



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

“LA PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO.”

Monografía Previa a la Obtención del Título de:

**“Abogado de los Tribunales de la Justicia de la República del Ecuador y
Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales”**

AUTOR:

**Holger David Duchitanga Morocho.
C.I. 010723238-1**

TUTOR:

**Dr. Edy Daniel Calle Córdova.
C.I. 030077686-1**

**CUENCA-ECUADOR
Octubre, 2016**



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN.

El presente trabajo investigativo de la “Promesa de celebrar un Contrato” tiene como finalidad abordar temas que están íntimamente vinculadas con la promesa de celebrar un contrato compraventa que diariamente las personas realizan.

Y que día a día se enfrentan a innumerables conflictos, por el desconocimiento e incumplimiento de los requisitos estipulados en la ley y que generan perjuicios a las partes.

Analizaremos también los efectos que generan el incumplimiento, de una de las partes en el contrato de promesa de celebrar un contrato de compra venta que tiene sus particularidades marcadas.

Además abordaremos el estudio de la cláusula penal, cuales son los efectos y requisitos al momento de estipular y hacer efectivo dicha pena en caso de incumplimiento, y que una de las partes pida su ejecución. Así también analizaremos hasta que monto es permitido la estipulación de la cláusula penal. Por último la mora en la que incurre el promitente comprador y el promitente vendedor y los efectos que generan y las causas de terminación.

PALABRAS CLAVES PROMESA, INCUMPLIMIENTO, MORA, CLAUSULA PENAL, PROMITENTE COMPRADOR, PROMITENTE VENDEDOR, CONTRATO, COMPRA VENTA.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ABSTRACT

This research project aims to address issues that are closely linked with the promise of entering into a contract that people have done every day. In the same way, these contracts every day face innumerable conflicts, due to ignorance and breach of the requirements of the law which generate harm to the parties.

Also, we analyze the effects generated by the failure of one of the parties to the contract promise to conclude a purchase agreement which has its peculiarities marked.

In addition, we will manage the study of penal clause, what are the effects and requirements stipulate when and fulfill the penalty in case of default, and that one of the parties applying for its enforcement. So also, we discuss until permitted amount is the stipulation of the penalty clause.

Finally arrears incurred between the intended buyer and the intended seller and the effects generated and causes termination.

KEYWORDS: PROMISE, BREACH, MORA, PENAL CLAUSE, INTENDED BUYER, INTENDED PROMISSORY, CONTRACT, PURCHASE-SALE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Contenido

Introducción	8
CAPITULO I.....	9
1.1. La promesa de compraventa: Nociones Generales.....	9
1.2. Noción Etimológica del contrato en términos generales.....	9
1.3. Definición	10
1.4. Antecedentes Históricos de promesa de compraventa.....	11
1.5. Antecedentes históricos de la promesas de compra venta en el Ecuador.....	15
1.6. Concepto del contrato de promesa de compraventa.....	18
1.7. Definición que nos da el código civil ecuatoriano de la promesa de compraventa según el art. 1570.....	19
1.8. Características del contrato de promesa de compraventa	22
1.9. El contrato de promesa es de carácter principal	25
1.10. El contrato de promesa es de aplicación general	26
1.11. El contrato de promesa es de carácter solemne	27
1.12. El contrato de promesa es un contrato típico.....	28
1.13. El contrato de promesa por regla general es bilateral y oneroso	29
1.14. Formas del contrato promesa de compraventa	29
1.14.1. Unilaterales.....	30
1.14.2. Bilateral	32
1.15. Importancia del contrato de promesa.....	32
CAPITULO II	33
2.1. Elementos de la promesa de compraventa.....	33
2.1.1. Capacidad.....	35
2.1.2. Consentimiento	37
2.1.3. Objeto licito	39
2.1.4. Causa licita	40
2.2. Requisitos del contrato de la promesa de compra venta	43
2.3. Solemnidades del contrato de promesa de compraventa.....	49
2.4. Efectos de las solemnidades	52
2.5. Efectos del contrato de promesa de compraventa.....	52
2.6. Las partes que intervienen en el contrato de promesa de compraventa.....	53
2.7. Efectos entre las partes el contrato de promesa de compraventa	53



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.8.	Efectos frente a terceros en el contrato de promesa de compraventa	55
2.9.	Los efectos por incumplimiento.....	57
CAPITULO III		58
3.1.	Elementos de la promesa de compraventa.....	58
3.2.	El objeto	61
3.3.	Precio	61
3.4.	Plazo.....	61
3.5.	Clausula penal	62
3.5.1.	La cláusula penal accesoria.....	67
3.5.2.	Tipos de clausula penal.....	71
3.5.3.	El monto de la cláusula penal.....	73
3.5.4.	Domicilio de las partes contratantes.....	75
3.5.5.	Los gastos y honorarios	76
3.6.	La mora en un Contrato de Promesa de Compraventa	77
3.6.1.	Mora del acreedor	79
3.6.2.	Mora del deudor.....	80
3.6.3.	Clases de mora.....	82
3.6.4.	Los requisitos para constituirse en mora	83
3.6.5.	La mora del acreedor	84
3.6.6.	Efectos de la mora.....	85
3.6.7.	Cumplimiento reciproco.....	85
3.6.8.	Las indemnizaciones por perjuicios de mora	88
3.6.9.	Terminación de la mora.....	90
3.7.	Requerimiento mediante Notario Público	90
3.7.1.	Modelo de petición	92
3.7.2.	Modelo de acta de notificación	93
3.7.3.	CASO PRACTICO ANALISIS.....	94
4.	CONCLUSIONES.....	108
5.	BIBLOGRAFIA.....	110



UNIVERSIDAD DE CUENCA



Universidad de Cuenca

Cláusulas de Propiedad intelectual.

HOLGER DAVID DUCHITANGA MOROCHO, autor de la monografía "LA PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO", certificó que todas las opiniones, ideas y contenido expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Firma.....

C.C. 0107232381

HOLGER DAVID DUCHITANGA MOROCHO

HOLGER DAVID DUCHITANGA MOROCHO



UNIVERSIDAD DE CUENCA



Universidad de Cuenca

Cláusulas de Derecho de Autor

HOLGER DAVID DUCHITANGA MOROCHO, autor de la monografía "LA PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO", reconozco y acepto los derechos de la universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su reglamento de propiedad intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica del ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la que la universidad de Cuenca hiciere con este trabajo, no implicara afección alguna a mis derechos morales y patrimoniales.

Firma.....

C.C. 0107232381

HOLGER DAVID DUCHITANGA MOROCHO

HOLGER DAVID DUCHITANGA MOROCHO



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Introducción

El contrato de promesa es una figura jurídica muy utilizada, por las personas al momento de realizar ciertos negocios, en donde existe una gran posibilidad de que se generen conflictos por la contradicción de interés que existen, y esto sumado a que las personas no cumplen con lo pactado en el contrato, es ahí en donde se da el problema medular puesto que inicialmente las personas contraen o se comprometen a cumplir con lo estipulado de buena fe.

Una vez producido el incumplimiento por una de las partes, existen varias opciones para que la persona perjudicada acudiese al sistema de justicia y así hacer cumplir lo que inicialmente se pactó en el contrato de promesa de compraventa, la persona perjudicada puede pedir el cumplimiento del contrato o a su vez las indemnizaciones que considere pertinentes, a si también podrá pedir la ejecución de la cláusula penal en el caso de haber.

Por lo que es de vital importancia conocer este tipo de contrato, como lo es la promesa de celebrar un contrato en donde desarrollaremos a profundidad todos los requisitos que se necesita para poder celebrarlo y así no existan contratiempos al momento de ponerlos en práctica, así también contribuir para que las promesas de compraventa no sean declaradas nulas por el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

desconocimiento de ciertos requisitos esenciales propios de este tipo de contrato.

CAPITULO I

1.1. La promesa de compraventa: Nociones Generales

Previo al análisis profundo acerca del tema que es materia de este estudio debemos tomar en consideración, la Teoría General de los Contratos para así poder tener una visión más general y completa a cerca del Contrato de Promesa.

1.2. Noción Etimológica del contrato en términos generales.

El Contrato “es un término con origen en el vocablo latino contractus que nombra al convenio o pacto, ya sea oral o escrito, entre partes que aceptan ciertas obligaciones y derechos sobre una materia determinada” (Messineo, 1962, pág. 191y 192).

Para Pizarro (citando la enciclopedia Juridica Omeba, afirma que el contrato “etimológicamente proviene del latín contratus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta vos deriva de contrato, que, entre otra acepciones, tiene la de juntar o reunir” Según Ospina (1967) afirma:

El contrato se da cuando existe un concurso real de voluntades entre dos o más personas encaminadas a la creación de obligaciones. Esta



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fuerza es pues un acto jurídico típico y caracterizado, puesto que los efectos que producen van a depender de los sujetos que intervienen en dicha celebración. (p. 120)

Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. (Ossorio, 2008, p. 217)

1.3. Definición

La definición aportada de contrato se establece “(Del latín *contratus*), que es un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento puede ser compelidas” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2003).

De la definición dada por el ya mencionado diccionario, podemos establecer que el contrato menciona ciertas situaciones la primera, hace relación a los sujetos que intervienen segundo, sobre el objeto materia del contrato y tres la forma en la que se debe celebrar. Y por último la posibilidad de ser reclamadas en caso de incumplimiento. Capitant (1945) afirma:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Al contrato como acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones, y que debe de constar en un documento escrito destinado a probar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces ante la ley, y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley. (pág. 5)

1.4. Antecedentes Históricos de promesa de compraventa

La promesa de compra venta no se regula en el Derecho Romano, tal como se conoce en la actualidad lo que encontramos en Derecho Romano es ciertos pactos que se puede tener como antecedentes.

Los pactos que encontramos en el Derecho Romano y que pueden ser considerados como fuente de la promesa de celebrar un contrato, serian el pacto contrahendo y el pacto mutuodando, que consistía en la estipulación en donde los sujetos que intervenían se comprometían a celebrar un contrato de muto o a una estipulación, esto se podría tomar como antecedente para el contrato de promesa.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La figura jurídica contrahendo, son los pactos que tenían el único valor de concluir con los contratos, para ello encontramos el “pactum de contrahendo”, que era considerado como un pacto nudo.

Los pactos eran, pues, un accesorio de los contratos, ya que, generalmente, sólo en tal carácter eran sancionados por una acción de derecho civil. De allí que en la legislación romana se distinguieron dos clases de convenciones: los contratos, que eran de derecho estricto y de buena fe, y los pactos que sólo tenían valor legal en ciertos casos. (Rodríguez, 2003, p. 830)

Además otro pacto que encontramos en el derecho romano es *strictis juris*”. “Eran los únicos capaces de producir acción, hasta llegar a los contratos *Bonae Fidei*” o de buena fe, en los que lo predominante es la equidad y no lo literal del acuerdo como así ocurría respecto de aquellos” (Bonivento, 1989, p. 16).

Estos contratos eran los únicos que podían generar obligaciones siempre y cuando estos cumplan con todos los requisitos establecidos en la ley, caso contrario todos estos contratos no tendrían validez alguna.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De lo expuesto se puede colegir que en el Derecho Romano no existía una figura jurídica, como en la actualidad en donde se establece características y una denominación especial de promesa de celebrar un contrato, sin embargo existía otros actos jurídicos que generaban los mismos efectos de la promesa, y a su vez permitía que se pueda exigir el cumplimiento del contrato.

El código civil Francés, es el que regula la promesa de compraventa y prenda, se decía que si bien era bilateral equivalía a la misma celebración del contrato debido a que se establecía el precio y el objeto del contrato. Pothier (citando a Rodriguez, 2003) menciona que “La promesa unilateral es como una convención por la cual uno se obliga hacia otra a venderle una cosa” (pág. 832).

Con relación a la promesa bilateral existía una gran confusión en cuanto a su valor, ya que este tipo de promesas no equivalían a la venta misma, según a esta materia. Dumoulin (citando a Rodriguez, 2003) afirma:

Propuso dos situaciones mediante las cuales las partes podían celebrar un contrato, en donde se comprometían a vender y comprar respectivamente en un tiempo más o menos lejano, o celebrar ese mismo contrato refiriéndose a un contrato presente, pero que debía ser corroborado por un acto futuro. (p.833)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En tanto que Código Napoleón, no legislo sobre el contrato de promesa en general, sino únicamente sobre la promesa de venta, por lo que, en su artículo 1589, establece que la promesa de venta vale cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y sobre el precio”, siendo este artículo el único que trata sobre la promesa de compraventa bilateral, manteniéndose intacto durante el transcurso de los años.

El confundir la promesa con el contrato definitivo es equivoco pues cada contrato tiene efectos distintos, recordemos que en la promesa bilateral de contrato únicamente existe una obligación de hacer: celebrar el contrato a cargo de las dos partes, mientras que del contrato prometido pueden desprenderse diversas obligaciones de dar, hacer o no hacer. (Sánchez, 2004, p. 140).

La promesa también fue incorporación en algunos códigos, como el Código Suizo en el cual únicamente se lo señala a diferencia de otros como el Código Mexicano y el Austriaco en los cuales existe regulación.

En la Legislación Chilena, el ilustre autor Bello Andrés, tuvo gran influencia en la elaboración del código civil, el mismo que fue aprobado en el año de 1855, y empezó a tener vigencia en el año de 1857.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Para el tratadista Bello Andrés, la promesa de celebrar un contrato, es diferente al que se desarrolló en el derecho francés, ya que dicho jurista trató a la promesa de contrato de manera general y no solo como una promesa de venta como se destaca en la legislación francesa, de allí que tres fueron las etapas que se encargaron de determinar en el Código Civil Chileno ciertas normas para la aplicación del contrato de promesa, cuyo contenido es casi idéntico al que rige entre nosotros.

En la Primera etapa se menciona que en los proyectos de 1842 y 1847, el contrato de promesa no se lo reglamento como una norma expresa, sino que su regulación se la dejo en base de las reglas generales relativas a convenciones y contratos.

Para la segunda etapa se menciona al proyecto de 1853, en donde ya se considera conveniente normar de manera concreta y particular al contrato de promesa y fue así como el artículo 1733 de dicho proyecto señala:

1.5. Antecedentes históricos de la promesas de compra venta en el Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La promesa de celebrar un contrato de compraventa no tiene una gran reseña histórica debido a que el legislador no se ha preocupado por el desarrollo de esta figura jurídica, por encargarse de otro tipo de contratos dejando a si a este contrato sin historia propia.

Sin embargo partiendo de esto debemos decir, que de este contrato de compraventa existe una reseña histórica de cómo se ha ido desarrollando y perfeccionando dicho contrato en nuestro país, es así que en la época incásica no existe registros en cuanto a la celebración de un contrato, solo se encuentra el traspaso de dominio.

Ya para la época de la colonia se empieza a realizar acuerdos o contratos entre los sujetos interesados o las partes pero estos eran solo realizados entre los que tenían el poder exclusivamente entre los colonizadores, que eran quienes tenían el poder en esa época.

En la Gran Colombia se realizaba adjudicaciones para la construcción de viviendas en la formación de los pueblos, precisamente del dominio de quienes gobernaban. Con lo cual fue extendiendo el cambio de propiedad que se hacían con las autoridades aplicándose el sistema notarial.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En republicana se da una evolución en cuanto a la forma de la celebración de la promesa de celebrar un contrato compraventa, debido a que se aplica el sistema llamado “metrópoli” en donde se debía realizar mediante una escritura pública la venta de los bienes inmuebles que a su vez fue perfeccionado por la legislación española.

El contrato de promesa solo encontró que en el periodo anterior a la colonia no se podía hablar de derecho civil; durante la colonia, por lo que el Ecuador era parte de las colonias españolas al igual que otros países en el territorio americano, por lo cual estaban sujetos por las leyes españolas.

Por lo tanto como indicamos anteriormente el contrato de promesa tenía plena vigencia en el derecho español, así como también en el territorio ecuatoriano por ser una colonia española el Ecuador.

Pero la reseña histórica más importante del contrato de promesa en el Ecuador es que el Ecuador acogió y aceptó el código civil chileno elaborado por el ilustre Andrés Bello, el mismo que no tuvo mayor variación en su contenido, ya que en su artículo 1554 menciona al contrato de promesa teniendo la misma redacción el artículo 1570 de nuestro código civil.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1.6. Concepto del contrato de promesa de compraventa

Hinostrosa Fernando, menciona que dentro de las varias figuras de un contrato preliminar o preparatorio sobresale el contrato de promesa, al punto de que es frecuente la digestión de aquel a este. Así, en el Derecho Italiano el contrato precedente resulta equivalente al contrato de promesa. El contrato de promesa es un contrato, que, inmediatamente, muestra la diferencia de dicha figura con la oferta y con el contrato definitivo sujeto a condición suspensiva o a condición resolutoria. “La promesa obliga a contratar, a celebrar el contrato futuro, objeto genérico, en tanto que este último obliga a las prestaciones que se derivan de su función específica, obligaciones que en tal sentido podrían calificarse de sustanciales” (Messineo, 1962, p. 191). De este concepto se desprende que el tratadista hace alusión a los contratos teniendo como referencia al contrato de promesa.

En términos generales, el contrato de promesa de celebrar un contrato de compraventa, es aquél en el cual las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo, cuando se cumpla una condición o plazo establecido.

En términos más específicos, el contrato de promesa de celebrar un contrato compraventa recurriendo a sus requisitos, es la convención escrita en virtud de la cual las partes se obligan a celebrar un contrato de los que la ley no



UNIVERSIDAD DE CUENCA

declara ineficaces, dentro de una condición y plazo que fije la época de su celebración, y debiendo especificarse las bases que constituyan el contrato prometido, de modo que sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriben.

1.7. Definición que nos da el código civil ecuatoriano de la promesa de compraventa según el art. 1570

La promesa de celebrar un contrato de compraventa es un contrato por el cual las partes se obligan a celebrar, en el futuro, con todos sus requisitos legales y formalidades, un contrato de compraventa. Es una forma de contratación muy utilizada en el mercado inmobiliario, pero que cuenta con una reglamentación breve y limitada, que no garantiza las necesidades y objetivos de los contratantes.

Una vez realizado el análisis sobre dicho contrato el Libro IV, que trata de las Obligaciones en General y De los Contratos, en su título XII, que se refiere a los efectos de las 17 obligaciones, del Código Civil ecuatoriano de su última publicación de 2005-010, publicado en su Registro Oficial S 46 de 24 de junio de 2005, en su Artículo 1570.- dice.

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

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

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

Concurrido estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente. En cuanto a lo que sostiene este artículo en relación al principio general de la autonomía de la voluntad, dice que las partes pueden realizar o crear cualquier contrato con tal que no atente el ordenamiento público, las buenas costumbres o la ley, precepto que tiene concordancia con la primera parte del **Art. 1570 del Código Civil** donde manifiesta que “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna...”. Inmediatamente de lo mencionado este artículo dice “...Salvo que concurran las circunstancias siguientes;...”, para lo cual esta parte tiene dos efectos:

- a) El encabezamiento del artículo transcrito en primer término es una disposición imperativa, la promesa si surte efectos siempre y cuando que se cumpla los requisitos que señala; y,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- b) La promesa que surte efecto es de excepción. Por ello las circunstancias que cumplirse estrictamente, sin que quepa aplicarlas por analogía.

Los otros requisitos han tenido una larga discusión, desde la naturaleza jurídica misma de la promesa en que si es o no un contrato ya que se encuentra establecido en el Título XII del Libro IV del Código Civil, que trata “De Los Efectos de la Obligación”. “El contrato de promesa puede ser definido como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes, o ambas, se obliga a celebrar dentro de un tiempo determinado, un contrato cuyos elementos se señalan desde luego” (Díaz, 1974, p. 623).

En la parte ultima del articulo transcrito añade “concurrido estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente”.

Para lo cual el artículo 1569, que habla de la obligación de hacer estipula que “si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

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



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este artículo resalta que el deudor aparte de pagar la indemnización de mora puede pedir al acreedor una de las dos cosas que son el pago de la indemnización de perjuicios o la autorización para que pueda ejecutar un tercero.

1.8. Características del contrato de promesa de compraventa

Previo al inicio del estudio de cuáles son las características del cual participa el contrato de promesa, debemos que recordar que el mismo goza de la categoría de contrato, ya que es reconocido por el ordenamiento jurídico.

Esta categoría que se le da a la promesa de celebrar un contrato, está debidamente justificada por la gran aceptación que tiene en los diferentes países y por ende en sus legislaciones y en los códigos, aunque en algunos códigos no se los encuentra organizada como tal, por lo que no existe una reglamentación concreta, en otros códigos como en el nuestro si lo reglamenta pero carece de una definición clara y precisa, creando un desconcierto sobre el carácter de contrato.

Con esta aclaración mencionaremos que dentro del Derecho Civil ecuatoriano y de la doctrina se encuentra las principales características del contrato de promesa que son los siguientes:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1. Es de carácter preparatorio.

Esto debido a que es en este contrato en donde se establecerán cláusulas para un contrato futuro definitivo.

2. Es de carácter principal.

Es de carácter principal por que perdura por sí mismo sin necesidad de la intervención de otro contrato

3. Es de carácter general.

El contrato de promesa de tiene una aplicación de carácter general a todos los contratos que establece el Código Civil.

4. Es de carácter solemne.

Para que este contrato tenga validez debe de ser realizado con los requisitos y solemnidades que exige la ley para la realización de este contrato.

5. Es un contrato típico.

La promesa tiene sus reglas en el código civil y por lo tanto deben ser observados.

6. Y en general el contrato de promesa es bilateral y oneroso.

Bilateral, del que nacen obligaciones para las dos partes, tanto para el que compra, como para el que vende.

Oneroso, debido a que cada uno de las partes se grava a favor de la otra parte que interviene en el contrato.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El contrato de promesa es de carácter preparatorio, la definición de los contratos preparatorios se basan en un diagrama o encuadre que deberá tener en el futuro las próximas relaciones contractuales a ser celebradas entre las partes, dando las bases necesarias para la realización de los futuros contratos, sin que esto signifique obligatoriedad de celebrar contrato alguno.

(Gherzi, Tratados de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo, 2010, p. 73).

Lo que sostiene dicho tratadista con esta definición, es que estos contratos tienen como objetivo principal la celebración del contrato futuro, el mismo que debe ser celebrado por las partes que intervienen en el contrato preparatorio, tomando como referencia esta definición podemos señalar que el contrato de promesa de celebrar un contrato es un contrato preparatorio. Así la promesa genéricamente considerada, en el ordenamiento jurídico, es un contrato preparatorio en virtud del cual dos o más partes se obligan a celebrar un contrato determinado al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición. (Bonivento, 1989, p. 91).

Pero este autor adentrándose más en cuanto al tema que nos compete sostiene que:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La promesa de compraventa de un bien inmueble será un contrato por el cual dos partes, el promitente vendedor y el promitente comprador, se obligan a celebrar un contrato de compraventa sobre un bien inmueble, mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva, al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición.

(Bonivento, 1989, p. 91)

Por lo tanto los requisitos que se establecen en el ordenamiento jurídico permiten que el contrato de promesa sea legal y es gracias a los ya antes mencionados requisitos es que se establece que el contrato de promesa de celebrar un contrato tiene el carácter de preparatorio.

1.9.El contrato de promesa es de carácter principal

El contrato de promesa de celebrar un contrato de compraventa, es principal ya que es válida por sí mismo, sin necesidad de otro contrato para poder existir, creando su propio efecto y gozando de autonomía propia, el mismo que termina su existencia al momento de cumplir con el propósito para el que fue creado, en este caso sería con la celebración del contrato futuro.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La confusión entre contrato definitivo y promesa ha sido frecuente, pero poco a poco se ha ido solucionando ya que el segundo sirve como herramienta para que se lleve a cabo el primero, cuando termina el contrato de promesa nace el contrato prometido, con lo cual cada uno es creado con diferentes propósitos y que generan efectos jurídicos propios y distintos.

Actualmente la población ecuatoriana ya distingue la diferencia existente entre el contrato de promesa y el contrato prometido, determinando cada uno los efectos para los que fueron creados. Así el contrato de promesa nace totalmente independiente del contrato prometido.

1.10. El contrato de promesa es de aplicación general

Este contrato tiene aplicación de manera general, por el hecho de que es reconocido legalmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico que es el Código Civil, con la finalidad de que se garantice y a si también tutelar la validez y eficacia de este acto jurídico. Con esto las partes pueden llegar a pactar libremente las condiciones del contrato pero siempre sujetas a las normas generales de los contratos establecidos en los cuerpos normativos.

En nuestra legislación Ecuatoriana el contrato de promesa de celebrar un contrato no se limita únicamente a la compraventa sino que también es



UNIVERSIDAD DE CUENCA

aplicable a un sin número de actos y contratos definitivos, como por ejemplo a los de arrendamiento, sociedad, etc., pero siempre y cuando que no sean declarados ineficaces por la ley.

1.11. El contrato de promesa es de carácter solemne

En ciertos ordenamientos jurídicos esta característica no es tomada en cuenta para su validez, con lo cual se produce un contrato consensual, el mismo que según nuestro Código Civil "...se perfecciona por el solo consentimiento de las partes", dando como resultado que no se produzca ningún efecto civil, debido a que no se cumple con los requisitos que establece la ley, pero en otras legislaciones como la ecuatoriana es necesario que se cumpla con dichos requisitos para su creación como contrato de promesa de celebrar un contrato.

Por eso el artículo 1570 del Código Civil Ecuatoriano en su numeral primero menciona "...que la promesa debe constar por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad..." esto a su vez tiene concordancia con lo estipulado en el artículo 1459 de dicho ordenamiento jurídico en donde manifiesta que "...es solemne



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cuando está sujeta a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ella no surte ningún efecto...”.

1.12. El contrato de promesa es un contrato típico

Los contratos típicos son aquellos que se encuentran reglamentados por la ley, por eso tenemos que decir que en nuestra legislación ecuatoriana al referirse a la promesa de celebrar un contrato en el Código Civil, establece cuáles serán los parámetros que debe contener el contrato de promesa para que surta los efectos jurídicos requeridos, esta disposición se la establece en el “Título XII, Del Efecto de las obligaciones”.

Sin embargo el artículo 1570, no se encarga de establecer textualmente la calidad de contrato a la promesa, los que sí lo definen con precisión son la doctrina y, lo que hace la legislación ecuatoriana es reconocerla como tal, ya que este mismo artículo señala la estructura y la reglamentación para que surtan efectos las obligaciones emanadas de dicho contrato o acto.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1.13. El contrato de promesa por regla general es bilateral y oneroso

La promesa de celebrar un contrato es bilateral, en la medida en que surgen obligaciones que se estipula en el contrato son recíprocas para las dos partes, con lo cual cada una de las partes se obliga a hacer a favor de la otra, que es celebrar el contrato prometido, esto tiene similitud con lo que establece **el artículo 1455 del Código Civil ecuatoriano** en donde manifiesta que es bilateral "...cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

El contrato de promesa es oneroso porque cada parte se grava a favor de la otra, en donde se obligan recíprocamente a celebrar en un futuro el contrato, como puede ser el contrato de compraventa y que por eso ambos percibirán utilidades mutuas, así como también determina **el artículo 1456 del Código Civil** en donde dice que son onerosos "... cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

Indicando que por lo general los contratos bilaterales son onerosos y demostrando que la promesa de celebrar un contrato recae sobre este tipo de obligaciones muy conocidas en el ámbito legal.

1.14. Formas del contrato promesa de compraventa



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En cuanto a las formas que se puede celebrar un contrato tenemos ciertas formas que se encuentran enunciadas en el código; pero desarrolladas de manera precisa por los doctrinarios que se han ocupado del desarrollo de la materia a los cuales haremos alusión.

1.14.1. Unilaterales

El contrato de promesa puede ser celebrado de dos maneras, pero en esta parte nos ocuparemos de la promesa de celebrar un contrato de manera unilateral o como algunos de los denominan promesa de compra que en un principio pareciera que es imposible que se pueda llegar a darse este tipo de contrato debido que prácticamente es una oferta, que se le hace a la otra parte quien está en toda la facultad de aceptar o no la propuesta hecha por el otro sujeto.

De a aquí surgen algunas figuras como lo estudia a profundidad el maestro Luis Claro Solar, para poder establecer que el contrato de promesa unilateral es posible estudiar ciertas figuras jurídicas en las cuales aparece la promesa de venta unilateral como lo parafrasearemos a continuación.

Según el autor antes mencionado sostiene que el contrato de promesa unilateral sería un contrato de oferta en donde el oferente realiza una propuesta



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de venta a la otra parte quien deberá de prestar su consentimiento en una determinada época o periodo para que el contrato llegue a perfeccionarse, pero sin embargo el que realizo la oferta no podrá retirar su oferta hasta que cumplido el plazo o la condición el otro sujeto al que le propone se pronuncie aceptando o negando la propuesta inicial.

Otro de los contratos analizados para poder sostener que existe el contrato de promesa unilateral, es el contrato a prueba en donde se entiende que el contrato no está perfeccionado hasta que el comprador se haya pronunciado que el objeto es de su agrado, en esta situación lo que existe es una convención en donde si el objeto a prueba es del agrado del comprador se llega al perfeccionamiento del contrato, esto se da puesto que el comprador se reserva la potestad de elegir si es que le gusta o no el objeto de la venta, luego de haber degustado del producto sin que el que vendió a prueba pueda unilateralmente dejar sin efecto o consumir el contrato sin la voluntad de la otra parte.

Otro de los contratos de promesa unilateral es el contrato de retroventa como lo sostiene el ilustre autor CLARO Solar, mencionado en donde sostiene que depende de la voluntad de una de las partes para poder recobrar lo vendido mediante el pago de una determinada cantidad que queda estipulado en el contrato inicial en esta situación el comprador queda obligado a



UNIVERSIDAD DE CUENCA

revenderlo si es que el vendedor hace uso de la facultad que se reserva para recobrar lo vendido. (Solar, 2013)

1.14.2. Bilateral

La promesa de celebra un contrato es eminentemente biliteral puesto que en está, la partes que intervienen celebran una promesa de celebrar un contrato en donde el un sujeto se compromete a celebrar el contrato de compraventa ya sea este de un bien mueble o inmueble una vez cumplida una determina condición o llegado el plazo establecido.

1.15. Importancia del contrato de promesa

El contrato de promesa no se encuentra definida de manera precisa en nuestro código civil lo que existe es el artículo 1570, en donde se encuentra una reglamentación muy clara de cómo se debe de realizar el contrato, cuáles son los requisitos para su validez y de allí que aparece su gran importancia porque tutela y garantiza el negocio de un inmueble en el futuro , en caso que las partes contratantes no puedan celebrar el contrato futuro, ya sea porque quieren estipular una determinada condición o ya sea por aspectos económicos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La conflictividad de las personas al momento de realizar un negocio hacen que, el contrato de promesa de celebrar un contrato de compra venta sea crucial en la anticipación de ciertas consecuencias que se pueden dar en un mundo muy amplio de los negocios evitando, así varios inconvenientes legales, y en caso de haberlos solucionar de manera eficaz de acuerdo a lo estipulado en el contrato inicial que tendrá su efectos completos al momento de que se realice el contrato definitivo.

Hoy en día los negocios entre vivos en gran parte se realiza mediante contrato de promesa, esta figura jurídica a tenido mucha relevancia en los últimos años, esto también en otras partes del mundo, debido a que permite realizar de manera efectiva la compra y venta de bienes muebles e inmuebles.

Es esta la razón por la que hace necesario un estudio detallado de la promesa de celebrar un contrato, debido que esta figura no solo involucra los requisitos establecidos en el artículo 1570, sino más que necesitan ser conocidos y estudiados y así tener una visión clara y precisa al momento en el momento de la utilización de este contrato.

CAPITULO II

2.1. Elementos de la promesa de compraventa



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La promesa de celebrar un contrato de compraventa, al ser un contrato, debe de estar revestido de reglas de carácter general y reglamentados de manera clara y precisa, y de igual forma se encuentran enumerados en el **artículo 1461 del Código Civil Ecuatoriano** que dice:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntades es necesario:

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

Además los doctrinarios y estudiosos de la materia sostienen de que existe un quinto requisito esencial para producir efectos jurídicos, las solemnidades que la ley exige en ciertos casos; pero en rigor de derecho las solemnidades no constituyen un requisito distinto, porque dentro de las ideas manifestadas al tratarse de los contratos solemnes, las solemnidades no son sino la forma de manifestarse el consentimiento en los contratos solemnes.

(Rodríguez, 1976, p. 15)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De los requisitos expuestos al momento de realiza el contrato de promesa de celebrar el contrato de compraventa, se debe tener en consideración aquellos requisitos esenciales establecidos en el Art. 1570 en nuestro Código Civil Ecuatoriano.

2.1.1. Capacidad

La capacidad es uno de los requisitos primordiales para realizar un contrato, que no es más aquella aptitud para poder realizar actos jurídicos por cuenta propia sin el menester de ninguna persona y aquellos que la ley faculta para la celebración de las mismas, como lo establece el artículo 1462 que dice lo siguiente “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

Por lo tanto no pueden celebrar contratos aquellas personas que son incapaces, sin embargo debemos diferenciar las dos clases de incapacidades existentes las absolutas y las relativas, las primeras hacen referencias a los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los segundos entre estos tenemos a los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En el artículo 1734, se establece cuáles son las personas hábiles para la celebración del contrato de compraventa y los siguientes artículos señalan cuando el contrato de compraventa será nulo, y por ser excepciones como el artículo lo dice de forma clara, esto no se hacen extensivas al contrato de promesa de celebrar un contrato de compraventa y no se puede hacer analogías.

La capacidad es la regla general, la situación normal; la incapacidad es la excepción, y como no hay más incapacidades que las que la ley establece, tenemos que para que, una persona sea incapaz, es menester que un texto expreso de la ley así lo declare. De ahí se desprende que no hay para que averiguar quiénes son capaces, y en que consiste la incapacidad, sino que hay que ver quiénes son incapaces y en qué consiste la incapacidad. Ossorio (2008) afirma. “Que una incapacidad es un defecto o falta total de capacidad, de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones” (p. 481).

Por el ello al momento en que se habla acerca de la capacidad para consentir se debe de hablar de la capacidad para contratar que tiene una persona, y que no está inmerso en las incapacidades establecidas por el código Civil Ecuatoriano.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.1.2. Consentimiento

Para que surta efecto un contrato y por ende genere todos los efectos esta debe de contar con uno de los elementos establecidos en el código civil ecuatorianos para la validez de la misma, por lo que se entiende que no puede haber contrato sin el concurso de las voluntades de las partes, dándose a entender que la promesa de compraventa necesita para su existencia del acuerdo de voluntades tanto del promitente vendedor como del promitente comprador.

Se debe de dejar claro que el consentimiento es de carácter distinto entre la promesa de celebrar un contrato y el consentimiento para realizar la compraventa, son situaciones de carácter totalmente puesto que el uno es el antecedente del otro.

El importantísimo rol que el consentimiento desempeña se traduce en que es la base del contrato, ya que sin él no puede existir ningún tipo de contrato en el cual el primordial papel que representa el consentimiento se vincula al principio de la autonomía de la voluntad con sus manifestaciones de la libertad de contratar y de la libertad contractual.

(Escalada, 1971, p. 4)

Es de vital importancia que al momento de celebrar un contrato esta se cuente con el consentimiento; pero este a su vez no debe de estar



UNIVERSIDAD DE CUENCA

viciada como lo establece el artículo 1467 que es la fuerza error y el dolo.

Según nuestro Código Civil en el artículo 1472.- “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella....”

En otras palabras es aquella circunstancia en donde se utiliza la fuerza para que el individuo realice ciertos actos que le beneficien, pero tomando en consideración ciertos aspectos para que se configure el uso de la fuerza como por ejemplo la condición social y la edad de la persona que es forzada.

En tanto que en el error tenemos dos clases; el de hecho y derecho en donde el primero hacer referencias a las cosas y a las personas y el segundo que se da cuando se tiene un concepto erróneo de la ley, pero que no vicia el consentimiento en tanto que el primero sí.

En tanto que el Dolo, no vicia el consentimiento sino cuando este cause beneficio, es decir cuando esta se ha empleado mediante el engaño a una de las partes, en este vicio es dos tipos de Dolo, el dolo negativo que es una



UNIVERSIDAD DE CUENCA

abstención, esto es cuando una de la partes guarda silencio para engañar a la otra; el otro es el dolo positivo dolo positivo que consiste en maquinaciones o procedimientos de que se vale una de las partes para engañar a la otra.

Así también debemos decir que el dolo no se presume si no en los casos en los que la ley así lo establece, por lo tanto este debe de ser probado.

2.1.3. Objeto lícito

El hombre realiza ciertos actos que deben de tener una finalidad, los actos jurídicos también deben tener un objetivo y este debe de ser lícito para que pueda existir en el mundo jurídico es así que los artículos del código civil establecen; “**1476.-** Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”

A si también en otro de los artículos el código civil establece lo que se debe de tener en consideración al momento de hablar de objeto ilícito, el artículo **1483.** “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se



UNIVERSIDAD DE CUENCA

entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley...”

Podemos decir que el contrato será nulo si es que las partes contratan sobre un objeto ilícito, por lo que la ley prevé que las partes celebren un contrato este sea sobre cosas u objetos que la ley los declare lícitos.

El objeto lícito, en una promesa así como todo acto humano ejecutado por una persona tiene un fin, persigue un objetivo, ya sea material o moral, de la misma manera los actos jurídicos y especialmente los contratos tienen una finalidad; esa finalidad es lo que constituye su objeto.

(Rodríguez, 1976, p. 43)

Por lo tanto el único objeto que persigue el contrato de promesa de compraventa, es que las partes que intervienen en la celebración del contrato futuro se realicen, de acuerdo con el ordenamiento público, las buenas costumbres y la ley.

2.1.4. Causa lícita



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Antes de entrar al estudio jurídico de lo que nos dice el código civil ecuatoriano deberemos de establecer lo que debemos entender por causa lícita según los diccionarios.

Debido a que el vocablo “causa” según el Diccionario de la Lengua Española, tiene varios significados por lo que podemos utilizar los siguientes.

Fundamento u origen de una cosa, lo que produce el efecto, motivo o razón para obrar, causa eficiente, primer principio productor del efecto...causa final, objetivo de lo que se hace...causa impulsiva o motivo y razón o motivo que inclina a hacer alguna cosa.

(Real Academia Española, 2003)

De estos significados todos tienen relación con el tema ya que ellos llegan a plasmar el origen de la causa que es el propósito del contrato.

Pero también ciertos tratadistas hay realizado un estudio profundo de cómo debe ser concebida la causa lícita en la promesa de celebrar un contrato de compra venta.

La causa es el interés jurídico que induce a una de las partes a contratar, en otras palabras, es la razón legal del contrato; es la razón que la ley supone que ha inducido a las partes a contratar. En cambio,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

los motivos son las razones internas lógicas que una de las partes ha tenido para contratar.

(Rodríguez, 1976, p. 52)

En otras palabras la causa lícita es la razón jurídica que hace que las partes puedan realizar el contrato.

En materia de obligaciones y de contratos, se conoce como causa, para unos autores, el fin mediato que se busca en el contrato o que produce la obligación; para otros, posiblemente con mejor propiedad, el propósito o razón que motivó a cada una de la partes a celebrar el contrato. La causa constituye un elemento esencial, hasta el punto de que, faltando ella, el contrato no produce ningún efecto. La causa de las obligaciones y contratos tiene que ser verdadera, lícita y no opuesta a la moral y a las buenas costumbres.

(Ossorio, 2008, p. 154)

Significa por lo tanto que la causa es el motivo por lo que las partes desean contratar, pero esto sin afectar a lo establecido en la ley, a las buenas costumbres y respetando el ordenamiento jurídico establecido.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En los contratos de promesa de celebrar un contrato es necesario que exista una cosa que le sirva de objeto así como también una razón que justifique su existencia, esta razón es el porqué del contrato, ya que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita...”. De esta manera los contratantes deben tener un motivo que los induzca a celebrar un contrato de promesa de compraventa y que por falta de este, sería considerado el contrato como inexistente.

No se debe confundir a la causa y al motivo, ya que estas son cosas enteramente diversas pero que desgraciadamente no son fáciles de distinguir en la práctica.

2.2. Requisitos del contrato de la promesa de compra venta

Los requisitos establecidos en el artículo 1570 del Código Civil Ecuatoriano sostienen que el contrato no surtirá efecto si es que no se cumple con los requisitos previstos en el ya mencionado artículo.

A estos requisitos se debe de sumarse lo demás requisitos que no constan en el artículo que regula la promesa de celebrar un contrato, que son la capacidad, consentimiento libre de vicios y la causa y el objeto lícitos que son



UNIVERSIDAD DE CUENCA

indispensable para generar obligaciones pero habiendo circunstancias especiales para la promesa que están contempladas en el artículo 1570 “...promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna...” del código civil ecuatoriano y que son los siguientes.

1.- Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;

- Que la promesa conste por escrito.

El contrato de promesa debe realizarse por escrito al ser un acto solemne; pero eso no como un elemento de publicidad, sino como elemento fundamental de existencia de la promesa aunque el contrato sea consensual puesto que no habiendo un contrato escrito no hay promesa.

Con relación a esto **el artículo 1553 de Código Civil Latinoamericano**, menciona que. “Es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para en valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes” (Chacón, 2008, p. 229).

Para relacionar lo expuesto **el artículo 1699 del Código Civil ecuatoriano** “puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando



UNIVERSIDAD DE CUENCA

aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la mora o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince días”.

- por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad.

Este es uno de los requisitos establecido por parte de la legislación ecuatoriana, puesto que realizando un estudio con las legislaciones comparadas no existe; que al momento de realizar el contrato de promesa esta será realizada mediante escritura pública esto hace relación a los bienes inmuebles por lo general que necesitan que se le realice mediante este instrumento público para su perfección, en tanto cuando se necesita realizar un contrato de promesa de compra venta de un bien mueble este será suficiente que se lo realiza en documento privado puesto que la noma dice que será necesario la escritura pública en los casos en que esta sea requisito de valides.

Cabe indicar que es suficiente un instrumento privado, aunque el contrato prometido requiera como solemnidad escritura pública. Se planteó una



UNIVERSIDAD DE CUENCA

discusión sobre el punto, en torno a la promesa de compraventa de un inmueble.

La omisión de esta solemnidad causa nulidad y por lo tanto no surtirá efectos por lo que es necesario tratar la nulidad que provoca la omisión de esta.

Al referirnos a la nulidad absoluta que según **el artículo 1699 del Código Civil ecuatoriano** “puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la mora o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince días”.

2.-Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces

Cabe señalar que el contrato prometido no adolezca de vicios de nulidad, debido a que no surtirá efecto en el momento que llegue la condición o plazo del cual depende el contrato principal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por eficacia del contrato prometido debemos de entender, en un sentido extenso, que éste produzca efectos jurídicos, que en donde se establezca un vínculo de derecho entre los contratantes. La ley niega sus efectos a la obligación de hacer contraída, cuando ella recae sobre un contrato que será carente de causa o de objeto, o que tendrá un objeto o causa ilícitos.

Que en este requisito para poder realizar el contrato de promesa hace relación a los requisitos de forma y de fondo.

3.- Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato

Todo contrato de promesa al momento de celebrarlo debe de contener una condición o un plazo o los dos en si las partes lo consideren conveniente, en el cual se debe de realizar el contrato definitivo, por lo que las partes que intervienen están sujetos a la llegada del plazo o el cumplimiento de una de las obligaciones o a los dos en el cual no habría ningún problema, pero en el contrato se deberá establecer si con la llegada del plazo o con el cumplimiento de la obligación es suficiente para la realización del contrato definitivo o necesita el cumplimiento de los dos presupuestos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El contrato de promesa lo que busca es vincular a los sujetos contratantes pero no de forma definitiva, sino más bien de una forma temporal mientras se cumple con el objeto del contrato de promesa de compraventa que es la celebración del contrato definitivo, pero la celebración de este contrato no puede extenderse de forma incierta ya que debe existir un tiempo determinado es decir un periodo de tiempo que llegará.

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

Para poder desarrollar este requisito debemos de recurrir a ciertas definiciones que harán viable la comprensión y el entendimiento de este punto de estudio. Referente a la palabra “especificar”, “dice que es explicar con individualidad algo o determinar de modo preciso” (Real Academia Española, 2003).

Lo que sostiene este requisito es que en el contrato de promesa debe de quedar completamente especificado el contrato que se celebrará, por lo que en el contrato deberá de hacer contar los requisitos según su naturaleza.

“Art. 1460.- se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una clausula especial; y son accidentales a un contrato aquéllos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

De esta forma debemos de tener en cuenta que para la celebración del contrato es necesario incluir y cumplir con todos los presupuestos establecidos en el artículo 1570 del código civil, para así en caso de incumplimiento poder acudir en la vía judicial y hacer valer lo plasmando en el contrato de promesa de compraventa.

De esta manera se ha sostenido que es necesario que el contrato prometido esté prácticamente incluido en el contrato de promesa de compraventa, ya que sólo así faltaría, para ser perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades del contrato prometido.

2.3. Solemnidades del contrato de promesa de compraventa



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Las solemnidades a las que está sujeto cada acto o contrato jurídico son las que dan validez y existencia jurídica al acto, por lo que indispensable contar con todo lo dispuesto a las normas generales y además todos los requisitos, condiciones, términos y expresiones que señalan, ordenan y determinan las leyes.

Las solemnidades al ser imperativas y de orden público esto debido a su naturaleza y esencia por lo que los sujetos que intervienen en el acto jurídico no puede inobservar a si también las autoridades, puesto que su inobservancia acarrearía la inexistencia del acto realizado es así por ejemplo: la omisión de unos de las solemnidades establecidos para la celebración del contrato de promesa este acarrearía a la inexistencia del dicho contrato como lo dispone el artículo 1570 del código civil.

Las solemnidades son de suma importancia y es así que la doctrina los ha procedido a realizar una clasificación que son las siguientes:

1. por los efectos
 - a. Solemnidades esenciales
 - b. Solemnidades no esenciales
2. Por la intervención de las autoridades.
 - a. Solemnidades estrictas (ad solemnitatem)
 - b. Solemnidades simples (ad probatoniem)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Las solemnidades esenciales, son aquellas que deben ser utilizadas en cada acto o contrato pues la omisión de estas trae consigo la nulidad del acto jurídico.

Las solemnidades no esenciales, son a aquellas que la omisión no producen la nulidad del acto jurídico.

Las solemnidades estrictas, (ad solemnitatem) son aquellas que son imperativas y de orden público, quienes dan validez y existencia jurídica a los actos y contratos jurídicos y además dan prueba de la existencia.

Debemos manifestar que el contrato de promesa de compraventa tiene las solemnidades “ad solemnitatem” esto se da debido, a que en la venta de bienes inmuebles para la existencia del contrato se realiza mediante escritura pública, es decir, por instrumento público ante un notario el cual da fe de la validez y efectos que produjera el contrato de promesa de compraventa.

Como lo manifiesta el artículo 1570, La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes, que la promesa conste por escrito; y por escritura pública....



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.4. Efectos de las solemnidades

En cuanto a los efectos de las solemnidades debemos de decir que estas se generan frente a terceros debido a que dan vida y valides jurídica a los actos o contratos que se generan mediante la voluntad de los contratantes o intervinientes en dicho acto. Las solemnidades son hasta cierto, convencionalismos sumamente rigurosos, pero extremadamente necesarias.

Como se pudo colegir anteriormente las solemnidades no pueden ser alteradas ni trasgredidos puesto que al hacerlos, los actos no tendrán valides alguna haciendo imposible pedir su cumplimiento.

2.5. Efectos del contrato de promesa de compraventa

Los efectos del contrato de promesa son para aquellos que interviene en el contrato sea este el prominente comprador o el prominente vendedor que le faculta al primero poder exigir que le entregue la cosa prometida por lo tanto creando una obligación de hacer.

En concordancia con lo expuesto debemos de tomar en consideración la parte final del artículo 1750 del código civil que expone lo siguiente, “concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo previsto en el artículo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

precedente”; estableciendo así lo antes mencionado que es una obligación de hacer.

2.6. Las partes que intervienen en el contrato de promesa de compraventa

Dentro de este tipo de contrato por lo general participan dos personas las cuales son los que obligan a cumplir con lo pactado en el contrato de promesa de compra venta a quien se les denomina prominente comprado y prominente vendedor.

Para determinar qué es prominente vendedor y comprador debemos entender primeramente que definición nos da el diccionario de la real academia española, de promitente es un adjetivo que permite calificar a aquel o aquello que promete, por lo tanto el concepto está vinculado a lo que se promete.

2.7. Efectos entre las partes el contrato de promesa de compraventa

Los efectos que se generan entre las partes son de diversa índole, en nuestra legislación debido a que al momento en que las partes intervienen en la celebración de un contrato este debe de producir efectos como naturalmente se espera y más en este tipo de contrato en donde el efecto principal es que las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

partes concurran a celebrar el contrato definitivo una vez llegado el plazo o cumplido la condición.

Es así que en nuestro código civil se hacen referencia los efectos que se genera entre las partes como lo dispone el artículo 1562 que dice lo siguiente “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Esta disposición sostiene que una vez que las partes celebran un contrato estos tienen que someterse al mismo de manera estricta y cumplir con el mismo.

A si también con relación a lo anterior debemos de anotar lo que dispone el artículo 1562 que dice lo siguiente “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

Así también debemos de tomar en consideración cuando las partes no cumplen con el contrato prometido este generaría ciertos efectos entre las partes como son los siguientes.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1. El cumplimiento forzado, por parte del acreedor quien desea que se cumpla el contrato de promesa de compraventa y que se celebre el contrato prometido;
2. Que se autorice para hacerla ejecutar a un tercero, a expensas del deudor; y,
3. Que se le pague la indemnización por los daños ocasionados.

Los contratos en un principio deben de ser cumplidos por la buena fe de los contratantes, y cuando estos no se los realiza de esta manera generan estos efectos por el incumplimiento de una de las partes.

A si el maestro **Luis Claro Solar** sostiene que “la promesa de celebrar un contrato tiene por objeto dicha celebración, es decir la ejecución de un hecho...” (Solar, 2013, pág. 620)

2.8. Efectos frente a terceros en el contrato de promesa de compraventa



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los efectos que se generan frente a terceros no revisten mucha importancia puesto que frente a estos, no se genera ningún tipo de obligaciones debido a que ellos no participan de la celebración de dicho contrato, salvo algunas excepciones que están establecidos por la propia ley.

De lo anotado se derivan dos clases de terceros en donde tenemos terceros absolutos y terceros relativos en cuanto a los efectos, que frente a estos podría tener el contrato de promesa de compra venta.

Los terceros absolutos, son aquellos sujetos que no participan del celebración del contrato por lo tanto frente a estos no se genera ningún tipo de efectos puesto que no serán afectados y tampoco tendrán beneficio del contrato.

Los terceros relativos, son aquellos que están vinculado jurídicamente a las partes que realizaron el contrato o participaron del mismo, estos terceros relativos son aquellos que tienen un grado de parentesco filial, como los hijos es decir todos los herederos ya sean estos a título universal o a título singular.

De lo expuesto debemos decir que al momento en que fallece una persona, los bienes del causante y también los derechos y obligaciones se transmiten a sus herederos puesto que estos ocupan el lugar del causante por lo que serán



UNIVERSIDAD DE CUENCA

acreedores o deudores dependiendo las circunstancias en las que se encontraba la persona fallecida que suscribió el contrato.

Por lo tanto los herederos o sucesores a título universal, son aquellos que no intervienen en la celebración del contrato, pero estos no son extraños al mismo puesto que estuvieron representados por el la persona a la cual suceden al momento de la celebración del contrato, los mismos que le sucederán en todos sus derechos y obligaciones transmisibles de acuerdo con la ley, por lo cual los herederos adquieren la calidad de acreedores o deudores según el caso, en las mismas condiciones y términos en el que el causante acepto el contrato.

En tanto que las personas que son herederos a título singular, no tienen ninguna afección en cuanto a los efectos que genera dicho contrato celebrado por el causante, puesto que ellos no pasan a ocupar el lugar del causante con relación a los bienes derechos y obligaciones.

2.9. Los efectos por incumplimiento



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El contrato de promesa de compra venta debe ser cumplido de buena por las partes contratantes, sin embargo en muchas circunstancias esta situación no se realiza de tal manera, lo que provoca que para su cumplimiento se acuda a la administración de justicia para hacer efectiva, generando a si efectos por el incumplimiento de uno de las partes. “El incumplimiento, es desobediencia de órdenes, reglamentos o le yes, por lo general de modo negativo, por abstención u omisión, al contrario de los casos de infracción o violación.” (Ossorio, 2008, pág. 355)

CAPITULO III

3.1.Elementos de la promesa de compraventa

En cuanto a las cláusulas que deben de contener un contrato de promesa de compra venta, son aquellas disposiciones que hacen constar los sujetos que intervienen en el contrato, para así tratar de que el contrato futuro se realizará de manera que no tenga inconvenientes con relación a su cumplimiento.

Así algunos autores sostiene que las clausulas son independientes unas de otras, pero que al momento de interpretarlas estas deben ser tomadas en cuenta en su totalidad y así tratar de llegar de que cada uno tenga un sentido para llegar a su totalidad.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Siendo las cláusulas parte integrante del acto jurídico de que se trate, a ellas alcanzan sus efectos y la obligatoriedad relativa al acto. Como quiera que las cláusulas no son independientes unas de otras, sino que todas ellas forman un conjunto, que es la esencia del documento en que se hallan insertas, se han de interpretar las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte de la totalidad". (Solar, 2013, pág. 632)

Las cláusulas son de diversa índole, pero en el contrato de promesa encontramos cuatro tipos de cláusulas que son las siguientes cláusulas, las esenciales, las naturales, las accidentales y las de estilo.

De este tipo de cláusulas las más importantes en un contrato de promesa de compra venta, son **las cláusulas esenciales**, ya que la falta de estas cláusulas ocasionaría la inexistencia del contrato de promesa de compraventa.

Siguiendo con la definición de estas, debemos referirnos a las **cláusulas naturales**, que son aquellas que no necesitan ser mencionadas para que se les entienda incorporadas dentro del contrato de promesa de compra venta.

Las cláusulas accidentales son aquellas que no necesariamente necesitan ir en un contrato de promesa de compraventa, en tanto que son aquellas que las partes deciden de incorporar al contrato con ciertas particularidades específicas



UNIVERSIDAD DE CUENCA

como, por, ejemplo alguna condición que necesite hacerse mención en el contrato. Según (2008) afirma:

Son las que por costumbre se incluyen en la redacción de los contratos, de modo especial los que se otorgan ante notario, y que difieren no solo de país a país, sino también dentro de las diversas zonas de un país. Según algunos tratadistas, estas cláusulas son meramente formularias y no engendran derechos ni obligaciones, ni sirven para la interpretación del contrato, mientras que otros autores afirman que las cláusulas de estilo pueden no ser sólo formularias; por ejemplo, los llamados usos convencionales, usos negociables, usos del tráfico, cuyo. (pág. 423.)

Como hace referencia el autor estas cláusulas no son esenciales para la formación del contrato sino que en caso de alguna controversias pueden ser interpretadas.

Sin embargo también debemos hacer referencia a otro tipo de cláusulas que son necesarias en el contrato de promesa de compraventa que son el objeto, precio, plazo y la forma y lugar del pago.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.2. El objeto

Debemos definir al objeto como aquel que se debe de establecer con precisión qué es lo que debemos entender por objeto en el contrato.

Es así que el tratadista Ossorio define al objeto de la siguiente forma:

Toda especie de prestación puede ser objeto de un contrato, sea que consista en una obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa, y, en este último caso, sea que se trate de una cosa presente. (Ossorio, 2008, pág. 634)

3.3. Precio

También se debe de establecer un valor por el bien que es materia del contrato, al igual que se podrá establecer una mención de que deberá pagarse un precio, aunque no es necesario que se fije con precisión. Para Ossorio el precio es, Valor pecuniario en que se estima una cosa.

3.4. Plazo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.5. Es el día en que debe ocurrir aquel acontecimiento, es decir la celebración del contrato definitivo ya sea un acontecimiento voluntario o natural, en estas circunstancias se debe de establecer un día mes o año preciso para que esto no traiga consigo problemas. “El pazo se considera como, término o tiempo señalado para una cosa, vencimiento del término... cómputo de los **plazos** no incluye el día primero, y el último ha de transcurrir por completo” (Ossorio, 2008, pág. 733)

Lugar y la forma de pago

Debemos de entender en donde se debe realizar el pago, es decir el lugar del cumplimiento de la obligación esto debe ser preciso, aunque puede variar dependiendo si son bienes muebles o inmuebles ya que en caso de los primeros podría presentar algunas dificultades en cuanto a la entrega de los bienes, en tanto que la forma debe de estar establecido en la escritura. Por ejemplo se puede pagar el total del valor o una parte del costo del bien mueble o inmueble a la suscripción del contrato de promesa o se podría cancelar el valor completo al momento de firmar la escritura de compraventa, todo esto depende del acuerdo al que hayan llegado las partes.

3.5. Clausula penal

Al momento de celebrar un contrato de promesa, se puede incluir una cláusula para que en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes este



UNIVERSIDAD DE CUENCA

pague una indemnización debido a que le generaría perjuicios a esta se denomina clausula penal. Ossorio (2008) afirma. “La cláusula penal se refiere al supuesto en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa de retardar o no ejecutar la obligación.” (Ossorio, 2008, pág. 168)

El Código Civil al referirse a la cláusula penal nos dice que “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”.

Algunos tratadistas suelen definir ala clausula penal de la siguiente manera; como una evaluación anticipada que las partes contratantes hacen en el contrato sobre los perjuicios que podrían experimentar el acreedor frente al obligado de cumplir dicha obligación.

Las partes de común acuerdo pueden ponerse de acuerdo en el contenido de la cláusula penal, esto se debe realizar en el momento de la celebración o a subes en lo posterior, sin embargo es aconsejable que se lo realiza de desde un inicio debido a que será más difícil que se acceda a incluir la cláusula con posterioridad debido pueden surgir inconvenientes.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Es necesario recordar que las cláusulas penales son consideradas como una regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para sancionarlo, prevenirlo o para indemnizarlo. La ley menciona que las partes de un contrato, en base a la libertad de contratar, incluir algunas estipulaciones para el cumplimiento de los contratos, las mismas que se las conocen como cláusulas penales.

Debemos de enumerar algunos objetivos que persigue la cláusula penal y de ahí su utilidad.

1. Evita que la determinación de los perjuicios se lo realice por el juez, puesto que la determinación de los perjuicios, no corresponde en la mayoría de los casos a la realidad, y por lo cual el acreedor se ve perjudicado por dicha decisión impuesta por la autoridad.
2. El acreedor al momento que haya incumplimiento se exonera del peso de la prueba de los perjuicios por él experimentados. El acreedor que cobra perjuicios debe probarlos, debe justificar a través de los medios probatorios cuáles son los daños que sufrió, por lo que cláusula penal ahorra todo eso, las partes convienen en el monto de los perjuicios, y acreditada por el acreedor la existencia de la obligación, acreditando que el deudor no ha cumplido, el juez deberá condenar al deudor al pago de los perjuicios estipulados, sin que pueda alegar que la inejecución de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

obligación no le ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

3. La cláusula penal es medio que garantiza el cumplimiento de una obligación; esto puesto que al poner altas cantidades el deudor la única posibilidad que tiene es la de cumplir dicha obligación y si no cumple se someterá a una pena, de aquí el nombre de clausula penal.
4. La cláusula penal le brinda seguridad frente a obligaciones que sin esta cláusula haría imposible que se repare dicho daños ya que en ciertos contratos hace imposible que el acreedor ejerza una acción frente al incumplimiento de una obligación; al existir una obligación natural el acreedor no podría exigir el cumplimiento unilateralmente en caso de incumplimiento por parte del deudor, pero si existe una clausula penal, en la cual existe una penalidad el acreedor puede exigir que se ejecute las estipulaciones de dicha cláusula.

En cuanto a la jurisprudencia debemos de recurrir a lo que establece, La Corte **Suprema de Justicia de Colombia, en su Sala de Casación Civil debido**, debido a que en esta se aprecia una explicación bastante entendible, de la cláusula penal y que es lo que debemos de entender por la misma.

Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejara de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”.

(Sentencia del 23 de Mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los magistrados sostienen que la cláusula penal es aquella prestación que una de las partes hace en favor de otra debido a la falta de prestación de una obligación a la deficiente prestación razón por la cual para resarcir los daños que esto pueda ocasionar se estipula la cláusula con anterioridad.

3.5.1. La cláusula penal accesoria

Debemos decir que el objetivo primordial de la cláusula penal es aquella de asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

De esta manera debemos de establecer cuáles son las características que hacen que la cláusula penal tenga el carácter de accesorio.

Primero el artículo 1552 del código Civil dice en su primer inciso que: “La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”.

El primer inciso del artículo menciona que en caso de que por alguna de las circunstancias, por las que el contrato principal de promesa de compra venta, sea declarada nulo también lo será la cláusula penal, puesto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En tanto que los siguientes incisos del artículo antes mencionado sostienen lo siguiente:

“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona”.

“Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido”.

Razón por la que algunos sostienen de que la cláusula penal no tiene el carácter de accesoria esto debido a que cuando una persona realice el contrato de promesa en nombre de otra persona, y el contrato principal no sea válido la cláusula penal tendrá validez y será accionada a la persona que se comprometió en el nombre de la otra persona.

El artículo 1466 del Código Civil, nos dice:

“Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.

Teniendo en consideración que siempre debe existir una ratificación de esta persona para que la promesa de compraventa sea válida y la obligación principal que va a nacer de este contrato, en caso contrario, de no existir la ratificación se procederá a una acción de perjuicios en contra de la persona.

En cambio que el artículo 1465 del Código Civil, se refiere a que:

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

De acuerdo a lo expuesto el único el que puede exigir el cumplimiento de contrato será el tercero beneficiario y también así en caso de que existiera una cláusula penal dentro del contrato también se podrá pedir su ejecución en caso de incumplimiento.

En tanto que la segunda circunstancia por la que debemos entender que la cláusula penal es accesoria está tratada en los artículos es lo siguiente:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 1556: 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.

Exceptuase 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.

El **artículo 1557 del Código Civil**, en cambio se refiere a que la hipoteca es indivisible y que por tal razón se puede asegurar la pena con una hipoteca, de manera que este artículo expresa que: “Si la pena estuviere asegurada con hipoteca, podrá perseguirse ésta por toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiera lugar”.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.5.2. Tipos de clausula penal

Los tipos de cláusulas penales lo encontramos según algunos doctrinarios son de dos tipos como los sostienen los doctrinarios y que son clausula compensatoria y clausula por moratoria.

Clausula compensatoria, es aquella que tiene como objetivo compensar al acreedor por el incumpliendo de la obligación.

Clausula por moratoria, es aquella que será ejercida por la parte acreedora por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

En tanto para el maestro Claro Solar, establece que al momento de establecer las indemnizaciones debemos tomar en consideración los perjuicios y expone lo siguiente:

“...los perjuicios tiene lugar en tres situaciones diferente: cuando el deudor deja de cumplir con la obligación; cuando el deudor solo cumple parcialmente con la obligación y cuando retarda en el cumplimiento de su obligación”.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Continuando con el mismo autor establece cuáles serán las penas que serán impuestas en caso de que el deudor hay incurrido en cualquiera de estos tipos de perjuicios.

En los dos primeros casos la indemnización reemplaza total o parcia la obligación; el contrato subsiste; pero la obligación cambia de objeto y la prestación a que se obligo es sustituida en todo o en parte por la indemnización. En el tercer caso, la indemnización tiene por objeto abonar al acreedor el valor de los perjuicios que ha experimentado en su patrimonio por el retardo con el que el deudor da cumplimiento con su obligación. (Solar, 2013, pág. 635)

Una vez expuesto con presión cual es el objetivo de las indemnizaciones debemos también determinar el nombre que se les da a cada una de las indemnizaciones en caso de incumplimiento del deudor.

Se da el nombre de **compensatoria** a la indemnización que es sustituida en todo o en parte a la obligación no cumplida, y el nombre de **moratoria** a la que tiene por objeto indemnizar los perjuicios causados por el retardo.

De lo expuesto deberemos decir que la cláusula penal es un medio de presión para que las partes que interviene en un contrato de promesa de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

compra venta celebren sin ningún tipo de inconvenientes, pero en ciertas ocasiones y en la realidad los contratos no son celebrados en la manera en la que se espera que se cumpla; esta es la razón por las que en las cláusulas penales se tiende a poner cantidades significativas para que no hay el incumplimiento de ninguna de las partes.

3.5.3. El monto de la cláusula penal

En la cláusula penal se pensaría de que se puede estipular cantidades exorbitantes, con el afán de que se dé un cumplimiento de la obligación, debido que en ciertas ocasiones lo que importa es el objeto sobre el cual se celebró el contrato y no el dinero que representa.

Esta situación se da puesto que por la autonomía de la voluntad las partes podrían estipular la cantidad que ellos crearían, es un monto acorde al perjuicio que las partes sufrirían en caso de que no cumpliría con su obligación total o parcial o su retardo injustificado.

Es así que el artículo 1560 del código Civil establece como deberá ser considerado el monto de la cláusula penal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 1560.- 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.

Esta situación se da debido a que el juez no podrá mandar a pagar más del doble de la cantidad del valor del objeto de contrato, en caso de que las partes hayan estipulado una cantidad que sobrepase el duplo del valor.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.5.4. Domicilio de las partes contratantes

El domicilio es el lugar de residencia y en donde las partes tienen el ánimo de permanecer en ese lugar. “El domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de efectos jurídicos” (Ossorio, 2008, p. 344).

Por lo tanto también tendremos que tener en consideración si las partes estipulan un domicilio especial en donde debe de surgir efecto el contrato, en esas circunstancias se deberá tomar como domicilio dicho lugar.

Saneamiento por vicios de evicción

El saneamiento por evicción debe de estar estipulado en el contrato, si es que lo hubiere, puesto que el código contempla que debe de ser realizada por parte del vendedor salvo la estipulación en contrario.

Es así que el código Civil en su artículo 1775 dispone lo siguiente:

Art. 1779.- “El vendedor está obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta, salvo en cuanto se haya estipulado lo contrario”.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.5.5. Los gastos y honorarios

Los gastos dependerán de como lleguen de común acuerdo las partes, para cubrir todos aquellos que generen la celebración del contrato de promesa de compra venta.

El sometimiento de controversias

Los contratos de promesas de compra venta y en general todos los contratos deben de ser cumplidos de buena fe al momento de haber llegado el plazo y cumplido con la condición que se pacta en un principio, pero si esto no llegare a ocurrir y con el afán de precautelar los intereses de las partes pueden llegar a pactar un sometimiento especial para que en caso de que surja una controversia.

El sometimiento puede ser de distintas formas y maneras pero lo principal seria de que haya un sometimiento en cuanto al lugar en donde debe reclamarse si es que hubiera una controversia, es decir el juez de que ciudad o Cantón seria el competente de conocer dicho conflicto.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Así también el sometimiento del conflicto si este sería ventilado mediante la justicia ordinaria, o a su vez atreves de un método alternativo de solución de conflictos como lo es, el Arbitraje o a ciertos árbitros designados de común acuerdo.

Esto se puede dar debido a que la propia constitución contempla la posibilidad de someterse de común a la justicia alternativa.

3.6. La mora en un Contrato de Promesa de Compraventa

La mora en un contrato de promesa de compra venta puede darse como en cualquier otro tipo de contrato, en donde las partes no cumplen con lo estipulado en dicho contrato de promesa que a su vez retarda el cumplimiento.

La mora es un incumplimiento de la prestación que ha de relacionarse con el tiempo en que ésta ha de cumplirse. En tal sentido amplio, se entiende por mora o demora el retraso en el cumplimiento de la obligación cuando es jurídicamente relevante. De ahí que no quepa la equiparación automática entre retraso y mora, puesto que esta exigirá la concurrencia de toda una serie de requisitos adicionales. En la situación de mora aunque el cumplimiento sea tardío ha de ser todavía posible, puesto que en caso contrario nos encontraremos ante una situación de incumplimiento.



(Moya, 2009, p. 80)

UNIVERSIDAD DE CUENCA

Debido a que como lo mencionamos en líneas anteriores la promesa de compra venta es una obligación de hacer se debe de aplica lo que dispone el artículo 1569 del código Civil que dispone lo siguiente:

“Art. 1569.- Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora...”

El acreedor tiene la posibilidad de pedir una indemnización por mora y a su vez pedir el cumplimiento mediante un tercero pero a costa del deudor que está en mora.

Sin embargo en el contrato de promesa de compraventa cabe la posibilidad de que se dé tanto la mora por parte del deudor como también la mora por parte del acreedor en ciertos casos, es por eso que se debe de establecer con precisión al momento de ejercer una acción judicial de cumplimiento cuál de las partes está inmerso en la mora.

En el contrato de promesa de compraventa generalmente las dos partes tanto acreedor y deudor tienen que cumplir con su obligación al momento en



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que se ha cumplido el plazo o condición, pero en esta etapa puede existir un retardo de una de las partes o de los dos.

El retardo en el cumplimiento de la obligación genera que las partes se encuentren inmerso en la mora, pero que tendrá efectos diferentes, dependiendo de quién retarda en cumplir con su obligación, si retarda una de las partes sea esta acreedor o deudor la otra parte que se cree afectada podrá recurrir a la justicia y pedir que se ordene su cumplimiento una vez que se haya constituido en mora.

En tanto que si las dos partes retardan el cumplimiento surge la figura jurídica que instituye de que *la mora purga la mora* y por lo tanto ninguna de la parte podrá ser declarado o constituido en mora, debido a esto ninguno de los sujetos que intervienen en el contrato y que retardaron en el cumplimiento no estarán obligados a pagar las indemnizaciones que esto conlleva.

Es así que el jurista Ossorio (falta el año) Manuel establece lo siguiente con respecto a lo que se debe de entender por mora del deudor y el acreedor.

3.6.1. Mora del acreedor



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“En latín, mora accipiendi (mora del recibir). Situación en que se coloca el acreedor que se niega a recibir el pago de su crédito, a partir del momento en que el deudor se lo ofrece o efectúa la consignación.” (Ossorio, 2008, pág. 605)

En algunas situaciones se puede darse la mora del acreedor también no solo del deudor como lo señala el jurista en sus definiciones.

3.6.2. Mora del deudor

En latín, mora solvendi (mora del pago). Situación en que se coloca quien deja de cumplir a su vencimiento la obligación que le incumbe, y una vez que ha sido intimado para su cumplimiento por el acreedor. Ahora bien, la mora se puede producir de pleno derecho; es decir, sin necesidad de intimación, cuando se ha convenido que corra desde el día del vencimiento o cuando así lo determina la ley. El incursión en mora responde por los daños e intereses. En las obligaciones recíprocas, uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le corresponde. (Ossorio, 2008, pág. 605)

Una vez expuesto las situaciones que pueden acarrear el incumplimiento de una de las partes, como presupuesto principal se puede pedir el cumplimiento recíproco o a su vez las indemnizaciones por mora.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por lo antes mencionado es necesario recurrir a lo que dispone el artículo 1567 del Código Civil, en el cual menciona que el deudor está en mora:

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

La primera regla del artículo 1567 hace referenciaría a las deudas pendientes o las obligaciones que se requiere su cumplimiento, puesto que en la promesa de compraventa son esenciales las modalidades y el plazo no se requiere de requerimiento judicial.

La segunda regla se refiere que el deudor está en mora, cuando ha dejado de cumplir su obligación dentro de un espacio de tiempo, en el cual estaba obligado a hacerlo.

La tercera regla habla de una reconvenición judicial, que no es más que una contrademanda que hace la parte activa hacía la parte pasiva, en efecto que se



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fallen ambas pretensiones y, naturalmente ambas oposiciones, en una misma sentencia.

3.6.3. Clases de mora

Dentro de las clases de mora debemos de sostener que existen dos tipos de moras uno que se refiere al deudor y otra al acreedor, siendo la más importante y trascendental la mora incurrida por parte del deudor.

La primera clase es, La mora del deudor o solvendi.- es aquella obligación retardada por parte del deudor, con lo que se comprometió a realizar para con el acreedor. Ossorio (2008) afirma:

La mora del deudor es considerada en el término latín como mora solvendi (mora del pago). Y que es una situación en que se coloca quien deja de cumplir a su vencimiento la obligación que le incumbe, y una vez que ha sido intimado para su cumplimiento por el acreedor. El incurso en mora responde por los daños e intereses. En las obligaciones recíprocas, uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le corresponde. (p. 605)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La mora puede producir efectos de pleno derecho; sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional para que lo declare sino que una vez que ha llegado el día de su cumplimiento y este no se lo ha cumplido.

La mora es compatible con el dolo y la culpa, ya que la mora puede tener su causa en la falta de diligencia (culpa) o en la actuación dolosa del deudor. Sin embargo, en este caso de que el retraso haya sido originado por caso fortuito o fuerza mayor, este no será imputable al deudor y por tanto este no podrá ser constituido en mora.

(Álvarez, 2007.pag. 14)

En este sentido demos de manifestar que el deudor incurre en mora siempre y cuando no sea por algún hecho de la naturaleza o caso fortuito, debido a que el retraso es producto de la naturaleza y no de la voluntad o el descuido del deudor

3.6.4. Los requisitos para constituirse en mora

Según nuestra legislación establece ciertas condiciones en las que tiene que concurrir el deudor para que sé que tenga dicha calidad.

Dichos requisitos son los siguientes:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

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

4) Requerimiento Notarial que realice una da las partes.

Debido a esto el deudor debe de cumplir su obligación de manera en la que se estipulo en el contrato y así no incurrir en la mora.

3.6.5. La mora del acreedor

Este tipo de mora se da cuando el deudor no quiere recibir la cosa que está obligado a recibirla. En latín, **mora accipiendi** (mora del recibir). Situación en que se coloca el acreedor que se niega a recibir el pago de su crédito, a partir del momento en que el deudor se lo ofrece o efectúa la consignación.” (Ossorio, 2008, pág. 605)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.6.6. Efectos de la mora

Nuestra legislación no establece cuáles serán los efectos que genera la mora. Para poder determinar cuáles son los efectos debemos de recurrir a la doctrina y así poder establecer los mismos.

Para algunos doctrinarios estos son los efectos que generan la mora

1. La mora del acreedor excluye la del deudor;
2. Pasa a cargo del acreedor el riesgo o caso fortuito que pesase antes sobre el deudor; y,
3. El deudor puede obtener su total liberación mediante la consignación de la cosa debida” (Moya, 2009, p. 85).

3.6.7. Cumplimiento recíproco

Al momento en el que se realiza un contrato bilateral las dos partes deben de cumplir recíprocamente con lo pactado, que es la celebración de un contrato de compra venta, que es el contrato definitivo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

También se ha dicho que la mora en los contratos de promesa de compraventa es indispensable establecer debido a que en base a esto las partes podrán tomar la calidad de acreedor o deudor dependiendo de quien haga el requerimiento en primera instancia.

Es así que el artículo 1568 del Código Civil Ecuatoriano, “ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debido”.

De lo expuesto se desprende que las dos partes no se encuentran en mora si es que la otra parte no ha cumplido al tiempo que se debía con lo estipulado.

En la parte final se menciona o que haya estado dispuesto a cumplirlo, punto que ha sido muy debatido razón por la que es necesario establecer ciertos criterio de acuerdo con la doctrina.

Para tener una visión más clara citaremos al doctrinario Abeliuk Manasevich René, el cual sostiene que unos principios bastante claros serían los siguientes:

1) Si quien exige cumplimiento o indemnización, ninguna actividad específica por su parte ha tenido que desarrollar para que la obligación de otorgar el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

contrato prometido se cumpliera oportunamente, ni tampoco ha contraído por la promesa otras obligaciones, o ha cumplido las contraídas, creemos que todo el problema de la mora incide en la contraparte, si ésta se ha encontrado en las situaciones señaladas, y ella quedará en mora vencido que sea el termino estipulado;

2) Si ambas partes tenían obligaciones que cumplir o actividades que desarrollar para hacer viable el contrato definitivo estará en mora el que no cumplió con ello, siempre que la otra parte haya cumplido sus propias obligaciones y haya estado llano al cumplimiento de la de otorgar el contrato definitivo;

3) Es posible que alguna de las partes deba cumplir determinadas obligaciones al tiempo mismo de otorgarse el contrato definitivo, a fin de que éste se perfeccione; especialmente frecuente es que se haya estipulado todo o parte del precio de la compraventa prometida pagadero al suscribir la escritura correspondiente; y,

4) Es posible que ninguna de las partes haya cumplido, ya sea en cuanto al otorgamiento mismo del contrato definitivo o de aquellas otras obligaciones indispensable para hacerlo posible, o para su perfeccionamiento. En tal caso no hay mora para ninguno de ellos y se terminaría el contrato de promesa, pero sin indemnizaciones de perjuicio (Abeliuk R., 1971, pág. 99).



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.6.8. Las indemnizaciones por perjuicios de mora

Para determinar las indemnizaciones que puede pedir el acreedor a la contraparte debemos de referirnos a lo que dispone nuestro código civil que el inciso primero del artículo 1569, dice que el acreedor podrá pedir la indemnización por moratoria, que sería la compensación por el retardo por parte del deudor.

El acreedor a su arbitrio podrá pedir tal indemnización a su vez la resolución del contrato de acuerdo a lo que dispone el artículo 1505 que dice lo siguiente: “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

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

En los contratos de promesa de compraventa por lo general son incorporados las cláusulas penales, por lo que se debe tener especial cuidado al momento de redactar la cláusula penal puesto que por regla general no se puede exigir la obligación principal y la pena.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Es así que el **Código Civil en su artículo 1553**, es claro en cuanto a la exigibilidad de la cláusula penal, ya que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

Se debe de tener en concordancia con el artículo 1559, del mismo cuerpo normativo, en donde establece que:

“No podrá pedir 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”.

De tal manera que, una vez constituido el deudor en mora solo se puede exigir la cláusula penal por mora, para lo cual el artículo 1554 del Código Civil, nos dice que:

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



UNIVERSIDAD DE CUENCA

negativa, el deudor incurrirá en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse.

Por lo tanto, el acreedor además de las acciones de cumplimiento, tanto de forma específica como por equivalente, dispone de una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado.

3.6.9. Terminación de la mora

La mora del deudor termina cuando:

- 1) El deudor cumple con la obligación;
- 2) El acreedor concede al deudor un nuevo plazo; y,
- 3) El acreedor también incurre en mora, con lo que se compensa la mora del deudor y del acreedor.

3.7. Requerimiento mediante Notario Público.

Una vez llegado el plazo o la condición estipulado en el contrato de promesa, se deberá darse un cumplimiento recíproco de la obligación y así cumplir con la finalidad para la que fue celebrado el contrato de promesa de celebra un contrato, que es esencialmente realizar dicho acto.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Sin embargo en ocasiones las partes no cumplen con lo estipulado en el contrato por lo que hace necesario que una de las partes se valga, de una de las vías previstas en el ordenamiento jurídico para notificar a la otra parte que esta lista para cumplir con la celebración del contrato de compra venta prometidos.

Anteriormente el requerimiento se lo realizaba mediante el juez, sim embargo en la actualidad es potestad exclusiva de los notarios realizar dicha notificación para que las partes se acerquen y así celebren el contrato como lo establece la ley notarial en el Art. 18 numeral 18.

“Art. 18.- Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes:.. Numeral 18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones. De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito.”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La disposición es muy clara en cuanto a lo que deberá de hacer el notario Público que está facultado para practicar la diligencia notarial para el cumplimiento de la promesa de celebrar un contrato de promesa de compra venta.

También este artículo menciona que en caso de existir controversias en cuanto al cumplimiento por parte de los contratantes el notario se abstendrá de tramitar la causa y remitirá todo lo actuado a los jueces, para que estos conozcan el conflicto y resuelvan.

El requerimiento inicia con una petición de la parte interesada, al Notario Público para que proceda a la notificación a la contraparte.

Ejemplo

3.7.1. Modelo de petición

SEÑOR NOTARIO DEL CANTÓN CUENCAS

Yo.....de estado civil..... ecuatoriano de.....años de edad, ocupación..... Con domicilio en esta ciudad de..... Ante usted comparezco y con mayor comedimiento expongo y solicito,
 Los nombres del demandado son.....es el caso señor Notario, que mediante contrato celebrado el día.....el señor ,, , , , , , , , , , ,

HOLGER DAVID DUCHITANGA MOROCHO



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El antes indicado contrato vence el día...y encontrándome en el momento legal oportuno solicito que en base al Art. 18 numeral 18 se le notifique con mi requerimiento para la celebración del contrato de promesa

En el lugar de (residencia, negocio, comercio)

Sírvase notificar y elaborar el acta respectiva, confiriéndome una copia igual a la original que reposara en el archivo en su cargo.

ABOGADO

Una vez realizado la petición el Notario Público la acepta y procederá a citar y a si también asentar una acta en donde conste la notificación realizada.

Ejemplo

3.7.2. Modelo de acta de notificación

ACTA DE NOTIFICACIÓN

PETICIONARIO

NN

CUANTÍA

INDETERMINADA



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay , Republica del Ecuador a los 30 DEL MES DE MARZO del AÑO DOS MIL DIECISEIS previa petición ante mi DOCTRO EDY CALLE CORDOVA, NOTARIO PUBLICO DECIMO DEL CANTON CUENCA, el (a)

Comparece JUAN PIGUAVE, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad domiciliada en esta ciudad a quien de conocer en el acto doy fe por la documentación que lo acredita, solicitando se proceda al requerimiento para el cumplimiento de una promesa de celebrar el contrato de promesa de venta y cumplido los requisitos previos, me constituyo en el inmueble ubicado con el frente con las calles xxxxx siendo las xxxx, identificándome como Notario Público xxxx del Cantón Cuenca proceso a notificar al señor (en persona) (entregando a ...) (por debajo de la puerta) a fin de que la presente acta con todos los documentos presentados queda incorporados al protocolo de la notaria a mi cargo, se entregó dos copias certificadas al peticionario para que haga el uso que crea conveniente, Cuenca.

Por lo cual debemos decir que la mora dentro de un contrato de promesa de compraventa, es muy esencial para la celebración del contrato definitivo y el cumplimiento del mismo.

3.7.3. CASO PRACTICO ANALISIS.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ACTOR: Randy Lee Herseth Johnson

DEMANDADA: Judith Esther Armijos Durán

NÚMERO DE PROCESO: 17711-2014-0138

ESTADO DE LA CAUSA: Sentencia de Casación

MATERIA: Incumplimiento de Compra Venta

ANTECEDENTES

Sra. Judith Esther Armijos Durán y el Sr. Randy Lee Herseth Johnson el día el día 29 de marzo del 2011 proceden en el Notario Decimo, a celebrar un contrato de promesa de compraventa en donde el promitente comprador le entrega la suma de 17000.000 dólares en efectivo y estableciendo un plazo de 180 días para cumplir con el faltante del pago de 3000 dólares, siendo el precio total de la compra venta de 20000 dólares.

A si también se establece una clausula penal de acuerdo al artículo **1551 del código civil**, para que en caso de incumplimiento de una de las partes esta pueda ser accionada, el monto estipulado es de 3000 dólares de los estados unidos de Norte América



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Requerimiento judicial

Cumplido el plazo de los 180 días constante en la escritura pública de promesa de compra venta, el Sr. Randy Lee Herseth , procede a realizar el requerimiento judicial en base a los artículos 1567 y 1568 del código civil a fin de que se le constituya en mora a la deudora.

Frente a este requerimiento la deudora Sr. Judith Esther Armijos Duran contesta, manifestando de que se trata de un contrato de promesa de carácter ficticio y que ella no procedería a cumplir dicha promesa.

Por lo cual el Sr. Juez establece día y hora para que se cumpla con la obligación contraída, a la que existe el Sr. Randy Lee Herseth sin la comparecencia de la deudora.

Una vez realizada el requerimiento y constituido en mora la deudora continua el proceso.

Demanda

En la demanda el Sr. Randy Lee Herseth otorga procuración judicial a favor del Dr. Juan Tarquino Muñoz Aguirre, adjuntando la escritura de promesa de compra venta y el requerimiento judicial hecho a la parte deudora y constituido en mora a la promitente vendedora y de conformidad con el artículo 828 del código civil, ante la negativa de celebración del contrato y ya constituida en mora, demanda la devolución de los 17.000 de los estados unidos de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Norteamérica y 3000 dólares concernientes a la cláusula penal más los intereses que correspondan.

Contestación

En la audiencia de contestación y conciliación la parte demandada deduce las siguientes excepciones.

1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho
2. Falta de personería activa
3. Falta de derecho de la parte actora para proponer la siguiente acción, puesto que la compra venta es ficta
4. En procedencia de la acción.

Se acepta la demanda por considerarla clara y completa

Prueba aportada por las partes

Prueba Actor.

1. Promesa de compra venta
2. Requerimiento judicial
3. Declaratoria de deudora en mora

Prueba demandada

1. Que se considere como prueba el artículo 1505 del código civil
2. Que se considere que el Sr. Randy Lee Herseth se encuentra casado



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3. Los recibos en donde consta la firma del actor y que se refieren a intereses
4. Que se designe perito

Sentencia Primera instancia

En la sentencia una vez expuesta todos los antecedentes y una vez realizada un examen exhaustivo acerca de las pruebas aportadas por los sujetos procesales de conformidad con los artículos 1454 del código civil que contemplan que un contrato es ley para las partes y además el artículo 1569 ibídem, el acreedor ante la mora puede perder al juez junto con la indemnización de la mora, la indemnización de los perjuicios resultantes en la infracción del contrato, así también se menciona el artículo 1505 del código civil señala que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse lo pactado por una de las partes contratantes el juez también expone el artículo 1567, para declarar con lugar la demanda y disponiendo la resolución del contrato de compra venta celebrado ante el notario decimo del cantón cuenca el 22 de febrero del 2011.

La sentencia realizada por el juez cuarto de lo civil del cantón cuenca tiene una justa y adecuada apreciación del conflicto ventilado en su despacho.

La decisión dada por el juez es apelada ante la corte provincia de justicia del Azuay

Sentencia Segunda instancia.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La sala DE LO CIVIL Y MERCANTIL realizan un análisis de la causa y además se readmite a los artículos 1505 del código civil que dice “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”

También lo que hace la sala es determinar la existencia del contrato para lo que se readmite al artículo 1454 del código civil que dice, “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.”

También menciona el artículo 1732 que dice Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a Dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador el dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio.

Una vez expuesto los artículos que anteceden la sala, sostiene que el actor ha justificado que la promitente se encuentra en mora, por lo que la invocación por parte del accionante de la condición resolutoria tacita es aplicable, puesta que esta puede ser invocada siempre y cuando la parte que invoca ha cumplido lo pactado o se allano al cumplimiento dentro del plazo y modo estipulados,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

contra el contratante moroso por lo tanto la acción resolutoria tal como se ha propuesto prospera.

La sala también se pronuncia acerca de la cláusula penal en donde expone de que la cláusula penal puede ser pedida si se ha estipulado ya sea por el simple retardo o por el no cumplimiento de la obligación principal según los artículos 1468 y 1551 del código civil.

Así también es procedente sostiene la sala el pago de los intereses.

Analizados los puntos de la traba de la Litis la sala desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia venida en grano únicamente reforma en cuanto a los honorarios.

El análisis realizado por la sala de la corte provincial de justicia es aún más explícita pero sin embargo la parte demandada propone el extraordinario de casación.

Recurso de Casación

En el recurso de casación una vez admitida a trámite la sala de la corte nacional de justicia realiza en primer lugar la procedencia, en con sujeción a las causales de casación, y determina lo siguiente “La casación es un medio de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

impugnación extraordinario y supremo; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación “es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...), que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo”

Una vez que analizado los requisitos para exponer el recurso de casación la sala pasa analizar el siguiente punto, y siendo este el más importante y medular del presente proceso debido a que realiza un análisis profundo en donde expone lo siguiente “El actor ha comparecido y no ha solicitado ninguna de las dos opciones que enumera el Art. 1505 del Código Civil, porque no pide ni el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, ni su resolución;... acaso el actor no compareció mencionando que había acudido a la Notaría Décima de este cantón para supuestamente firmar el contrato definitivo de compraventa; mas hoy como era lógico de acuerdo las constancias procesales del caso no ha pedido el cumplimiento de dicha promesa, sino la devolución de dinero, situación que no está prevista en los Arts. 1505, ni 1551 del Código Civil, porque aparte de ello tampoco ha solicitado la resolución del contrato; es decir que se deje sin efecto el contrato de promesa de compraventa, que incluye también el pago de perjuicios... 5) En la sentencia que es hoy recurrida a través del presente recurso de casación, se aplican indebidamente los Arts.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1505 y 1551 del Código Civil en vigencia que en ningún momento fueron invocados por la parte accionante, ya que no existe dicho particular en autos del proceso, es decir se está concediendo una resolución de contrato que en ningún momento ha sido solicitado por la parte actora, situación que va en perjuicio directo hacia mis intereses...". A fojas 24 y vta. del cuaderno de primera instancia consta la demanda accionada por Juan Tarquino Muñoz Aguirre en su calidad de Procurador Judicial de Randy Lee Herseth Johnson: "... de conformidad al artículo 828 del Código de Procedimiento Civil vigente demandado (sic) en juicio verbal sumario por así disponerlo las partes en la promesa de venta a, Judith Esther Armijos Durán, la devolución del dinero que le tengo entregado esto es la cantidad de diez y siete mil dólares americanos, (\$17.000.00 USD), más el valor de tres mil dólares americanos (sic) (\$3.000.00 USD), que corresponde a la cláusula penal constante de la promesa de compra venta que adjunto, más los intereses que legalmente correspondan a la tasa máxima establecida a la fecha...", demanda a la que precedió un requerimiento judicial (fs. 11 y vta.), accionado conforme lo dispuesto en los Arts. 1567 y 1568 del Código Civil, derivado de la celebración de la escritura pública contentiva de la promesa de compraventa de un inmueble otorgada ante el Notario Décimo del Cantón Cuenca, el 29 de marzo de 2011, por Judith Esther Armijos Durán, como promitente vendedora, a favor de Ray Lee Herseth Johnson. Todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho, por ello la necesidad de que en demanda, contestación, reconvenición, se suministren los hechos, lo factual y en armonía con el principio procesal



UNIVERSIDAD DE CUENCA

identificado con el de la carga procesal; precisamente por ello que la primera función del juzgador en el proceso sea la de investigar los hechos, para luego, al resolver, deducir el derecho que surja de aquellos. “El juez conoce el derecho, y nada importa que las partes omitan mencionarlo o incurran en errores con respecto a la ley aplicable, porque a él le corresponde establecer su verdadera calificación jurídica en virtud del principio *iura novit curia*; pero no ocurre lo mismo con los hechos, que sólo puede conocerlos a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellas produzcan para acreditarlos” (Hugo Alsina, citado por Víctor De Santo, *La Prueba Judicial*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 16). Por ello que cuando los sujetos procesales están de acuerdo respecto de la forma en que se han dado los hechos, el juez debe aceptarlos – siempre que no sean inverosímiles o contrarios al orden natural de las cosas- evento en que la cuestión es de puro derecho y el juez, prescindiendo de la prueba, se limita aplicar el derecho. Pero cuando la carga de la afirmación es distinta no puede aceptar unos hechos negados o contradichos por otros, evento en el que el Art. 400 del Código de Procedimiento Civil prevé: “Si las excepciones o la cuestión planteada en la reconvencción versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en los que las partes deben concurrir con el propósito de procurar una conciliación que dé término al litigio”; de no ser posible un avenimiento el Art. 405 *ibídem* dispone: “...el juez recibirá la causa a prueba por el término de diez días, para que se practiquen las que pidan las partes”. Consta del considerando tercero de la sentencia que la recurrente impugna: “Tratándose



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que la acción propuesta es de devolución de dinero por incumplimiento de contrato de promesa de compraventa, debemos remitirnos al Art. 1505 del Código que dice: 'En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios'... En el presente caso, se ha justificado el incumplimiento de la promitente vendedora. La que invoca la accionante es una condición resolutoria tácita, que suple o interpreta la voluntad de las partes, y que teniendo el carácter de una medida de ejecución, se produce con intervención del juez; porque la ley sólo autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido lo pactado, o se allanó a cumplirlo dentro del plazo o modo estipulados, contra el contratante moroso (Art. 1568 C.C.). Por lo tanto la acción resolutoria, tal como se ha propuesto, prospera...". El contrato de promesa de compraventa es el más frecuente de aquellos de celebrar otro y está regulado por el Art. 1570 del Código Civil. Arturo Alessandri Rodríguez dice que éste "...es un contrato por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato de venta determinado en cierto plazo o en el evento de una condición" (Derecho Civil, De Los Contratos, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago-Chile, 1976, p. 143). "La celebración de un contrato de promesa implica que en el momento de concluirlo, las partes, por diferentes razones, no quieren o, más frecuentemente, no pueden aún otorgar el definitivo prometido; de no ser así, lo lógico sería que lisa y llanamente celebraran este último. Estos motivos pueden ser múltiples, de los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cuales, referidos a la promesa de compraventa de inmuebles,... no es la única, pero sí la más frecuente de obligación convencional de contratar...” (René Abeliuk Manasevich, El contrato de promesa, Ediar Editores Ltda., Santiago, 1983, p. 18). La promesa de venta constituye un acuerdo precontractual cuyo ejercicio es imputable a la autonomía de la voluntad, que debe cumplir indefectiblemente los presupuestos del Art. 1570 del Código Civil: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código; 2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces; 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, 4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban”. Entre los efectos del contrato de promesa de compraventa está el de crear una obligación de hacer, es decir, la de celebrar el contrato prometido, “... vincula a las partes intervinientes en el mismo para la conclusión de un contrato futuro, que no se pudo o no se quiso celebrar al tiempo de suscribir (el contrato de promesa), y por ello, tal contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se obligaron” (sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de España de 2 de febrero de 1960, citada por Jaime Santos Briz, Los contratos



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en particular, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, p. 29). .

5.1.3. Consta de las cláusulas cuarta y quinta de la promesa de compraventa referida, “Cuarta: El plazo que se imponen los contratantes libre y voluntariamente de esta fecha en ciento ochenta días en la cual se suscribirán las correspondiente (sic) escrituras y traspaso de esta propiedad.- Quinta: Libre y voluntariamente los contratantes se imponen una multa por la suma de tres mil dólares, que deberán ser cancelados por la parte que incumpliére con este contrato de promesa de venta a la parte observante del mismo...”, convención bilateral que está ligada al cumplimiento de una obligación diferida en el tiempo, “...destinada a producir un efecto jurídico, que puede consistir en la creación, conservación, modificación, transferencia o extinción de un derecho” (Arturo Alessandri Rodríguez, De los contratos, Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile, p. 3), siendo eventos subsiguientes que dependen o de la voluntad de los contratantes o de su inacción, conforme lo prevé el Art. 1561 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. El hecho de que los contratantes pacten una cláusula penal, deviene en un derecho condicional o contingente que conlleva riesgos implícitos, previstos y asumidos por los contratantes; dependen de su conducta y de la rigurosidad o no con la que se desenvuelva la relación contractual, siendo aquellos parámetros mayormente palmarios en los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo, en contraste con los contratos de ejecución instantánea. “La trascendencia de la cuestión deriva de la necesidad



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de un lapso para que, durante el mismo, ocurran los hechos desquiciantes de la relación negocial. Si se cumple enseguida, de inmediato, no se da esta posibilidad. Recordemos que la mora del deudor, su retraso imputable, obsta, al menos como regla, a requerir la revisión...” (Jorge Mosset Iturraspe, Miguel A. Piedecabras, La revisión del contrato, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 64). Las alegaciones deben estructurarse de conformidad a las causales que se encuentran determinadas en el Art. 3 de la Ley de Casación, ya que éstas suponen el marco referencial y legal en el cual el Tribunal de Casación debe desenvolverse y actuar en estricto sentido; en el marco del presente análisis dependen de la justificación probatoria y su vinculación con la alegación, por lo que no pueden ser analizadas con cargo en la causal primera. Para mayor entendimiento de lo manifestado, el Tribunal de Casación no puede intervenir, por regla general, en el examen de las pruebas aportadas dentro del proceso para determinar cada etapa de la ejecución de las relaciones contractuales, así como sus posibles consecuencias jurídicas, excepto en los eventos de arbitrariedad o absurdidad en su valoración por el juez de instancia, cuestión trascendente para establecer la viabilidad de la impugnación en el evento de alegarse la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. En razón de lo expresado en el análisis precedente, en el sentido que existe imposibilidad de pronunciarse sobre la pretensión de la casacionista, al ser inasible e ineficaz su impugnación, se la desestima. 6. DECISIÓN EN SENTENCIA: Por la motivación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO



UNIVERSIDAD DE CUENCA

SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa la sentencia proferida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. Sin costas ni multas”.

Realizada este análisis del caso, podemos llegar a la conclusión que todos los temas tratados en la presente investigación tienen aplicación práctica cómo podemos observar, y que servirá tanto para la realización de un contrato de promesa teniendo en cuenta los elementos esenciales necesarios para la celebración de la promesa, como también los conflictos que ocurriesen y la forma de solucionarlos.

4. CONCLUSIONES

Las conclusiones que se desprenden del este trabajo investigativo son de diversa índole de las cuales podemos extraer las siguientes:

El contrato de promesa no se encuentra regulado de manera clara y precisa por parte del código civil por lo que hace que en ciertas ocasiones se termine confundiéndose en el afán de tener una visión clara de dicho tema.

Otro de los puntos es que no se tiene una definición clara a cerca de que es lo que se debe de entender por el contrato de promesa de compra venta, por lo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

tanto debemos decir que es un contrato en donde las partes contratantes celebran un contrato en donde estipulan que una vez cumplido la condición o plazo se lo realizara en contrato definitivo.

En el contrato de promesa estamos obligados a cumplir con todos los requisitos determinados en la ley puesto que si omitimos uno de las exigencias determinadas en la ley el contrato celebrado será declarado nulo.

El contrato de promesa de compra venta tiene como efecto el crear una obligación de hacer, por tanto en caso de incumplimiento la parte perjudicada podrá pedir los perjuicios por haber ocasionado un daño. A si también estará facultado para poder ejecutar la cláusula penal en el caso de haberlo estipulado.

El contrato de promesa de compra venta al ser reconocido por la legislación ecuatoriana como un contrato tiene sus elementos esenciales, naturales y accidentales propio que los diferencia de los demás.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

5. BIBLOGRAFIA.

Abeliuk, R. (1971). *El Contrato de Prpmesa*. Santiago de Chile: López-Viancos.

Abeliuk, R. (1983). Santiago de Chile: Lorez-Vianco.

Arnau Moya, F. (2009). *Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos*. España: Universitat Jaume.

Bello, A. (1890). *Obras completas de Don Andrés Bello*. Santiago de Chile: Pedro G. Ramírez.

Bonivento Jiménez, J. (1989). *La Promesa de Compraventa de Bienes Inmuebles*. Bogotá.

Claro Solar, L. (2013). *explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. santiago: editoriar juridica de Chile

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2003).

Enciclopedia Juridica Omeba. (1967). Buenos Aires: Bibliográfica.

<http://definicion.de/contrato/#ixzz2W95Gnl00>. (2008). Recuperado el 02 de Septiembre de 2013

Messineo, F. (1962). *Contratto Preliminare*. Milan: CICU.

Meza Barros, R. (1976). *Manual de Derecho Civil de las Fuentes de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Jurídica.

Moreano Chacón, A. (2008). *Código Civil Latinoamericano*. Quito: Gráficas Beltrán.

Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Datasean S.A.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Oviedo Albán, J. (2003). Apuntes sobre el Contrato Bilateral de Promesa en el Derecho Privado Colombiano. *Universitas*, 56.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Real Academia Española,. (2003). Recuperado el lunes 30 de septiembre de 2013, de Diccionario de la Lengua Española-vigésima segunda edición:

<http://www.rae.es/>