucionada a través de una clausula penal constituida por terceros a favor de su cumplimiento, ésta (cláusula penal) tendrá plena validez, y de esta manera aquel acreedor que no pudo demandar el cumplimiento de la

³⁸ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



obligación natural por estar exento de acción, podrá sin embargo exigir la ejecución de la cláusula penal.

Lo mencionado con anterioridad lo encontramos establecido en el artículo 1488 del Código Civil de nuestro país:

Art. 1488.- [Eficacia de las obligaciones accesorias a una natural].- Las fianzas, prendas, hipotecas y cláusulas penales constituidas por terceros, para seguridad de estas obligaciones, valdrán.³⁹

3.3 CONDICIONES Y LIMITES DE LA CLAUSULA PENAL.

CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL.

Es necesaria la presencia de tres condiciones esenciales para la eficaz aplicación de la cláusula penal, las mismas que desarrollaremos a continuación:

1) DEBE SER IMPUTABLE AL DEUDOR EL INCUMPLIMIENTO O RETARDO EN LA EJECUCION DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

No podremos exigir al deudor el pago de la cláusula penal pactada, si resultare evidente que la inexecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación principal ha sido ocasionado por el acreedor o por una tercera persona totalmente ajena al deudor; pues el incumplimiento no resulta imputable al deudor.

Y, estaríamos frente a la misma situación, si el deudor lograría demostrar claramente que su inexecución o retardo es producto de caso fortuito o fuerza mayor.

2) LA CLAUSULA PENAL DEBE SER LICITA.

Con esto se establece que la sanción que conlleva la estipulación de una cláusula penal debe estar consagrada en la ley.

La pena al fijarse de manera totalmente libre entre los pactantes puede en muchos de los casos resultar excesiva, desproporcionada e injusta; en estas situaciones la cláusula penal no debe aplicarse

³⁹ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



3) ES INDISPENSABLE QUE EL DEUDOR SE HAYA CONSTITUIDO EN MORA.

Nada podrá exigírsele al deudor mientras este no se haya constituido en mora de cumplir la obligación, menos aún la cláusula penal pues como ya hemos afirmado ésta es accesoria a la obligación principal.

LIMITES A LA CLAUSULA PENAL.

Al momento en el que los contratantes establecen el monto o suma de la pena que estará encaminada a garantizar el cumplimiento de una obligación, estos poseen total y plena libertad para pactarlo, instancia hasta la cual podría parecer que no existiese límite alguno frente a aquella situación, y es precisamente por eso que surge la necesidad de que la ley intervenga como protectora de los intereses del deudor frente a una posible cláusula penal exagerada.

De manera efectiva nuestro Código Civil en su artículo 1560 consagra la cláusula penal enorme, que se considera cuando la pena va más allá del doble de la obligación principal; esta sería la forma en que la ley fija límites a la cláusula penal; esto siempre y cuando se trate de contratos conmutativos, es decir aquellos en que existan obligaciones recíprocas y que se miren equivalentes para las partes y que además tanto la obligación principal como la pena sean apreciables en dinero.



CAPITULO IV

DIFERENCIAS, EXTINCION Y EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL

4.1 DIFERENCIA CON LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ORDINARIA

4.2 DIFERENCIA CON LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS, FACULTATIVAS, CONDICIONALES Y CON LAS ARRAS

4.3 EXTINCION DE LA CLAUSULA PENAL

4.4 EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL

4.5 CLAUSULA PENAL ENORME



CAPITULO IV

DIFERENCIAS, EXTINCION Y EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL.

4.1 DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ORDINARIA.

Si bien hemos dicho que la cláusula penal mantiene cierta relación con la indemnización de perjuicios ordinaria, existen importantes diferencias que resulta conveniente analizarlas, y son las siguientes:

- a) Cuando se demanda la indemnización de perjuicios ordinaria, quien establece el monto o suma equivalente a ellos es el juez y en ciertos casos la misma ley; mientras que en la cláusula penal el valor de los perjuicios es pactado con anterioridad por las propias partes en el contrato.
- b) La regla general es que los perjuicios sean indemnizados en dinero, pero la cláusula penal hace una excepción a este principio ya que esta puede tanto consistir en entregar una suma de dinero como en realizar algún hecho por el deudor frente a su incumplimiento, tal como lo establece el artículo 1551 del Código Civil.

Art. 1551.- [Definición].- 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.⁴⁰

- c) El acreedor que exige la indemnización de perjuicios judicial ordinaria, se encontrará en la necesidad de convencer al juez, desplegando las suficientes pruebas que demuestren los perjuicios que alega ha sufrido, caso contrario su acción no procederá y será rechazada; en la cláusula penal el acreedor queda libre de esta prueba, y el deudor no podrá exonerarse del pago de la pena alegando que su inejecución de la obligación le ha reportado beneficio al acreedor o le ha causado perjuicios.
- d) En la liquidación de una indemnización de perjuicios ordinaria, los perjuicios se establecen después de que se han producido, es decir primero se ha suscitado el hecho que genero daño al acreedor, se produce a posteriori; la

⁴⁰ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



evaluación de los perjuicios en la cláusula penal se la realiza con anterioridad al hecho que los va a causar, porque la pena se ha estipulado de forma anticipada.

4.2 DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS, FACULTATIVAS, CONDICIONALES Y CON LAS ARRAS.

DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.

En primer lugar indicaremos el concepto de obligaciones alternativas que se encuentra establecido en el artículo 1515 del Código Civil.

Art. 1515.- [Definición].- Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras.⁴¹

De esta manera podemos observar que en las obligaciones alternativas existe un solo vínculo jurídico, pero el objeto es múltiple y así, la obligación podrá ser solucionada con el pago de cualquiera de las prestaciones que la constituyen pues cada una de ellas tienen carácter absoluto para los efectos del pago.

En la cláusula penal, a diferencia, existen dos vínculos jurídicos uno que da origen a la obligación principal y otro que da origen a la pena, determinando en el deudor una sola obligación que será la de cumplir la prestación principal bajo la amenaza de una cláusula penal que tiene carácter de accesorio.

A partir de lo mencionado podemos desprender las siguientes conclusiones:

- a) El deudor de una obligación alternativa, podrá, a través del pago de cualquiera de las prestaciones lograr que se extinga la obligación, en la cláusula penal el deudor no podrá liberarse del cumplimiento de la obligación principal por medio del pago de la pena.
- b) En las obligaciones alternativas, mientras subsista una cosa, la obligación no se extinguirá a pesar de la pérdida de una de las cosas que se deben, en la cláusula penal la pérdida de la cosa debida extingue la obligación principal siempre y cuando no exista culpa por parte del deudor.

⁴¹ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



- c) Cuando una de las prestaciones alternativamente debidas es imposible o ilícita, no provocarán la nulidad de la obligación, pues ésta subsiste en las prestaciones que sean lícitas o posibles, mientras en la cláusula penal la nulidad de la obligación principal acarrea consigo la nulidad de la pena por su naturaleza accesoria.

DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS.

Las obligaciones facultativas se encuentran definidas en el Código Civil de nuestro país en el artículo 1521.

Art. 1521.- [Definición].- Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designe.⁴²

Las obligaciones facultativas tienen un solo vínculo jurídico, pero en ellas el deudor puede extinguir su obligación a través del cumplimiento de una prestación subsidiaria.

Podemos evidenciar que tanto en las obligaciones facultativas como en las obligaciones con cláusula penal existen objetos diferentes, uno que tiene carácter de principal y otro de carácter accesorio, y la extinción del primero acarrea la del segundo.

La diferencia radica en que en las obligaciones facultativas al existir un solo vínculo jurídico el deudor podrá eximirse de cumplir la obligación principal a través del pago de otra prestación que ha sido designada para cumplir ese propósito, por lo tanto resulta favorable al deudor; en la cláusula penal coexisten dos obligaciones totalmente diferentes, entre las cuales la pena va a traducirse en beneficio para el acreedor lo que le permitirá exigir el cumplimiento de la obligación principal aun cuando la pena se haya vuelto exigible, y de esta manera el deudor no podrá ofrecer el pago de la pena a cambio de que se extinga la obligación principal.

⁴² (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES.

El artículo 1489 de nuestro Código Civil consagra las obligaciones condicionales.

Art. 1489.- [Concepto de obligación condicional].- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.⁴³

La cláusula penal necesariamente va a dar origen a una condición, pues para que la pena se vuelva exigible está restringida a un acontecimiento futuro que puede suceder o no, como es que el deudor incumpla su obligación o la cumpla imperfectamente, lo que va a llevar a que se constituya en mora.

En cuanto a la obligación principal estamos frente a una situación distinta, pues bien por un lado ésta puede ser pura y simple o por otro lado puede estar sujeta a modalidades de acuerdo a las reglas generales

Por lo tanto efectivamente puede tratarse de una obligación condicional, pero este carácter no va a provenir del hecho de haber sido caucionada con una cláusula penal, sino por la razón misma de que su exigibilidad depende del cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto cualquiera.

Cuando una obligación no esté sujeta a modalidad alguna, estaremos frente a una obligación pura y simple la misma que será exigible desde el momento en que se pactó.

DIFERENCIA DE LA CLAUSULA PENAL CON LAS ARRAS.

Arras: Suma de dinero o cualquier otra cosa mueble que entrega, al tiempo de celebrarse un contrato, una de las partes a la otra, con el fin de: 1) permitir que las partes, que han entendido no vincularse definitivamente con el contrato, puedan retirar mutuamente su consentimiento (forma de retractación). 2) Por el contrario, subrayar la firme concertación del contrato (medio de prueba. 3) (Por extensión) que valga como pago a cuenta del precio (medio de pago).⁴⁴

⁴³ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

⁴⁴ (Capitant, 1961)



Las arras son lo que una de las partes entrega a la otra, como señal de haber sido celebrado un contrato, como indemnización de perjuicios en el caso de un eventual incumplimiento o simplemente como un medio para facilitar el desistimiento de un contrato.

Como podemos observar en la definición expuesta las arras pueden consistir en una suma determinada de dinero o en cualquier objeto mueble, pero incluso pueden fundarse en cosas incorpóreas como los créditos.

Indistintamente de la finalidad con que se estipulen, lo que realmente caracteriza a las arras es la circunstancia de que suponen la entrega real y efectiva de la cosa sobre la cual recaigan, esto permitirá diferenciarlas de otras instituciones que realizan funciones similares como es el caso de la misma cláusula penal.

El artículo 1742 del Código civil regula la venta con arras.

Art. 1742.- [Venta con arras].- Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, 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.⁴⁵

Las arras al igual que la cláusula penal implican una sanción al incumplimiento, pues en el caso de que sea el comprador quien incumple perderá la seña que ha entregado, pero si es el vendedor el que no ha cumplido tendrá que devolverlas pero dobladas.

Las arras permiten que las dos partes puedan arrepentirse de la estipulación del contrato, lo que significa que de cierta manera otorga beneficio a ambas, la cláusula penal en cambio se establece de tal manera que exclusivamente reporta beneficio únicamente en el acreedor.

Por lo general las arras son una parte reducida o inferior al importe total de las obligaciones mientras que la cláusula penal usualmente tiene un valor patrimonial que sobrepasa al de la obligación principal.

⁴⁵ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



4.3 EXTINCION DE LA CLAUSULA PENAL.

La cláusula penal pierde su eficacia por los siguientes acontecimientos:

- a) EXTINCION DE LA CLAUSULA PENAL POR EXTINCION DE LA OBLIGACION PRINCIPAL A LA QUE ACCEDE
- b) EXTINCION DE LA PENA EN SI MISMA

EXTINCION POR VIA DE CONSECUENCIA.

Como de manera clara ya hemos expuesto con anterioridad el momento en que la obligación principal se extingue, también lo hace con ella la cláusula penal pues es un contrato con naturaleza accesoria, que no alcanzará a existir aislada de una obligación que tenga la calidad de principal a la cual accede.

Así mismo no tendrá razón de ser su existencia pues no podrá cumplir con su finalidad esencial que es la de generar temor en el deudor frente al cumplimiento de la obligación principal, pues esta última ya no existe.

A continuación expondré los principales modos por los cuales puede extinguirse una obligación principal, entre los que tenemos:

1) PAGO.

El Código civil en su artículo 1584 establece:

Art. 1584.- [Definición].- Pago efectivo es la prestación de lo que se debe.⁴⁶

Cuando el deudor ha cumplido con la obligación principal, la cláusula penal quedará extinguida, siempre y cuando el pago se haya realizado en el tiempo y lugar estipulados y que haya sido íntegro.

2) PAGO POR CONSIGNACION.

Partiremos del concepto de consignación que se encuentra señalado en el artículo 1615 del Código Civil:

⁴⁶ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Art. 1615.-[Definición de consignación].- Consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.⁴⁷

El pago por consignación otorga los mismos efectos que el pago efectivo, pues extingue la obligación principal y de esta manera extingue las obligaciones accesorias; y es justamente por esto que resulta aplicable a la cláusula penal pues una vez declarada como válida la consignación queda extinguido el derecho del acreedor.

3) NOVACION.

El Código Civil define a la novación de la siguiente manera:

Art. 1644.- [Definición].- Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida.⁴⁸

Cuando se da la novación de una obligación principal y es reemplazada por otra obligación, quedando extinguida, la cláusula penal se extingue también.

4) REMISION.

Si la parte acreedora haciendo uso de su derecho ha decidido perdonar al deudor del cumplimiento de la obligación principal previamente estipulada, se entenderá perdonada también la pena que la accede.

5) COMPENSACION.

El artículo 1671 del Código Civil determina el modo en que se efectúa la compensación.

Art. 1671.-[Modo de efectuarse].- Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.⁴⁹

⁴⁷ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

⁴⁸ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

⁴⁹ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



De esta manera, si la obligación principal queda extinguida por compensación, también se extinguirá la accesoria (cláusula penal).

En caso de que la compensación fuere parcial, la pena se extinguirá de igual manera de forma parcial, salvo cuando esta sea divisible, pues en este supuesto la cláusula penal se debe en forma íntegra.

6) CONFUSION.

El artículo 1681 de nuestro Código Civil señala:

Art. 1681.- [Requisitos y efectos].- Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y surte iguales efectos que el pago.⁵⁰

En el caso en el que una misma persona reúna las calidades de acreedor y deudor la deuda quedará extinguida y de esta manera se extinguirá también la cláusula penal.

7) TRANSACCION.

En el artículo 2348 se define a la transacción en el Código Civil ecuatoriano.

Art. 2348.- [Definición].- Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.⁵¹

Las partes tienen pleno derecho de llegar a un acuerdo mediante el cual se realizan concesiones recíprocas y de esta manera extinguir una obligación principal, y por ende quedará la cláusula penal también extinguida.

EXTINCION DE LA PENA EN SI MISMA.

Cuando el deudor se haya constituido en mora a causa del incumplimiento de la obligación principal y de esta manera deba efectivamente la cláusula penal, esta

⁵⁰ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

⁵¹ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



última asume todas las características de una obligación pura y simple y como consecuencia quedara sometida a las reglas generales en cuanto a la extinción de las obligaciones.

4.4 EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL.

La exigibilidad de la pena se refiere al momento en que el acreedor está en derecho y condiciones de demandar al deudor el cumplimiento de la pena, pues ha incurrido en la obligación de pagarla.

Para que la cláusula penal se vuelva exigible hay que tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) La inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor.
- b) Que el deudor haya sido constituido en mora.

A. INEJECUCION O RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL POR PARTE DEL DEUDOR.

Muchos autores sostienen, basándose esencialmente en principios lógicos del derecho como el de buena fe, que cuando el deudor pruebe que ha realizado todo lo que le fue posible para evitar el retardo o el incumplimiento, debería existir una imposición menos rigurosa de lo estipulado en la convención, liberándolo incluso de responsabilidad.

Para que la cláusula penal proceda es sin duda un requisito indispensable la imputabilidad a título de culpa o dolo.

Por lo tanto debe existir una obligación principal previamente pactada que el deudor haya incumplido o cumpliéndola la haya realizado de manera tardía, parcial o defectuosa.

Necesariamente esta circunstancia de inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación principal deberá ser imputable al deudor, siempre y cuando no se haya suscitado frente a un caso fortuito o de fuerza mayor, pues la pena se pacta en forma de castigo al deudor por su incumplimiento, es decir únicamente cuando la omisión es por culpa y negligencia suya; por lo que resultaría incoherente sancionar



al deudor al pago de la pena cuando el acreedor o un tercero ajeno al deudor, es quien ha causado la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación principal.

En modo de conclusión podemos aclarar que la cláusula penal se torna exigible cuando el incumplimiento o retardo en el cumplimiento es imputable al deudor, excepto en casos de fuerza mayor o caso fortuito.

B. QUE EL DEUDOR HAYA SIDO CONSTITUIDO EN MORA.

Definiéndola de manera sencilla, podemos decir que mora es el retardo en el cumplimiento de la obligación, es decir cumplir la obligación fuera del plazo pactado en la convención.

Para analizar esta circunstancia referente a la exigibilidad de la cláusula penal es necesario distinguir si la obligación principal es positiva o negativa.

1) LA OBLIGACION PRINCIPAL ES POSITIVA.

El primer inciso del artículo 1554 del Código Civil establece:

Art. 1554.- [Exigibilidad de la cláusula penal por mora].- 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.⁵²

Cuando la obligación principal tiene por objeto una cosa que el deudor debe dar (entregar un objeto o cuerpo cierto o pagar una suma determinada de dinero), o hacer (ejecutar una obra u otorgar un instrumento) la norma señala que el deudor incurre en la pena solamente cuando se ha constituido en mora.

No podrá exigirse el pago de la pena al deudor mientras no esté constituido en mora, pues de acuerdo a ley este es el momento en que deberá hacerse efectiva la cláusula penal.

Nuestro Código Civil no consagra reglas especiales que se refieran a la constitución en mora del deudor dentro de las obligaciones con cláusula penal, por lo que resultan aplicables las reglas generales establecidas en el artículo 1567.

⁵² (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Art. 1567.- [Mora deuditoria].- El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora.
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.⁵³

2) LA OBLIGACION PRINCIPAL ES NEGATIVA.

En este caso cabe indicar lo que establece el inciso segundo del artículo 1554 de nuestro Código Civil.

Art. 1554.- [Exigibilidad de la cláusula penal por mora].-

Si la obligación es negativa, el deudor incurre en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse.⁵⁴

Cuando la obligación principal es de no hacer, la pena se vuelve exigible desde el momento en que el deudor ha ejecutado aquella gestión que había convenido en no realizar.

En estas circunstancias no quedaría la menor duda del incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Si bien la obligación principal consiste en el hecho de que el deudor no deberá realizar un hecho determinado, resulta indiscutible que la pena se debe desde que realizó aquella acción que pacto no hacer.

Por lo tanto se considera el deudor en mora por el solo hecho de haber ejecutado lo que prometió no realizar.

Lo mencionado guarda relación con lo que consagra el Código Civil en su artículo 1573 respecto a la indemnización de perjuicios.

⁵³ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

⁵⁴ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Art. 1573.- [Efectos de la mora o de la contravención. Indemnización de perjuicios].- Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.⁵⁵

Para concluir el tema de la exigibilidad de la cláusula penal resulta de basta importancia analizar el artículo 1553 de nuestro Código Civil.

Art. 1553.- [Exigibilidad de la cláusula penal].- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo 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.⁵⁶

Ya hemos dejado claramente explicado que existe incumplimiento desde el momento en que no se ha satisfecho la obligación principal íntegramente, o cuando se ha satisfecho parcial o imperfectamente; pero esto no resulta suficiente pues como la disposición establece la solo llegada del plazo para el cumplimiento de la obligación principal no representa ya el incumplimiento pues es necesario que para este efecto el deudor sea constituido en mora.

El artículo 97 de nuestro Código de Procedimiento Civil establece, como uno de los efectos de la citación, el constituir al deudor en mora, pero en la práctica muchos jueces conservan el criterio de que previamente se debe constituir en mora al deudor, así por ejemplo en el caso de que se pretenda demandar el cumplimiento de un contrato de promesa de compra venta, primero se debe realizar el trámite de requerimiento, el mismo que consiste en que el notario(a) sentará el acta respectiva cuando el promitente vendedor no ha acudido o se ha opuesto a firmar la escritura de transferencia de dominio en el día y hora señalados, como interesados en iniciar una acción pondremos en conocimiento del juez competente dicha acta para que declare al deudor en mora.

⁵⁵ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)

⁵⁶ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



Una vez constituido en mora el deudor, no podrá el acreedor a un mismo tiempo exigir la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos de acuerdo a su convenio o decisión, salvo que con anterioridad se haya pactado que la pena se volverá exigible por el simple retardo, es decir sin necesidad de que el deudor se constituya en mora, o bien que previamente se haya estipulado que la obligación principal no quede sin efecto por el pago de la pena; de acuerdo a la norma en estos últimos casos se podrá exigir las dos cosas, entiéndase cláusula penal y obligación principal.

4.5 CLAUSULA PENAL ENORME.

Frente a la libertad que poseen las partes contratantes al momento de estipular el monto de la pena; la ley interviene para proteger los intereses del deudor cuando esa cantidad resulta excesiva.

La cláusula penal enorme se encuentra establecida en el artículo 1560 del Código Civil ecuatoriano.

Art. 1560.- [Reducción de la cláusula penal enorme].- Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.⁵⁷

Como podemos apreciar, para que la ley pueda precisar límites a la cláusula penal se requiere que se trate de contratos conmutativos en los que se generen obligaciones recíprocas entre las partes; y que sean también apreciables en dinero.

⁵⁷ (CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2011)



De esta manera, cuando la pena va más allá del doble de la obligación principal es cuando se considera que existe clausula penal enorme, consiguientemente el deudor podrá pedir que se rebaje el exceso; y así se podrá cobrar únicamente la pena o la pena conjuntamente con la obligación principal, siempre y cuando nunca se pague más que el doble de la obligación principal.

La disposición contempla dos excepciones, la primera en relación con el mutuo en que se tiene que pagar intereses para el caso de incumplimiento o de retardo en la ejecución de la obligación, en la cual dichos intereses en ningún caso podrán ser superiores al doble del valor de la obligación principal y siempre las partes deberán tomar en cuenta el máximo del interés convencional y legal permitido por la ley.

La segunda excepción se refiere a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, y en este caso se deja a libertad del juez moderar la pena en los casos en que de acuerdo a su prudencia creyere como enorme.



CAPITULO V

CASO PRÁCTICO

5.1 ANÁLISIS CASO PRÁCTICO



CAPITULO V

CASO PRÁCTICO

5.1 ANÁLISIS CASO PRÁCTICO.

Considero importante, incluir en este último capítulo un caso práctico para el correspondiente análisis, a través del cual podremos evidenciar varios de los temas estudiados con anterioridad, ya no desde una perspectiva teórica sino netamente práctica.

ANTECEDENTES:

En fecha 5 de Agosto de 2010, celebraron una escritura pública de promesa de compraventa por una parte y como promitentes compradores los cónyuges el señor Dr. Julio César Zúñiga Rocano y la señora Sirley Paquita Vega Aguilar, y por otra parte como promitente vendedor el Ing. Geovanni Guerrero, en su calidad de Gerente General de CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A.

El bien objeto de la promesa de compraventa era un consultorio signado con el número 110 que sería construido en la clínica antes señalada, el mismo que de acuerdo a la escritura debía ser entregado completamente terminado y por consiguiente efectuada la venta real por parte del promitente vendedor a los cónyuges promitentes compradores, en un año a partir de la celebración de la promesa, pudiendo adicionarse tres meses si existieran de por medio razones no imputables al promitente vendedor ya sean por fuerza mayor o caso fortuito.

El precio que se pacto fue de \$32.000.00 (treinta y dos mil dólares americanos), este fue cancelado íntegramente por los promitentes compradores el mismo día de la celebración de la escritura pública.

Establecieron una cláusula penal frente al posible desistimiento de una de las partes frente a lo convenido, en una cantidad de \$2000.00 (dos mil dólares americanos).

La minuta fue aceptada plenamente por los contratantes y fue elevada a escritura pública.

Una vez transcurrido el plazo que habían convenido las partes, el promitente vendedor no dio cumplimiento a la promesa de compraventa.



DEMANDA Y CONTESTACIÓN:

Con los antecedentes expuestos los cónyuges el señor Dr. Julio César Zúñiga Rocano y la señora Sirley Paquita Vega Aguilar demandan en trámite sumario al Ing. Geovanni Guerrero, en su calidad de Gerente General de CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A para que comparezca a celebrar la escritura pública en el día y hora que por el juez sea fijado, el demandado acude pero manifiesta que por motivos ajenos a la institución que representa no ha sido posible la celebración de la escritura de compraventa y reconoce que lo acotado por la parte actora es la verdad, por consiguiente la promitente vendedora CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A, fue declarada en mora.

De esta manera los cónyuges demandan en trámite ordinario al Ing. Geovanni Guerrero, en su calidad de Gerente General de CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A, solicitando que en sentencia se ordene lo siguiente:

1. La resolución del contrato de promesa de compraventa más el pago de daños y perjuicios.
2. La restitución del valor que fue cancelado y pactado en razón del consultorio objeto de la promesa, esto es \$32.000.00 (treinta y dos mil dólares americanos).
3. El pago de la cláusula penal por el incumplimiento de la promitente vendedora, por un valor de \$2000.00 (dos mil dólares americanos).
4. El lucro cesante a partir de la fecha en que debió ser entregado el consultorio.
5. Costas procesales y honorarios.

El Ing. Geovanni Guerrero, en su calidad de Gerente General de CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A presento las siguientes excepciones frente a la demanda propuesta en su contra:

1. Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho.
2. Plus petición.
3. Falta de personería activa.
4. Falta de personería pasiva.



5. Que se tome en cuenta cuales son las partes que realmente celebraron la promesa de compra venta.

Una vez que fue calificada la contestación a la demanda, el juez convocó a junta de conciliación en la misma que no se consiguió acuerdo alguno entre las partes por lo que se procedió a la apertura del término de prueba por diez días, cabe mencionar que en dicha etapa fueron aportadas por la parte actora principalmente el trámite de requerimiento mediante el cual la demandada fue constituida en mora acompañada del acta levantada por el notario de la no suscripción del contrato de compraventa, así como la reproducción de la escritura pública de promesa, con el fin de demostrar efectivamente el incumplimiento por parte de CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A.

RESOLUCIÓN:

En sentencia de primera instancia el juez de lo civil acepta la demanda propuesta por la parte accionante, posterior a la parte expositiva fundamenta su resolución tomando en cuenta lo siguiente:

- El pronunciamiento del Juzgado de la Civil favorable a la parte actora en el trámite de requerimiento y posterior constitución en mora de la parte demandada.
- Que la escritura pública de promesa de compraventa, cuya resolución se demanda, celebrada entre el señor Dr. Julio César Zúñiga Rocano y la señora Sirley Paquita Vega Aguilar con CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A, es válida y cumple con todos los requisitos que la ley exige para su eficacia.
- Que en los contratos bilaterales se encuentra inmersa la condición resolutoria tácita, por lo que una de las partes frente al incumplimiento de la otra tiene la facultad de demandar bien la resolución o bien el cumplimiento del contrato más indemnización de perjuicios.
- Que la cláusula penal para que pueda ser reclamada judicialmente requiere de la declaratoria en mora del contratante que incumplió.
- Que el Código Civil prohíbe demandar a un mismo tiempo la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios, salvo que con anterioridad se hubiere estipulado expresamente por las partes.

El Juez de lo Civil en la parte resolutoria de la sentencia ordena:



1. La resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Julio César Zúñiga Rocano y Sirley Paquita Vega Aguilar como promitentes compradores, y por CLINICA LA PAZ, CLINIPAZ S.A como promitente vendedora, celebrada el día 5 de Agosto de 2010.
2. La restitución inmediata de \$32.000.00 (treinta y dos mil dólares americanos) a cargo de la parte demandada, más los intereses legales a partir de la fecha de la constitución en mora; valor que fue cancelado por los demandantes el día de la celebración de la escritura pública de promesa.
3. El pago por la demandada de \$2000.00 (dos mil dólares americanos), que fueron estipulados previamente como cláusula penal.
4. El pago de costas a cargo de la parte demandada.

La parte demandada interpuso recurso de apelación sobre la resolución emitida por el juez de lo civil, la sala rechazó dicho recurso confirmando la sentencia impugnada en todas sus partes, señalando que la resolución de primer nivel es correcta pues la parte demandada no ha justificado su recurso.

La documentación concerniente al mencionado proceso se encuentra en los anexos de la presente.

ANÁLISIS:

En primer lugar, debemos tomar en cuenta, que previo a que la parte actora demande la resolución del contrato y con ello la ejecución de la cláusula penal, inició el respectivo trámite sumario de requerimiento con el objetivo de constituir en mora al demandado, el juez dentro de dicho trámite lo que hace es fijar un día y hora para que las partes comparezcan a una notaría a celebrar el contrato de compraventa que prometieron a través de escritura pública, en el supuesto de que uno de los promitentes no comparezcan o compareciendo se abstengan a la celebración de la compraventa, el juez procederá a declararlos en mora.

Lo mencionado encuentra su fundamento en los artículos previamente revisados, 1553 y 1554 del Código Civil que consagran la exigibilidad de la cláusula penal, pues el primero establece que el acreedor no podrá demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena si antes no ha constituido en mora al deudor, y a su



vez el segundo reza que el deudor no incurrirá en la pena mientras no haya sido constituido en mora.

Por lo que se concluye que solo cuando el juez constituya en mora al deudor, se podrá exigir judicialmente la ejecución de la cláusula penal.

Posteriormente, la parte actora demanda en trámite ordinario, entre otros, la resolución del contrato de promesa de compraventa, la restitución del valor cancelado, la indemnización de perjuicios y la ejecución de la cláusula penal, para los cuales es prueba fundamental la constitución en mora del deudor puesto que se pone en conocimiento pleno del juez el incumplimiento incurrido por la demandada.

En cuanto a la resolución dictada tanto por el juez de lo civil y luego ratificada íntegramente por la Sala Civil, la considero correcta y adecuadamente motivada, resultaría un tanto absurdo que la parte actora hubiera conseguido una respuesta desfavorable por parte del juez, pues por un lado estamos frente a una promesa de compraventa elevada a escritura pública que tiene validez íntegramente, ya que para su celebración fueron cumplidos todos los requerimientos legales, por otro lado, los trámites, tanto el sumario de requerimiento, como el ordinario incluyeron todos los requisitos que la ley consagra para su presentación, además el incumplimiento de la parte demandada se verificó claramente por medio de la constitución en mora, y tomando en cuenta que en la contestación a la demanda y en la parte probatoria la demandada no presento ningún argumento, excepción o prueba que esté encaminada a justificar su actuar o a desvirtuar las pretensiones de la parte actora.

Una de las pretensiones de la parte actora no fue concedida por parte del juez y es en la que solicita la indemnización de perjuicios, dentro de lo analizado en el primer capítulo de la presente está el artículo 1559 que se refiere a la pena e indemnización, estableciendo que no se podrá demandar a un mismo tiempo la cláusula penal y la indemnización de perjuicios salvo que se haya estipulado de esa manera expresamente, en el caso revisado no existió estipulación alguna frente a la posibilidad de demandar ambas a un mismo tiempo por lo que la decisión del juez fue acertada y dando cumplimiento a la ley.



CONCLUSIONES.

Una vez que hemos realizado un análisis completo de esta importante institución, como lo es la cláusula penal, partiendo desde su evolución histórica, conceptos y sus principales elementos, podemos desplegar las siguientes conclusiones:

- a) La cláusula penal es una institución del derecho privado que tuvo sus inicios en culturas muy antiguas y se ha ido desarrollando y perfeccionando a través del transcurso de los años, esencialmente encontramos su origen en el Derecho Romano en el que servía para garantizar el pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento de una obligación principal, en los casos en que no fuere obligatoria civilmente.
- b) La función natural de la cláusula penal es asegurar el cumplimiento efectivo y oportuno de una obligación principal, pues el deudor se someterá al pago de la pena previamente establecida en caso de que la incumpla, mientras que al acreedor le brindará seguridad, transformando la estipulación de la cláusula penal en una verdadera ventaja.
- c) En el derecho civil ecuatoriano la cláusula penal es un contrato accesorio que implica una evaluación anticipada realizada por las partes respecto de los daños y perjuicios a los que podrá dar lugar el incumplimiento de la obligación principal, cuando se trata de una cláusula penal compensatoria; o el retardo en la ejecución de la obligación principal, cuando se trata una cláusula penal moratoria.
- d) Nuestro Código Civil adopta el sistema del límite legal de la pena que se ha convenido, pues en el artículo 1560 señala las circunstancias que deben presentarse para considerar a la cláusula penal como enorme y excesiva, y estableciendo quien puede solicitar la reducción y hasta que monto deberá ser mermada.
- e) Para que la cláusula penal se torne exigible es indispensable que el deudor se haya constituido en mora, caso contrario el acreedor no podrá por ningún motivo o circunstancia reclamar judicialmente su cumplimiento; pero cuando



el deudor pruebe de manera clara que la inejecución no le es imputable o se debió a caso fortuito o fuerza mayor, éste quedara absuelto del cumplimiento de la pena.



RECOMENDACIONES.

Los estudiantes de Derecho, los profesionales del Derecho, los profesores universitarios, los asambleístas y todas aquellas personas que forman parte en el gran mundo jurídico, jamás deberíamos poner en tela de duda la vital importancia del derecho civil y sus instituciones dentro nuestro estudio y evolución profesional, pues intervienen ya sea directa o indirectamente en la gran mayoría de ramas y materias del Derecho; esto implica tener conocimientos bastos en el Derecho Romano pues es en esta cultura donde se ha dado origen prácticamente a todo el derecho privado como lo conocemos.

Deberíamos emplear una mayor investigación científica de la cláusula penal así como de cada una de las instituciones del derecho civil lo cual daría lugar a la obtención de doctrina propia, y dejar de una vez la cruel realidad nacional de que todas las instituciones jurídicas y cuerpos normativos no sean más que adaptaciones, recopilaciones copiadas de otros países y adaptadas sin el menor análisis a nuestra realidad, con lo cual se desencadenan un sin número de normas que deberían ser reformadas pues no satisfacen la resolución problemas actuales.

Tanto la cláusula penal como otras clases de convenciones encaminadas al aseguramiento de una obligación, deben tener por las partes contratantes un correcto manejo, dándoles el uso para el que realmente fueron creadas; con esto quiero manifestar que si bien va a generar beneficio en una de las partes, que en este caso sería el acreedor, no debe menoscabar los intereses de la otra, que sería el deudor; y en el caso de que esto llegare a suceder los administradores de justicia serán los encargados de corregir estos desperfectos a través de la correcta aplicación de la ley.



BIBLIOGRAFIA

CODIGO CIVIL ECUATORIANO. (2011). QUITO: CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.

Agliano, H. (1942). *Principios del Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones de Ciencias Economicas.

Alessandri, A. (1988). *Teoria de las Obligaciones*. Bogota: EDICIONES LIBRERIA DEL PROFESIONAL.

Avila, J. (2000). *La clausula penal en la legislacion ecuatoriana*. Cuenca : Universitario.

Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones I*. Buenos Aires: PERROT.

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario de Derecho Usual*. Buenos Aires: HELIASTA S.R.L.

Capitant, H. (1961). *Vocabulario Juridico*. Buenos Aires: Depalma.

Gonzales, R. L. (2003). *LA CLAUSULA PENAL Y SU RELACION CON LAS INDEMNIZACIONES*. CUENCA: CUENCA.

Morales Alvarez, J. (1995). *Teoria General de las Obligaciones* . Quito: PUDELECO Editores S.A.

Pothier, R. J. (1982). *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Urgiles Solorzano, R. (1991). *Obligaciones con Clausula Penal* . Cuenca.



ANEXOS

Escritura No.
ESCRITURA PÚBLICA DE PROMESA DE
COMPRAVENTA

OTORGADA POR:

CLINICA LA PAZ

A FAVOR DE:

DR. JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SRA

CUANTIA: \$ 32.000,00 usd

***** MS *****

En la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, república del Ecuador, A LOS CINCO DIAS DEL MES DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIEZ, ante mi, DOCTOR CHRISTIAN PALACIOS CARPIO, NOTARIO PUBLICO NOVENO SUPLENTE DEL CANTON CUENCA, SEGÚN OFICIO 1341-DPACJ-2010, DE FECHA 23 DE JULIO DE DOS MIL DIEZ, Comparecen a la celebración de esta escritura, por una parte y en calidad de promitentes vendedor el **ING. GEOVANNI GUERRERO S.**, en calidad de Gerente de CLINICA LA PAZ, según el nombramiento que se adjunta como habilitante; y, por otra parte en calidad de promitentes compradores los cónyuges **DR. JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR**; los comparecientes son ecuatorianos, mayores de edad, de estado civil casados ,domiciliados en esta ciudad de Cuenca, capaces ante la ley, a quienes por presentar la cédula de identidad de conocer doy fe, y luego de verificar la



libertad con que proceden así como, instruidos que han sido por mí el Notario respecto del objeto y resultado del presente instrumento, manifiestan que elevan a escritura pública el contenido de la siguiente minuta: **SEÑOR NOTARIO.-** En el Protocolo de Escrituras Públicas a su cargo, sírvase incorporar una que contiene un contrato de **PROMESA DE COMPRAVENTA** sujeta a las siguientes cláusulas: **PRIMERA.- COMPARECIENTES.-** Comparecen a la celebración de esta escritura, por una parte y en calidad de promitentes vendedor el **ING. GEOVANNI GUERRERO S.**, en calidad de Gerente de **CLINICA LA PAZ**, según el nombramiento que se adjunta como habilitante; y, por otra parte en calidad de promitentes compradores los cónyuges **DR. JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR**; los comparecientes son ecuatorianos, mayores de edad, de estado civil casados, domiciliados en esta ciudad de Cuenca, capaces ante la ley. **SEGUNDA.- ANTECEDENTES.-** La Clínica La Paz, es propietaria de un inmueble ubicado en la Avenida Viracochabamba de la parroquia Huayna Cápac de este cantón, adquirido por escritura de compraventa celebrada en la Notaría Segunda de este cantón, el siete de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, legalmente inscrita en el Registro de Propiedades, el nueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, bajo el número cinco mil setecientos doce. Inmueble sobre el cual se esta realizando una remodelación y construcción de nuevos consultorios. Cuyos planos y reglamento se encuentran en tramites de

aprobación municipal. TERCERA.- OBJETO: Con los antecedentes expuestos el promitente vendedor **ING. GEOVANNI GUERRERO** calidad de Gerente de CLINICA LA PAZ, prometen dar en venta real y perpetua enajenación con transmisión de dominio y posesión a favor de los cónyuges **DR. JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR**, quienes a su vez prometen comprar, el consultorio número CIENTO DIEZ, que tendrá un área de cuarenta y tres metros cuadrados, ubicado en el nivel de la primera planta alta de la edificación acutal. Con las especificaciones técnicas y acabados constantes del documento que se adjunta como habilitante a la presente promesa de compraventa. En caso de existir cambios en las especificaciones y terminados de la obra, estos deberán ser acordados y negociados en forma oportuna con los promotores, el costo se valorara en función del tipo de acabado por metro cuadrados global del consultorio, el promitente comprador, de ninguna manera se encuentra autorizado a intervenir en la construcción de la obra con personal o materiales de acuerdo a su criterio, sin que de por medio exista el acuerdo o autorización por escrito de los promotores de la obra, estos deberán ser plantillados y cobrados a los promitentes compradores de acuerdo a la magnitud y costo de los mismos por metro cuadrados. La venta se realizará con sus entradas y salidas, servidumbres activas y pasivas, usos y costumbres legales que le son anexos. CUARTA.- PRECIO.- Los promitentes compradores, pagarán al

promitente vendedor por el inmueble antes descrito la cantidad de **TREINTA Y DOS MIL DOLARES AMERICANOS**, valor que será en su totalidad el día de hoy a la firma de la presente escritura. La obra se entregará completamente terminada contando un año a partir del día de hoy cinco de agosto del dos mil diez. Adicionando tres meses de gracia a los promitentes vendedores. Si no se entrega dicho consultorio pagaran una multa de dos mil dólares americanos, al promitente comprador, este plazo puede ser prorrogado por razones no imputables al promitente vendedor ya se de fuerza mayor o caso fortuito. Las escrituras definitivas se firmarán cuando se realice la entrega material del bien. **QUINTA.- CLÁUSULA PENAL.-** En el caso de que una de las partes desistiere del presente contrato, en forma libre y voluntaria se impone una multa por la cantidad de **DOS MIL DOLARES AMERICANOS**, valor que pagara la parte que rescinda, a la que cumple con el contrato prometido. **SEXTA.- ACEPTACION.-** Las partes aceptan el contenido de la presente escritura en todas sus partes, por estar de acuerdo con sus intereses y estipulaciones. Usted señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo para la perfecta validez del instrumento a celebrarse. **ATENTAMENTE, DOCTOR EDUARDO PALACIOS SACOTO, ABOGADO CON MATRICULA PROFESIONAL NUMERO TRES MIL OCHENTA Y OCHO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL AZUAY.-** Hasta aquí la minuta que se agrega, los comparecientes hacen suyas las estipulaciones constantes en la minuta inserta, la aprueban

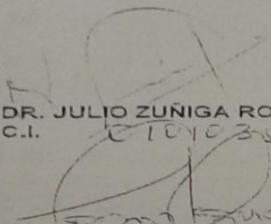
en to
escrit
les fu
se ra
cual

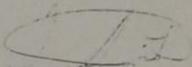
DR.
C.I.

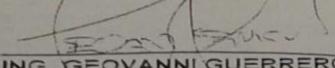
ING
C.I.

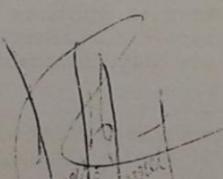


en todas sus partes y ratificándose en su contenido la dejan elevada escritura pública para que surta los fines legales consiguientes.- Leída que les fue, la presente escritura íntegramente a los otorgantes por mí el Notario se ratifican en su contenido y firman conmigo en unidad de acto de todo lo cual doy fe.-


DR. JULIO ZUÑIGA ROCANO
C.I. 0101030013

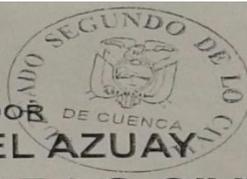

SRA. SIRLEY VEGA AGUILAR
C.I. 110189937


ING. GEOVANNI GUERRERO S.
C.I. 060243117-2



DR. CHRISTIAN PALACIOS CARPIO
NOTARIO NOVENO SUPLENTE
CUENCA - ECUADOR





 REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL DEL AZUAY
JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL

CUENCA

JUICIO No.: 935-12
 NATURALEZA: Sumario
 MATERIA: Celebración de Escritura Pública
 CUANTÍA: Indeterminada
 FECHA DE INICIO: 28-Sept-2012
 NÚMERO EN SEGUNDO NIVEL: _____
 NÚMERO DE CASACIÓN: _____
 CUERPO No.: 1

ACTOR

- (1) Julio César
- (2) Zúñiga Rocano;
- (3) Sirley Paquiza
- (4) Vega Aguilar

DEFENSOR DEL ACTOR

- Dr. (a) Alvaro Méndez Casilla No. 7.
- Dr. (a) _____ Casilla No. _____
- Dr. (a) _____ Casilla No. _____
- Dr. (a) _____ Casilla No. _____

DEMANDADO

- (1) Clinica La Paz
- (2) (Clinipaz S.A.)
- (3) (Ing. Giovanni Guerrero
- (4) Gerente)

DEFENSOR DEL DEMANDADO

- Dr. (a) _____ Casilla No. _____

TERCERÍAS O FUNCIONARIOS

- (1) _____
- (2) _____
- (3) _____
- (4) _____

DEFENSOR DEL TERCERISTA O FUNCIONARIO

- Dr. (a) _____ Casilla No. _____

JUEZ: Dr. Juli Palomeque Luna

2019
Ago 6

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DEL CANTÓN CUENCA

JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR
casados entre sí, de 59 y 53 años de edad en su orden, profesor universitario y jubilada,
ante usted respetuosamente conforme a derecho comparecemos y manifestamos:

Conforme a la documentación que acompañamos en la presente demanda, vendrá a su conocimiento que en fecha, cinco de agosto del año dos mil diez, ante el Dr. Christian Palacios Carpio, Notario Noveno Suplente de esta ciudad, celebramos escritura pública de Promesa de Compraventa con el Ing. Geovanni Guerrero Segarra, en calidad de Gerente General de la Clínica la Paz, CLINIPAZ SA como promitente vendedor y los comparecientes JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR como promitentes compradores, de un consultorio signado con el número ciento diez, que tendrá un área de cuarenta y tres metros cuadrados, en el nivel de la primera planta alta de la edificación en construcción, que se encuentra ubicado en La Clínica la Paz, en la Av. Viracochabamba, de la parroquia Huaynacapac, inmueble sobre el cual se estaba realizando una remodelación y construcción de nuevos consultorios.

Han transcurrido más dos años desde la suscripción de la escritura de promesa de compraventa, en los cuales por varias ocasiones hemos requerido al demandado el cumplimiento de dicha promesa y la firma de la escritura de compraventa, pero la misma no se ha realizado hasta la presente fecha. Es necesario precisar que los plazos convenidos en la promesa de compra venta, se encuentran fenecidos desde hace mucho tiempo atrás a la fecha.

Con estos antecedentes y en amparo del Art. 1567 del Código Civil DEMANDAMOS al Ing. Geovanni Patricio Guerrero Segarra, en su calidad de Gerente General de la Clínica la Paz, CLINIPAZ SA, y como tal su representante legal, judicial y extra judicial, para que se sirva señalar día y hora en donde deberá comparecer a celebrar Escritura Pública de Compraventa, el promitente vendedor bajo prevención de ser declarado en mora.

La cuantía es indeterminada.

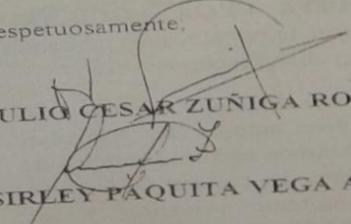
El trámite es sumario.

Al Ing. Geovanni Patricio Guerrero Segarra en calidad de Gerente General de la Clínica la Paz, CLINIPAZ SA se le citará en la Av. Viracochabamba, en el Edificio de la Clínica la Paz, de esta ciudad de Cuenca para lo cual brindaremos las facilidades del caso.

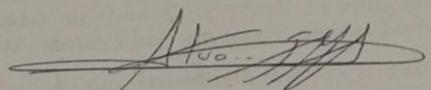
Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en la casilla judicial número 733 y autorizamos al Doctor Álvaro J. Méndez Álvarez para que presente cuanto escrito sea necesario para la defensa de nuestros intereses.



Para los fines legales pertinentes se oficiara al señor Notario Noveno del Cantón Cuenca.
Respetuosamente,


JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO

SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR


Dr. Alvaro J. Méndez Alvarado
ABOGADO
Matricula N° 2756



En la ciudad de Cuenca, el día de hoy **VEINTE Y DOS DE OCTUBRE DE DOS MIL DOCE**, siendo las quince horas treinta minutos, en el despacho de la Notaría Novena, del cantón Cuenca, a cargo del **DOCTOR EDUARDO PALACIOS MUÑOZ**, comparecieron los señores cónyuges **JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO** y **SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR**; y, el **ING. GEOVANNI PATRICIO GUERRERO SEGARRA** en su calidad de Gerente General de **Clínica La Paz Clinipaz S.A.**, con el objeto de dar cumplimiento a la disposición contenida en la providencia de fecha veinte y siete de septiembre de dos mil doce, a las 09h23, dictada por el señor Juez Temporal Segundo de lo Civil de Cuenca, esto es la celebración de la escritura definitiva de compraventa, entre los comparecientes. En este estado solicito se le conceda la palabra al **ING. GEOVANNI PATRICIO GUERRERO SEGARRA** en su calidad de Gerente General de **Clínica La Paz Clinipaz S.A.**, quien manifiesta que por motivos ajenos a la voluntad de la Institución que representa no ha sido posible la celebración de la escritura de compraventa definitiva, aceptando dicho requerimiento por parte del actor ya que lo manifestado es verdad. Se concluye la presente diligencia firmando los comparecientes en junta del suscrito Notario todo en unidad de acto de todo cuanto doy fe.-

Diego
10

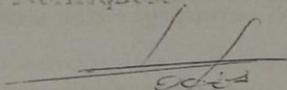
110189957-1 2101031053 **EDUARDO PALACIOS MUÑOZ**

[Signature]

935-12

Cuenca, noviembre 7 de 2012, las 08h09.

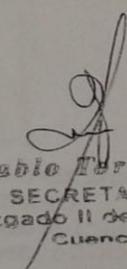
VISTOS: Atendiendo el escrito de Julio Cesar Zuniga y otra, por haber sido presentado oportunamente se reforma la providencia inmediata anterior por la siguiente: Atendiendo el escrito de Julio Cesar Zuniga Rocano y Sirley Paquita Vega Aguilar, agregase al proceso el Acta Notarial remitida por la Notaria Novena del canton Cuenca, por lo que en vista de su contenido se DECLARA EN MORA a la prominente VENDEDORA Clinica La Paz. Notifiquese.



DR. CESAR PALACIOS MONTINILLA
JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL DE CUENCA

En Cuenca, miércoles siete de noviembre del dos mil doce, a partir de las once horas y catorce minutos, mediante boletas judiciales notifiqué con la providencia que antecede a VEGA AGUILAR SIRLEY PAQUITA, ZUNIGA ROCANO JULIO CESAR, en la casilla No. 733 del Dr./Ab. MENDEZ ALVAREZ ALVARO JAVIER. No se notifica a CLINIPAZ S. A por no haber señalado casilla. Certifico:

ALBARRACINE



Dr. Pablo Torres Bario
SECRETARIO
Juzgado II de lo Civil
Cuenca



510-13

REPÚBLICA DEL ECUADOR

FUNCIÓN JUDICIAL DEL AZUAY

JUZGADO SÉPTIMO DE LO CIVIL

1142-2012

JUICIO N°: _____

NATURALEZA: Ordinario

MATERIA: Resolución de Contrato

CUANTIA: 50.000 00

FECHA DE INICIO: 28-11-12

NÚMERO EN SEGUNDO NIVEL: _____

NÚMERO DE CASACIÓN: _____

CUERPO N°: 1

CUENCA

1142-2012

ACTOR		DEFENSOR DEL ACTOR	
1) <u>Julio Cesar Zúñiga</u>	Dr. (a) <u>Álvaro Méndez</u>	Casilla N° <u>733</u>	
2) <u>Roncano y Sirley</u>	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	
3) <u>Paquita Vega Aguilar</u>	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	
4) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	

DEMANDADO		DEFENSOR DEL DEMANDADO	
1) <u>Clinica la Paz</u>	Dr. (a) <u>William Barros</u>	Casilla N° <u>597</u>	
2) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	
3) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	
4) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	

TERCERÍAS O FUNCIONARIOS		DEFENSOR DEL TERCERISTA O FUNCIONARIO	
1) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	
2) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	
3) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	
4) _____	Dr. (a) _____	Casilla N° _____	

7C

Cuenca 14
1129C

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DEL CANTÓN CUENCA

JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR, casados entre sí, de 59 y 53 años de edad en su orden, profesor universitario, ante usted respetuosamente conforme a derecho comparecemos y manifestamos:

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Conforme a la documentación que acompañamos en la presente demanda en certificadas, vendrá a su conocimiento que en fecha, cinco de agosto del año dos mil diez, ante el Dr. Christian Palacios Carpio, Notario Noveno Suplente de esta ciudad, celebramos escritura pública de Promesa de Compraventa con el Ing. Geovanni Guerrero Segarra, en calidad de Gerente General de la Clínica la Paz, CLINIPAZ SA como promitente vendedor y los comparecientes JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANO Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR como promitentes compradores, de un consultorio cuyos antecedentes y demás especificaciones constan en dicha Escritura Pública de Promesa de Compraventa, pactándose como precio el valor de TREINTA Y DOS MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD \$ 32.000,00) el cual fue cancelado en su totalidad al momento de la celebración de dicha promesa.

De la misma documentación se apreciara, que se procedió a constituir en mora a la demandada CLINICA LA PAZ CLINIPAZ S.A., al no haber comparecido a celebrar Escritura Pública de Compraventa definitiva, en la Notaria Novena, en la fecha y hora señalada, por el Juez Segundo de lo Civil del Cantón Cuenca, por lo que acudimos a Vuestra Autoridad ya que este incumplimiento nos ha ocasionado grandes daños y perjuicios económicos, pues no nos ha sido posible utilizar el consultorio médico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y PRETENCION:

Con estos antecedentes y en vista de que la promitente vendedora, CLINICA LA PAZ CLINIPAZ SA., libre y voluntariamente se comprometió a perfeccionar dicho contrato, al no haber cumplido con la obligación contraída y por ello haber sido constituida en mora conforme consta en las copias certificadas adjuntas, acudo ante su Autoridad y con fundamento en lo dispuesto Art. 1568, 1569 numeral dos y 1572 y demás pertinentes del Código Civil, demandamos al ING. GEOVANNI PATRICIO GUERRERO SEGARRA en calidad de Gerente General de la CLINICA LA PAZ CINIPAZ S.A., y como tal su representante legal, judicial y extra judicial, para que en sentencia se ordene:

- 1.- La Resolución del Contrato de Promesa de Compraventa; con el consecuente pago de daños y perjuicio.
- 2.- La restitución de los TREINTA Y DOS MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD \$ 32.000,00), que fue el precio pactado y pagado por

los comparecientes en dicho negocio jurídico, a los cuales se sumara los intereses de ley.

3 - El pago de la suma de Dos Mil Dólares 00/100 de los Estados Unidos de America (\$ 2 000,00), establecidos en la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa celebrado entre las partes, como cláusula penal,

4 - El pago del lucro cesante desde la fecha en la cual se nos debió entregar el consultorio médico en la mencionada clínica, hasta su total cancelación; esto lo reclamamos en virtud de que la profesión de nuestra hija para la cual se compro dicho consultorio es Licenciada en Nutrición, lo que se probara en la etapa procesal pertinente en razón del canon arrendaticio que corresponde a un consultorio médico en una de las clínicas privadas de la ciudad y las adecuaciones y molestias que se han ocasionado por no poder ocupar el inmueble que se pretendía adquirir.

5 - El pago de las costas procesales en las cuales se incluirá los honorarios de mi abogado defensor.

CUANTIA Y TRAMITE:

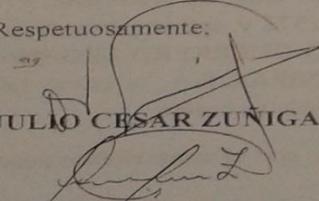
La cuantia de la presente demanda la fijamos en la suma de CINCUENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA de conformidad con los rubros reclamados.

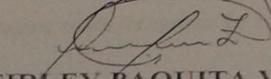
El trámite a seguir en la presente causa es el Ordinario.

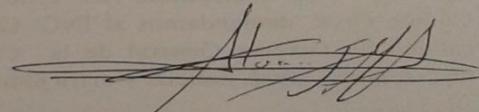
Al Ing. Geovanni Patricio Guerrero Segarra en calidad de Gerente General de la Clínica la Paz, CLINIPAZ SA se le citará en la Av. Viracochabamba, en el Edificio de la Clínica la Paz, de esta ciudad de Cuenca para lo cual brindaremos las facilidades del caso.

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en la casilla judicial número 733 y autorizamos a los Doctores Álvaro J. Méndez Álvarez y Jorge H. Méndez Calle, para que presente cuanto escrito sea necesario para la defensa de nuestros intereses.

Respetuosamente,


JULIO CESAR ZUNIGA ROCANO


SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR


Dr. Alvaro J. Méndez Álvarez
ABOGADO

Matrícula N° 2756

JUICIO NUMERO 1142-2012

SEÑOR JUEZ SÉPTIMO DE LO CIVIL

GEOVANY PATRICIO GUERRERO SEGARRA, Ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil casado, de profesión ingeniero, domiciliado en la ciudad de Cuenca, quien comparezco en mi calidad de Gerente General de la compañía CLINICA LA PAZ CLINIPAZ S.A.; dentro de la demanda ordinaria planteada en contra de la compañía que represento por los señores JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANA Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR, ante Usted acudo y manifiesto:

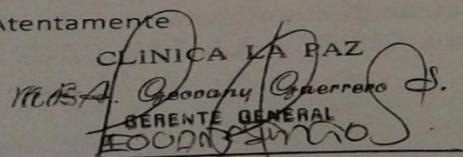
Las notificaciones que me corresponda en la calidad que comparezco las recibiré en la casilla judicial número 597 y Autorizo a los abogado Willian Barros Arias, y Johanna Ormaza Pesantez, a afirma en forma conjunta o por separado los escritos necesario en el presente proceso.

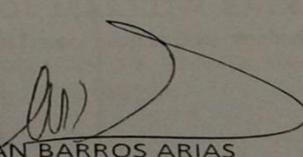
En lo principal, Señor Juez, deduzco las siguientes excepciones a esta mal interpuesta demanda seguida en contra de la compañía CLINICA LA PAZ CLINIPAZ S.A.

- 1.- Niego los fundamentos de hecho y de derecho
- 2.- Plus petición de los demandantes
- 3.- Falta de personería activa
- 4.- Falta de personería pasiva.
- 5.- La promesa de compra venta que menciona los demandantes se realizo entre la compañía CLINICA LA PAZ CLINIPAZ S.A. y los señores JULIO CESAR ZUÑIGA ROCANA Y SIRLEY PAQUITA VEGA AGUILAR, sin que se estipule en ninguna parte de promesa de compraventa a otra persona.

Estas deducciones se tomaran unas en subsidio de otras

Atentamente

CLINICA LA PAZ
MBA. Geovanny Guerrero S.
GERENTE GENERAL

ING. GEOVANNY GUBRRERO SEGARRA.
GERENTE


ABG. WILLIAN BARROS ARIAS
MAT # 1227 C.A.A.

JUZGADO SÉPTIMO DE LO CIVIL DE CUENCA. 1142-12

Cuenca, 19 de abril de 2013; las 08h05.

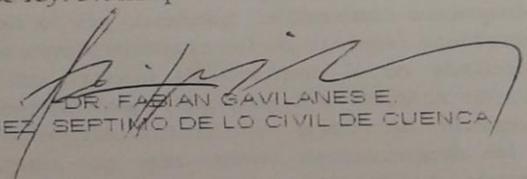
VISTOS. A fojas catorce comparecen Julio César Zúñiga Rocano y Sirley Paquita Vega Aguilar, consignan sus generales de ley, adjunta copia certificada de un trámite por el cual se le declara en mora por falta de cumplimiento de un contrato de promesa de compraventa a la Clínica La Paz CLINIPAZ S.A. Manifiestan que por dicho contrato de promesa de compraventa, la compañía demandada, les han prometido dar en venta un consultorio de las características que describen, ubicado en la primera planta alta del inmueble denominado Clínica La Paz, sin que haya procedido a realizar la transferencia de dominio del bien objeto de la promesa de compraventa, que a su vez han prometido comprar, por lo que han concurrido a la instancia pertinente, el Juzgado Segundo de lo Civil de Cuenca, instancia en la que luego del trámite respectivo, ha dispuesto su comparecencia a la Notaría, sin que se haya procedido a suscribir la escritura traslativa de dominio objeto del contrato de promesa de compraventa, por lo que le ha declarado en mora a dicha demandada, y han sido llamados a juicio. Que a la celebración del contrato referido, ha entregado la suma de treinta y dos mil dólares, que ha sido el precio pactado por el mismo, habiendo estipulado además que la parte que incumplía el contrato, pagará una multa de dos mil dólares a favor de la otra. Con estos antecedentes, invoca los artículos 1551, 1552 inciso segundo, 1553 y 1554 del Código Civil y demanda a la Clínica La Paz CLINIPAZ S. A., en la persona su gerentes y por lo mismo, su representante legal, en la vía ordinaria la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes; la devolución de la suma de treinta y dos mil dólares entregados a la promitente vendedora, más el pago de los intereses legales desde la citación con la demanda; el pago de la suma de dos mil dólares estipulado entre las partes como cláusula penal; el pago del lucro cesante y daño emergente por la no entrega oportuna del consultorio, desde la fecha en que se debió entregar el local objeto de la promesa de compraventa, y el pago de las costas procesales, entre las que se incluirán los honorarios del defensor. Aceptada la demanda a trámite propuesto, se ha mandado citar a la incoada, que comparece a trámite a través de su representante legal ingeniero comercial GEovany Patricio Guerrero Segarra, quien, tras negar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, alega plus petición, falta de personería activa y falta de personería pasiva. Trabada en estos términos la litis, se ha convocado a junta de conciliación, en la que no hay avenimiento que ponga fin a la controversia, por ser contrapuestas las pretensiones. Concedido el término de prueba, se han practicado las solicitadas; el estado procesal es el de resolver, para lo que se considera: PRIMERO. No hay omisión de formalidad alguna que vicie el procedimiento, siendo éste válido; SEGUNDO. Es obligación de las partes probar los hechos propuestos afirmativamente en juicio, excepto lo que se presume conforme a ley; cada parte puede presentar pruebas que desvirtúen las alegaciones de la otra (Art. 113 y 114 CPC); TERCERO. En la etapa de probanzas, el actor reproduce lo favorable de autos, en especial se refiere a la documentación presentada, trámite de requerimiento realizado en el Juzgado Segundo de lo Civil de Cuenca por el que se le declaró en mora, así como el acta que levanta el notario noveno suplente de Cuenca, que da fe de la no suscripción de

la escritura traslativa de dominio del bien prometido en venta por la demandada, y que los actores prometieron comprar (fs. 20); reproducen la escritura de promesa de compraventa; solicitan que con intervención pericial se determine el monto de lo que tuvieron que pagar por concepto de arriendo del consultorio que se vieron precisados a contratar, por la falta de entrega del objeto de la promesa de compraventa, determinando dicho auxiliar un monto que por ese concepto los demandantes tendrían que pagar, por el tiempo en que la promitente vendedora ha estado en mora respecto de los promitentes compradores; finalmente solicitan inspección judicial al bien prometido daries en venta por la demandada, encontrando la Judicatura en dicha diligencia que las obras se realizan en la parte posterior a la actual edificación de la demandada, señalado su defensor que al término de dichas obras, se emprenderá en la remodelación del actual quirófano, en el que se emplazará el consultorio objeto de la promesa de compraventa. CUARTO. La litis se trata con las pretensiones de la parte actora: resolución del contrato de promesa de compraventa, la devolución del dinero entregado como pago del precio pactado y el pago de lo estipulado en la cláusula penal del mismo, el pago del lucro cesante y del daño emergente por la no entrega oportuna del consultorio objeto de la promesa de compraventa, las costas procesales y honorarios de la defensa, y las excepciones del demandado: negativa de los fundamentos de la demanda, que solamente revierte la carga de la prueba al actor; plus petición, falta de personería activa y falta de personería pasiva. En este contexto, analizadas las pruebas y las excepciones, se tiene: UNO. El primero y principal argumento de los demandantes es la falta de cumplimiento de lo estipulado con la ahora demandada en el contrato de promesa de compraventa, tan es así que manifiesta y justifica conforme a derecho haber requerido dicho cumplimiento a través del estamento llamado por la ley a hacer valer su derecho, el respectivo Juzgado de lo civil del domicilio de la demandada, habiendo obtenido pronunciamiento favorable a su pretensión, como es la declaratoria de mora de la demandada, que no obstante haber comparecido a la notaría a la suscripción de la respectiva escritura traslativa de dominio, conforme aparece en el acta que al efecto ha levantado el titular de la notaría asignada para su materialización, señala que por razones ajenas a su voluntad, no puede suscribir la referida escritura (fs. 10), aceptando la veracidad de las alegaciones de los demandantes. Nótese que manifiesta la imposibilidad de otorgar la escritura, que bien pudo haberlo hecho, concertando para más adelante, previas ciertas condiciones, la entrega del bien objeto de la promesa de compraventa; DOS. El contrato de promesa de compraventa, por el que una de las partes se compromete a comprar a otra, que promete vender una cosa debe cumplir los requisitos que establece la ley sustantiva (Art. 1570 CC); en la especie, el contrato de promesa de compraventa cuya resolución se demanda cumple los requisitos que determina el precepto mencionado, esto es, se ha celebrado por escritura pública, al tratarse de un bien inmueble; no constituye un contrato de aquellos que la ley declara ineficaces; contiene un plazo para su ejecución; y, se encuentra debidamente especificado el bien prometido en compraventa; TRES. Por un contrato en general, una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (Art. 1454 CC); por el contrato de promesa de compraventa, las obligaciones constituyen, por una parte, comprar una cosa, y por otra, vender la misma, cumplidos los requisitos formales, como ya se mencionó en el número anterior de este considerando; CUATRO. En los contratos

Qu 57

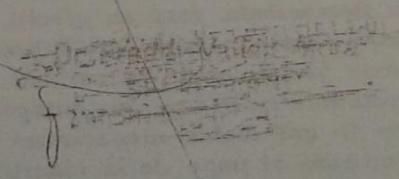
bilaterales, es decir en aquellos en los que las dos partes obtienen beneficio, como lo es en efecto el de promesa de compraventa, va envuelta la condición resolutoria tácita, por la que, de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, al otro le asiste la facultad de pedir, a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del mismo, con indemnización de perjuicios (Art. 1505 CC); CINCO. La cláusula penal prevista en el artículo 1551 del Código Civil es aquella por la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo, en beneficio del otro contratante, en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar injustificadamente su cumplimiento, empero, para su reclamación, es necesario que se haya constituido en mora al contratante incumplido (artículos 1553 y 1554 CC), siendo a su vez facultad del acreedor demandar la indemnización de perjuicios o la pena (Art. 1559 CC); QUINTO. En el caso sometido a consideración de esta Judicatura, al amparo de los preceptos legales señalados en el considerando anterior por el actor, se tiene que en efecto entre los justiciables se ha suscrito un contrato de promesa de compraventa de un bien de aquellos que requieren escritura pública, que no es de aquellos que la ley declara ineficaces, que tiene un plazo de cumplimiento y está especificado; que luego del trámite de requerimiento, ha sido declarado el promitente vendedor en mora, por el Juzgado Segundo de lo Civil de Cuenca, en razón de su falta de cumplimiento de su obligación contractual, habiendo por lo tanto el actor observado lo que la ley sustantiva establece respecto de los requisitos para exigir el cumplimiento de la cláusula penal estipulada en el contrato de marras, así como todos los demás requisitos que la misma ley sustantiva exige para la procedencia de la acción, sin que la demandada haya conseguido desvirtuar los hechos alegados y consecuentemente el derecho invocado por los demandantes, cuanto más que ninguna prueba actúan en la respectiva etapa probatoria, limitándose a manifestar que el contrato cuya resolución ahora se impetra, ha sido suscrito con los demandantes, sin que haya intervenido una tercera persona, como se hace aparecer tanto en la demanda como en la pericia realizada por el auxiliar que interviene. Se tiene además que la demandada alega plus petición, lo cual corrobora la procedencia de la acción, al reconocer la incoada que si debe dinero a los demandantes, pero no en el monto que se reclama. Finalmente, la alegación de falta de personería activa y pasiva se refiere a que tanto actores como demandados no están habilitados para comparecer a juicio, alegación que respecto de los actores carece de fundamento jurídico ya que en el contrato escriturario cuya resolución se demanda, el notario que la autoriza manifiesta que éstos son plenamente capaces ante la ley, capacidad que no se ha objetado, y menos demostrado en la especie. Respecto de la falta de personería de la demandada, ésta en efecto, por tratarse de una persona jurídica, y por lo mismo relativamente incapaz de comparecer a juicio sin el ministerio de otra, lo hace precisamente justificando la calidad de representante legal, con nombramiento asimismo legalmente emitido y que cumple con las formalidades que la ley prevé para su validez, por lo que dichas alegaciones carecen de sustento jurídico; SEXTO. En la especie se demanda el pago de la cláusula penal, y el pago del daño emergente y lucro cesante provocados por el incumplimiento del promitente vendedor, que son los elementos que conforman los daños y perjuicios; empero, el artículo 1569 del C. Civil imperativamente prohíbe demandarse a un tiempo la pena y la indemnización de daños y perjuicios, a no ser que se hubiere estipulado expresamente;

en la especie, se ha estipulado solamente el pago de la pena (cláusula penal) para el caso de incumplimiento, mas no el pago de daños y perjuicios, por lo que dicho reclamo es improcedente. Por estas consideraciones, y porque el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y además por el principio de la seguridad jurídica recogido en la Carta Magna de los ecuatorianos (artículos 169 y 82 de la Constitución), fundamentado en el respeto a la misma Carta Mayor, y en la existencia de normas claras, previas, publicas y aplicadas por autoridad competente, el Juzgado Séptimo de lo Civil de Cuenca, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", acepta la demanda y declara la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Julio César Zuñiga Rocano y Sirley Paquita Vega Aguilar como promitentes compradores, y por Clínica La Paz CLINIPAZ S. A., como promitente vendedora, autorizada en la Notaria Novena de Cuenca el 5 de agosto de 2010. Se dispone además que la demandada restituya en forma inmediata la suma de treinta y dos mil dolares entregados como pago del precio por los promitentes compradores, mas los intereses legales a partir de la fecha de declaratoria en mora y que se liquidarán pericialmente, así como el pago, por la demandada, de la suma de dos mil dolares estipulados como cláusula penal en el contrato cuya resolución se declara. Con costas a cargo de la demandada; se fija en mil quinientos dólares los honorarios de la defensa de los actores. Ejecutoriada esta sentencia, notifíquese al señor Notario Noveno de Cuenca, para los fines de ley. Notifíquese.


DR. FASLAN GAVILANES E.
JUEZ SEPTIMO DE LO CIVIL DE CUENCA

En Cuenca, viernes diecinueve de abril del dos mil trece, a partir de las ocho horas y diecisiete minutos, mediante boletas judiciales notifique con el auto que antecede a: VEGA AGUILAR SIRLEY PAQUITA, ZUÑIGA ROCANO JULIO CESAR en la casilla No. 733 y correo electrónico ajmenendez29@hotmail.com del Dr./Ab. MENDEZ ALVAREZ ALVARO JAVIER . GUERRERO SEGARRA GEOVANNI PATRICIO en la casilla No. 597 y correo electrónico williambarrosarias@hotmail.com del Dr./Ab. BARROS ARIAS WILLIAM JORGE . No se notifica a CLINICA LA PAZ CINIPAZ S.A por no haber señalado casilla. Certifico:

CUEVAF



cuanto y cinco - 55 - #

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, LA SEGUNDA SALA CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY

510-13

JUEZ PONENTE: Dr. José Vicente Andrade Vélez

Cuenca, 23 de Septiembre de 2013; las 08h20

VISTOS: Los señores Julio César Zúñiga Rocano y Sirley Paquita Vega Aguilar demandan en la vía ordinaria la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado con el Ing. Geovanny Guerrero Segarra, en su calidad de Gerente General de la Clínica LA PAZ, con el pago de los daños y perjuicios; la devolución de 32.000 dólares que fue el precio pactado y pagado más los intereses de ley; el pago de 2.000 dólares establecido como cláusula penal en el contrato; además, el pago del lucro cesante, más costas y honorarios. Concluido el trámite, el Dr. Fabián Gavilanes E., Juez Séptimo de lo Civil del Azuay con competencia en el cantón Cuenca, en sentencia acepta la demanda y declara la resolución del contrato de compraventa, la restitución de 32.000 dólares entregados como pago del precio por los promitentes compradores más los intereses legales "a partir de la fecha de declaratoria en mora" y el pago de 2.000 dólares establecido como cláusula penal, más costas y honorarios. Esta sentencia es apelada por el demandado y el conocimiento del recurso le ha correspondido a esta Sala, la que previo resolver considera: **PRIMERO:** La Sala tiene competencia para conocer y resolver el presente caso por el sorteo realizado y lo dispuesto en los Arts. 323 del Código de Procedimiento Civil y 208 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **SEGUNDO:** De la revisión del expediente no se observa omisión de solemnidades o violaciones al trámite correspondiente a la naturaleza de la causa que puedan influir en su decisión, por lo que se declara válido lo actuado.- **TERCERO:** El señor Juez a quo fundamenta su resolución en los siguientes términos: Hace referencia al Art. 1454 del Código Civil sobre los contratos, al Art. 1505 del mismo Código sobre la condición resolutoria tácita en caso de incumplimiento; también a los Arts. 1551, 1553, 1554 y 1559 sobre la cláusula penal, Afirma que en este caso se ha firmado un contrato de promesa de compraventa que debe realizarse por escritura pública y que requerido el promitente vendedor ha sido declarado en mora por el señor Juez Segundo de lo Civil de Cuenca, habiendo por lo tanto el actor observado los requisitos para exigir el cumplimiento de la cláusula penal establecida en el contrato y los establecidos en la ley para la procedencia de la acción. Considera que la parte demandada no ha podido

desvirtuar los hechos alegados, sin actuar ninguna prueba, limitándose a manifestar que ha suscrito el contrato con los demandantes y alegar plus petición; además, alega falta de personería activa y pasiva, lo cual contradice lo expresado por el notario de que son personas plenamente capaces. Indica que se demanda el pago de la cláusula penal y del daño emergente y lucro cesante que conforman los daños y perjuicios, pero el Art. 1569 del Código Civil impide demandar las dos cosas al mismo tiempo a menos que existe estipulación expresa, pero en el contrato sólo está previsto el pago de la cláusula penal.- **CUARTO:** Los demandados impugnan la sentencia y en esta instancia exponen los siguientes argumentos: a. Que el perito no ha determinado con exactitud cuál es el bien que se prometió vender, ni el estado actual del mismo. b. Que no se ha establecido el plazo de entrega del bien. Y, c. Que se ha ordenado que los intereses se paguen desde la fecha de celebración del contrato y no desde la fecha en que "se estableció la mora del demandado".- **QUINTO:** El Art. 269 del Código de Procedimiento Civil establece que la sentencia es la decisión del Juez sobre los asuntos principales del juicio y, el Art. 273 del mismo Código, que la sentencia debe resolver únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis. En el presente caso, del análisis de la sentencia impugnada y de los puntos a los que contrae el recurso la parte demandada, se llega a las siguientes conclusiones: 1) El Art. 113 del Código de Procedimiento Civil establece que el actor debe probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo. En el presente caso, los actores, como prueba principal, presentan el contrato de promesa de compraventa de un consultorio en la Clínica LA PAZ, celebrado el 05 de agosto del año 2010; expresamente se señala que la obra se entregará "completamente terminada contando un año a partir del día de hoy cinco de agosto del dos mil diez", con tres meses de gracia, en caso contrario pagará la multa de 2.000 dólares al promitente comprador; se indica que podrá prorrogarse el plazo por fuerza mayor o caso fortuito. Y el requerimiento realizado por orden judicial, constando la razón notarial de fs. 10 en la que el Ing. Guerrero, Gerente General de la Clínica LA PAZ manifiesta que por motivos ajenos a su voluntad no ha sido posible celebrar la escritura de compraventa "aceptando el requerimiento por parte del actor ya que lo manifestado es verdad". También presentan prueba testimonial sobre la profesión de una de sus hijas que utilizaría el consultorio en la Clínica LA PAZ. Además, solicitan un reconocimiento pericial para que se establezca el monto de un canon arrendaticio en un inmueble como el que ha sido materia del contrato de promesa de compraventa; y una inspección judicial para observar el estado del consultorio ofrecido en venta. 2) El

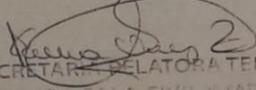
1.21
cuanto y más - 56 - 4

referido Art. 113 del C. de P. Civil establece que el reo debe probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. La parte demandada contesta la demanda proponiendo las siguientes excepciones: Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho; plus petición; falta de personería activa y pasiva; y alega que la promesa de compraventa se ha realizado entre la Clínica LA PAZ y los actores "sin que se estipule en ninguna parte de promesa de compraventa a otra persona". En la prueba la parte demandada reproduce lo favorable e impugna lo adverso; impugna a los testigos de los actores; y, reproduce el contrato de promesa de compraventa en el que no consta el nombre de otra persona a más de los actores. 3) De lo expuesto se concluye que la parte demandada ha señalado los puntos a los que se contrae su recurso, delimitando de esa manera la controversia por la que se abre esta instancia. Y que la Sala considera que no son procedentes por las siguientes razones: En el punto uno se afirma que no se ha determinado con exactitud el bien prometido en venta; sin embargo, en el contrato se especifica que se trata del "consultorio CIENTO DIEZ" con su respectiva área, que además ha sido reconocido en la inspección judicial. El punto dos se refiere a que no se ha establecido plazo de entrega; pero, en el contrato se indica lo siguiente: "La obra se entregará completamente terminada contando un año a partir del día de hoy cinco de agosto del dos mil diez", adicionando inclusive un plazo de gracia. Y en el punto tres se afirma que se ha ordenado el pago de intereses desde la fecha de celebración del contrato "cuando lo correcto es de que el pago de intereses debería ser computado desde la fecha que se estableció la mora del demandado"; sin embargo, en la sentencia consta en forma textual lo siguiente: "más los intereses legales a partir de la fecha de declaratoria en mora". 4) En conclusión, la sentencia de primer nivel es correcta pues la parte demandada no ha logrado justificar los puntos a los que limitó su recurso.- Por lo expuesto, esta Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma la sentencia impugnada en todas sus partes.- Con costas, pero sin honorarios que regular al haberse resuelto la instancia por el mérito de los autos.- Adjuntando copia certificada de esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.- Se llama actuar a la Dra. Karina Vinueza Zambrano como Secretaria Relatora Temporal.- Notifíquese.- f) Drs. José Vicente Andrade Vélez, Rosa Zhindón Pacuruco, Mauricio Larriva González

JUECES PROVINCIALES DE LA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY.- En Cuenca, lunes veinte y tres de septiembre del dos mil trece, a partir de las doce horas y veinte y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué con el auto que antecede a: VEGA AGUILAR SIRLEY PAQUITA, ZUÑIGA ROCANO JULIO CESAR en la casilla No. 733 del Dr./Ab. MENDEZ ALVAREZ ALVARO JAVIER. CLINICA LA PAZ CINIPAZ S.A., GUERRERO SEGARRA GEOVANNI PATRICIO en la casilla No. 597 y correo electrónico williambarrosarias@hotmail.com del Dr./Ab. BARROS ARIAS WILLIAM JORGE. Certifico.- f) Dra. Karina Vinueza Zambrano, SECRETARIA RELATORA TEMPORAL DE LA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY..-

VINUEZAK

CERTIFICO: Que, es fiel copia
de su original.
Cuenca, 07 de octubre 2013.


SECRETARIA RELATORA TEMPORAL
SEGUNDA SALA CIVIL Y MERCANTIL
CORTE PROVINCIAL DEL AZUAY