



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

El contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles: el trámite para su ejecución por incumplimiento. Principios, tendencias actuales, procedimiento y posibles reformas

TRABAJO DE TITULACIÓN.

AUTOR: Avila Yépez, Mario Xavier, Dr.

DIRECTOR: Valdivieso Espinosa. Patricio Alberto, Mg.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magíster

Patricio Alberto Valdivieso Espinosa

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de titulación, denominado “El contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles: el trámite para su ejecución por incumplimiento. Principios, tendencias actuales, procedimiento y posibles reformas” realizado por el estudiante: Mario Xavier Ávila Yépez, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Septiembre del 2015.

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Ávila Yépez Mario Xavier, declaro ser autor del presente trabajo de titulación: El contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles: el trámite para su ejecución por incumplimiento. Principios, tendencias actuales, procedimiento y posibles reformas, de la Titulación Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo el Mg. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f)

Autor: ÁVILA YEPEZ MARIO XAVIER

Cédula: 170960998-4

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mi padre, hombre ejemplar dedicado al estudio y la preparación profesional constante, y a mi madre, mujer fuerte y complemento perfecto de todos quienes han necesitado de su ayuda.

Aunque mi padre no esté entre quienes le quisimos, sé que estaría orgulloso por este logro.

MARIO XAVIER ÁVILA YÉPEZ

AGRADECIMIENTO

Por todos los valores que mis padres me inculcaron, mismos que me han servido de puntal e impulso para seguir creciendo en todos los aspectos de mi vida, y actualmente, con mis estudios de Postgrado. Gracias infinitas.

MARIO XAVIER ÁVILA YEPEZ

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO PRIMERO.....	6
TENDENCIAS PROCESALES CIVILES, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES ACTUALES	6
1.1. Principales criterios y doctrinas contemporáneas respecto al proceso ...	7
1.1.1. La importancia de la buena fe en el proceso	20
1.1.2. Temeridad y malicia.....	23
1.1.3. Perspectivas de autores ecuatorianos.....	27
1.1.4. El proyecto de Código Orgánico General de Procesos	41
1.2. El proceso: Principios y garantías constitucionales relacionados.	45
1.2.1. Nociones generales	45
1.2.2. El Código Orgánico de la Función Judicial y la Constitución. Análisis comparativo y doctrinario	48
1.2.3. Los principios y el debido proceso	54
1.2.4. Principales principios correspondientes al proceso civil	57
1.2.5. Los derechos de protección constitucionales y los principios del proceso.....	58
1.3. El derecho de propiedad en la Constitución y en la normativa civil ecuatoriana	60
1.3.1. Antecedentes históricos	60
1.3.2. La función de la propiedad	70
1.3.3. La propiedad y la naturaleza.....	76
1.3.4. La propiedad intelectual.....	76

1.3.5. Derecho comparado: la propiedad en el convenio europeo de derechos humanos	77
CAPÍTULO SEGUNDO	123
EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO	
PROMESA DE COMPRAVENTA: RECURSOS PROCESALES	123
2.1. El contrato promesa de compraventa de bienes raíces y el formalismo exigido para su validez. Casuística particular y protección de los derechos de las partes.....	124
2.1.1. Conceptualización.....	124
2.1.2. Las solemnidades.....	126
2.1.3. La promesa de compraventa en la escritura pública.....	132
2.1.4. La promesa de compraventa como título ejecutivo.....	134
2.1.5. La eficacia del instrumento de promesa de compraventa de bienes raíces.....	136
2.1.6. Requisitos del instrumento público, el instrumento privado en relación a la promesa de compraventa de un bien raíz y el proceso	139
2.2. Obligaciones de las partes en el contrato promesa de compraventa de bienes raíces: un enfoque hacia las necesidades procesales prácticas.....	143
2.2.1 La escritura pública	146
2.2.2. El plazo	150
2.2.3. Especificación del contrato que se va a celebrar a futuro	153
2.2.4. La cláusula penal	158
CAPÍTULO TERCERO	163
RECURSOS PROCESALES Y EL DERECHO COMPARADO	163
3.1. EL TRÁMITE PARA LA EJECUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. LA BUENA FE Y EL ABUSO DEL PROCESO. CASOS PRÁCTICOS.....	164
3.1.1. Concepciones previas	164
3.1.2. El trámite de ejecución de la promesa de compraventa incumplida. Análisis crítico.	168
3.1.3. El requerimiento.....	170
3.1.4. El trámite judicial para la ejecución de la promesa de compraventa de un bien raíz	175
3.1.5. El proceso	178
3.1.6. Alegatos y audiencia de estrados	191

3.1.7. La sentencia	192
3.1.8. La casación en el juicio ejecutivo.....	195
3.1.9. La acción extraordinaria de protección	196
3.1.10. La ejecución de la sentencia en las obligaciones de hacer y el juicio ordinario posterior.....	198
3.1.11. El juicio ordinario posterior.....	202
3.2. REALIDAD, NECESIDAD Y ADECUACIÓN DE LA NORMA SUSTANTIVA Y ADJETIVA, AL TRÁFICO INMOBILIARIO.	205
3.2.1. Las resoluciones sc.dsc.g.13.014, sc.dsc.g.14.002 y scv.dsc.g.14.012 emitidas por las Superintendencia de Compañías.	205
3.2.2. La Resolución inicial, SC.DSC.G.13.014 publicada en el R.O. No. 146 de 18 de diciembre del 2013.....	206
3.2.3. La Resolución reformativa, SC.DSC.G.14.002 de 4 de Febrero del 2014	209
3.2.4. La Resolución reformativa, SCV.DSC.G.14.012 publicada en el R.O. No. 296, de 24 de Julio del 2014	211
3.2.5. La normativa general: civil y procesal	213
3.3. REQUISITOS PREVIOS QUE PODRÍA REUNIR LA ACCIÓN. EL INCUMPLIMIENTO Y EL POSTERIOR REQUERIMIENTO. ESTRUCTURA DEL NUEVO PROCESO. SU RELACIÓN CON OTROS PROCESOS ESPECIALES. SENTENCIA Y EJECUCIÓN.	220
3.3.1. Requisitos previos de la acción. El incumplimiento.....	220
3.3.2. Estructura del nuevo proceso	222
3.3.3. El mandato de cumplimiento de la obligación.....	224
3.4. EI PROCESO Y SU RELACIÓN CON OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	227
3.4.1. LA MEDIACIÓN	229
3.4.2. ARBITRAJE	234
CONCLUSIONES.....	240
RECOMENDACIONES.....	243
PROPUESTA	248
BIBLIOGRAFÍA	259
Apéndices	265

RESUMEN

En este trabajo, se analizan los procesos judiciales que el incumplimiento de cualquiera de las partes suscriptoras del Contrato Promesa de Compraventa de bienes raíces, genera.

Detalladamente se descubre, cómo las normas procesales ecuatorianas vigentes a la fecha, en estos casos, lejos de cumplir con lo establecido en la Constitución de la República (Art.169) y el Código Orgánico de la Función Judicial (Art.118), retardan la aplicación de una justicia pronta y efectiva.

Así mismo, a través del análisis comparativo de doctrina jurídica seleccionada, de leyes nacionales y extranjeras, de la realidad humana y de la practicidad de los procedimientos judiciales, se identifica el por qué ejecutar un contrato de Promesa de Compraventa, se ha convertido en una experiencia procesal larga y desgastante, así como cuáles podrían ser las soluciones procesales generales, mismas que, en algunos casos, se aplican ya en otras legislaciones.

Se estudia el nuevo Código General de Procesos, en la parte pertinente, así como las iniciativas de la Superintendencia de Compañías que, a través de varias Resoluciones, ha procurado dar seguridad a los suscriptores de este tipo de contratos.

PALABRAS CLAVES: promesa de compraventa, incumplimiento, bienes raíces, proceso civil, reforma, juicio ejecutivo.

ABSTRACT

In this paper, the legal proceedings that the failure of any of the signatory parties of the contract promise of sale of real estate, generates analyzes.

Detail is discovered, how the Ecuadorian procedural rules in force at the time, in these cases, far from complying with the provisions of the Constitution of the Republic (Art.169) and the Code of Judicial Function (Art.118), slow implementing prompt and effective justice.

Likewise, through the comparative analysis of selected jurisprudence, national and foreign laws, of human reality and practicality of court proceedings, identifies why run a promise of sale agreement, it has become a long and exhausting trial experience and what could be the general procedural solutions themselves, in some cases, are already applied in other legislation.

The new General Process Code, in relevant part, as well as initiatives of the Superintendency of Companies which, through several resolutions, has sought to reassure subscribers of these contracts is studied.

KEYBOARDS: promise of sale, failure, real estate, civil process, reform, executive judgment.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el alto índice de negocios inmobiliarios, obliga a dar seguridad jurídica a los mismos, por lo que tanto Vendedores como Compradores de los bienes raíces, utilizan una variada gama de instrumentos privados y públicos, con los cuales intentan asegurar la compraventa y sacramentar en ellos, las condiciones como precio y forma de pago, entrega del bien, saneamiento, penalidad por incumplimiento, así como otras cláusulas que varían según las particularidades legales de cada negociación. El contrato más utilizado, para estos efectos, es el de promesa de compraventa, mismo, que para su validez jurídica, debe principalmente reunir los requisitos establecidos en los Arts. 1570 y 1740 del Código Civil, especialmente, otorgarse por escritura pública. En caso de incumplimiento de ésta por cualquiera de las partes, se inicia un procedimiento legal a partir del requerimiento, el juicio ejecutivo y el juicio ordinario o el establecido en la cláusula respectiva. Si la promesa de compraventa consta en documento privado se deberá iniciar una acción ordinaria. La tramitación y conclusión de este trámite, en la práctica, puede llevar varios años, con el consiguiente perjuicio para el patrimonio, desgaste de las partes y sobrecarga de trabajo a los operadores de justicia, lo cual se podría mejorar con ciertas modificaciones al proceso para ejecución de estos instrumentos, adaptadas a la realidad social.

La mala utilización de instrumentos “jurídicos” o la imposición de “formatos” preconcebidos de promesa de compraventa, sumado a la urgente necesidad de adquirir un techo o bien raíz por gran parte de la población, las continuas defraudaciones a los interesados en comprarlo, y la demora de los procedimientos judiciales para declarar o reconocer los derechos de la parte perjudicada, permite cuestionarlos gravemente. En este aspecto, y en un intento por prevenir y disminuir estos abusos, la Superintendencia de Compañías, mediante Resolución No. SC.DSC.G.13.014, publicada en el R.O. N0.146 de 18 de Diciembre del 2013, puntualiza y regulariza los requisitos para el otorgamiento de las promesas de compraventa por parte de compañías que realizan actividad inmobiliaria, la cual es modificada posteriormente, aliviando las exigencias para las compañías inmobiliarias. Aunque se entiende que únicamente es aplicable a las compañías sujetas a su control, mas no a otro tipo de sociedades o personas naturales. Al

respecto, pocos son los autores ecuatorianos que han dedicado unas breves líneas al análisis de este problema y las soluciones posibles. Entre ellos el Dr. Vladimiro Villalva, y a nivel internacional, Arturo Alessandri.

Por ello, a través de este estudio se establecerá la necesidad de actualizar la normativa relacionada con la ejecución de las obligaciones contenidas en el contrato de promesa de compraventa, particularmente en lo procesal, para volverla más ágil y respetuosa de las necesidades del usuario del sistema judicial. Una de las explicaciones a esto, es que la normativa debe ajustarse a la realidad – necesidad de los usuarios de la justicia, lo que redundará a futuro, en un fortalecimiento de la Función Jurisdiccional. Se debe propender al cumplimiento de lo establecido en el Art. 169 de la Constitución vigente y el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial: las normas procesales deben consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. Entender la realidad ecuatoriana actual en este problema específico, y hacerla compatible con las tendencias procesales internacionales actuales, y tanto más cuanto que al momento se ha presentado un proyecto de código orgánico general de procesos, para su revisión y posterior aprobación, abren el camino para la evolución normativa.

El estudio de la escasa información sobre este tema, proporcionada por algunos autores y su aplicación a la actual realidad práctica y normativa se constituyó en una limitante, pero en función de la aplicación de principios básicos del derecho y el intento de la Superintendencia de Compañías por establecer parámetros de control sobre este tema, dan fe de la necesidad de realizar cambios y adoptar prontas soluciones.

Los objetivos se han cumplido así:

-Necesidad y conveniencia de modificar el procedimiento para ejecutar las obligaciones contraídas e incumplidas en la promesa de compraventa de un bien raíz, respetando la normativa vigente y conexa, para hacer más ágil el reconocimiento de los derechos de las partes, en lo procesal. Habiendo analizado la normativa actual, y la realidad jurídica ecuatorianas, especialmente en el nuevo siglo, y comparándola con otras legislaciones y criterios nuevos de tratadistas reconocidos, se ha visto que la necesidad de agilizar y abreviar el procedimiento de

ejecución, como ocurre en otro tipo de procesos, a través del uso de la tecnología, las audiencias, la limitación de los recursos y la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos.

- Evidenciar que la normativa procesal ecuatoriana, respecto a la ejecución de obligaciones de la promesa de compraventa de bienes raíces, debe evolucionar, de acuerdo a la dinámica jurídica y necesidades de los usuarios de justicia y sujetarse a lo establecido en el Art. 18 del COFJ. La Superintendencia de Compañías, ha realizado un importante intento por regular los parámetros, condiciones y formas de otorgamiento de las promesas de compraventa, desde el año 2013, a través de varias resoluciones. En todo caso, se demuestra la intención de fortalecer un criterio preventivo que asegure los derechos de las partes, justamente porque la fase ejecutiva es demasiado larga y desgastante.

- Realizar un análisis comparativo con otras legislaciones de origen común a la nuestra, con requisitos y formalidades sustantivas y procesales diferentes para los contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles y su ejecución: Se ha estudiado lo dispuesto por legislaciones como la chilena, especialmente, la francesa, alemana y europea en general, que, utilizan procedimientos como el monitorio para la ejecución de obligaciones y en algunos casos, otorgan a la promesa de venta de un bien raíz, otorgada por instrumento privado, la misma validez de una escritura pública.

- Dar seguridad jurídica y proteger de forma efectiva, los derechos de las partes intervinientes en el contrato, especialmente su patrimonio. Al otorgar validez jurídica al contrato privado de promesa de compraventa de un bien raíz, abreviar ciertas fases del procedimiento ejecutivo, limitar los recursos que se pueden interponer de las resoluciones que se dicten en éste y evitar el planteamiento de un juicio ordinario posterior, la ejecución y cumplimiento de las obligaciones se hará más ágil, en beneficio de los derechos de las partes y su confianza en el sistema judicial.

CAPÍTULO PRIMERO

TENDENCIAS PROCESALES CIVILES, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES ACTUALES

1.1. Principales criterios y doctrinas contemporáneas respecto al proceso

El conocimiento del ser humano en todos los campos, está en permanente evolución, al igual que sus instituciones; más aún en la época contemporánea, donde la tecnología y las tendencias globalizadoras exigen mayor eficiencia a quien quiera participar de los beneficios de este desarrollo. El Derecho no escapa a esta realidad, y particularmente, el derecho procesal.

Lida Garrido Cordobera, citando a León Duguit, expresa: “Sostenía también muy acertadamente que las leyes positivas, los códigos pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, pero que por la fuerza de las cosas, la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, puede ocurrir que el texto haya quedado sin fuerza y sin vida, o bien que mediante una sabia y sutil interpretación se le dé un sentido y un alcance no soñado por el legislador al redactarlo.”¹

El Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia específica con el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”, con la sola particularidad de que en el COFJ, se agregan dos principios más: oralidad y dispositivo. En la misma línea, los Arts. 19, 20, 127, 145 y 149 de este último cuerpo legal, instruyen y ordenan a los Ayudantes Judiciales y al Juez, la forma en que se implementarán los principios mencionados.

En el Art. 149 del COFJ, se norma la recusación por demora en el despacho, aplicable para la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales y Tribunales. Si el responsable no despacha dentro de noventa días, más un día por cada 100 fojas, cualquiera de las partes puede solicitar la remisión del proceso a los conjuces para

¹ Lidia Garrido Cordobera, Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV, Volumen I, citando a León Duguit, Editores Académicos Jorge Gabino Pinzón Sánchez, María Fernanda Navas Herrera y Yadira Alarcón Palacio, 1 era. Ed., Bogotá: pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Editorial Temis, 2010. (Colección Realidades y Tendencias), pág. 98.

su despacho en el término indicado, bajo la amenaza de una sanción económica equivalente al décimo de la remuneración básica unificada del trabajador por cada día de retardo. Sin embargo en la práctica, este recurso, que debería ser un apoyo y alivio para el litigante y el sistema procesal, se ha convertido en una opción más para favorecer la dilatación del proceso y a la parte a la cual no le interesa que el trámite siga su curso normal, considerando que no es común obtener una resolución o sentencia dentro de los plazos límite establecidos en la ley.

Se ha hecho relación sutilmente, en las normas citadas, a una forma de actuar que debería primar en el proceso: **la buena fe**. Este principio se consagra en el Art. 26 del COFJ: “**Principio de buena fe y lealtad procesal.**- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. *Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.* La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.” (énfasis añadido)

Por su subjetividad, es difícil delimitar y comprender los alcances de la buena fe. Sin embargo, el autor Gerardo Ancarola lo intenta: “el contenido de la buena fe tiene un evidente carácter ético y que ha sido y es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la moral en el derecho positivo, por lo que no puede subestimarse la importancia de este proceso de fusión del Derecho y la Moral. Habiéndose entendido, correctamente, que la buena fe jurídica consiste en la convicción de actuar conforme a Derecho...”²

En esta línea, Lino Enrique Palacio expresa: “Concebido en efecto el proceso judicial contencioso como un entramado de conductas que interfieren organizadamente en la creación de la norma individual contenida en la sentencia final, requiere inevitablemente una tarea común –no individual o autónoma- de sus partícipes, encaminada a superar el conflicto que la originó. De modo, por consiguiente, que

² Marcos M. Córdoba, (Director); Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1

es el valor jurídico de cooperación el que infunde sentido a tales conductas, y en el cual encuentran fundamento válido los deberes de lealtad, probidad y buena fe”³

En consecuencia, procesalmente, volvemos al respeto de los tiempos para despachar cada etapa procesal, confiando en que cada parte colaborará para lograrlo, por propia iniciativa. Ahora, en la realidad, por los intereses que están en juego en un litigio, y ejemplificativamente, en una reclamación por parte de un promitente comprador que ha entregado una suma de dinero al promitente vendedor, para adquirir un bien inmueble y éste no quiere devolverla, porque no la tiene; el demandado dispone de un sinnúmero de recursos, muchos de ellos lícitos para dilatar la etapa de sentenciar.

Continúa Palacio⁴, y expresa que al regirse determinados procesos por el principio dispositivo, queda en manos de los litigantes, a su entera libertad, plantear los hechos sobre los cuales se desarrollará el litigio y el juez emitirá su sentencia. El Abogado expondrá la versión de su cliente, utilizando toda la normativa que lo respalde, y obviando, estratégicamente, cuanta alegación jurídica o acto probatorio pueda beneficiar al adversario. Esto, tomando en consideración además, que una de las bases de una intervención profesional, es que nunca se debe dar seguridad al cliente respecto del resultado final de un proceso judicial, aún cuando por la experiencia o el conocimiento del Abogado, esté seguro del resultado final. Por tanto, con venia normativa, regirse a la regla moral sería, sencillamente la consagración de una torpeza o de una verdadera tontería.

Autores como Manuel Cornet⁵, afirman que las corrientes modernas otorgan al juez un amplio margen de actuación, para la valoración de un contrato, según sus características, y el comportamiento de las partes.

Esta atribución otorgada a la autoridad, podría eventualmente ser parte de la solución al problema de la dilatación del proceso, pues se confía en la amplitud de

³ Lino Enrique Palacio, Los deberes de Lealtad, Probidad y buena fe en el proceso civil, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1., 815.

⁴ Lino Enrique Palacio, Los deberes de Lealtad, Probidad y buena fe en el proceso civil, 815.

⁵ Manuel Cornet, La buena fe y la resolución del contrato, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1. 403.

sus conocimientos, y experiencia. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, establece una facultad interesante, pero muy rara vez utilizada por los jueces: “Art. 118: .- *Las juezas y jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia.* Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá la jueza o el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.” (énfasis añadido).

Si bien la resolución en derecho, de un caso, debe reflejar la justicia de su contenido, normalmente no coincide con el tiempo en el cual las partes esperan que se reconozcan sus derechos. A pesar de los cambios materiales y normativos introducidos por las autoridades del actual Consejo Nacional de la Judicatura, la carga procesal de cada juez es aún difícil de reducir, por lo que esperar que éste, “de oficio”, se autoimponga nuevas diligencias, solicite pruebas o investigue por su cuenta, es poco menos que imposible, al menos en aquellos casos que no revisten mayor impacto social.

En un contrato de promesa de compraventa de un bien raíz, cuyas obligaciones hayan sido incumplidas, quien demande su observancia, deberá primeramente requerir al incumplido, a través de un Notario (numeral 18 del Art.18 de la Ley Notarial), o de un Juez (1567 No. 3 C.C. y 97 No.5 C.P.C.) y con esta diligencia, posteriormente iniciar el proceso principal. Por lo menos, en la primera etapa, el Juez no tiene intervención directa para dar o ayudar a encontrar una solución definitiva a las partes, cuando con algunos cambios en la normativa, lo podría realizar, manteniendo consecuencia con las corrientes procesales actuales.

La oralidad es uno de los principios consagrados en la Constitución, en el numeral 6 del Art. 168, “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: ... 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.” Este principio se ha incorporado ya en algunos códigos, como el Código de la Niñez y la Adolescencia, Código Laboral,

Código Orgánico Penal, y en la actualidad se está tratando de perfeccionarlos e incorporarlos en materia civil. Este ha sido un propósito anhelado desde hace años atrás.

Sin embargo, y a pesar de sus beneficios, existen criterios en contra del procedimiento oral, nacidos de la experiencia y no de la teoría pura.

Jordi Nieva Fenoll⁶ a este respecto expresa: "... la oralidad no está exenta en absoluto de problemas. Lo que esencialmente acostumbra a provocar es precipitación y superficialidad, fundamentalmente cuando las vistas está destinadas a durar poco tiempo."⁷ Al hablar de vistas, se refiere a las Audiencias. Considera, quizás de forma apresurada a mi parecer, que la oralidad es una "reacción doctrinal" y hasta visceral contra el procedimiento escrito.

Las debilidades que Nieva encuentra a la oralidad se resumen en las siguientes (y algunas de ellas ya las han sufrido los profesionales en libre ejercicio en nuestra realidad):

- Son secretos de iure, pues se celebran a puerta cerrada,
- En ocasiones no asisten a las audiencias las partes,
- Quien acude no suele entender nada,
- Los jueces no prestan atención en las Audiencias, especialmente cuando éstas son maratónicas;
- No existe intermediación del Juez a la hora de dictar sentencia, ya que no repasan la grabación de la diligencia (en nuestro país se incorporó a nivel de procesos laborales, la grabación de las audiencias, pero en la actualidad algunas judicaturas sientan razón de que no se grabó por no existir disponibilidad técnica)
- Si no hay grabación, el actuario tomará nota en un acta, lo cual la torna inútil así como al procedimiento oral.
- Los asuntos ventilados, por su complejidad, en ocasiones no pueden ser resueltos en la misma audiencia
- Publicidad de temas personales de las partes.

⁶ Jordi Nieva Fenoll, *Jurisdicción y Proceso. Estudios de Ciencia Jurisdiccional*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., San Otero, Madrid, 2009, 91.

⁷ Jordi Nieva Fenoll, *Jurisdicción y Proceso. Estudios de Ciencia Jurisdiccional*, 91.

- Falta de tiempo para que el Abogado reaccione de forma eficiente con una contestación jurídica debidamente elaborada.

En la realidad ecuatoriana, si bien se ha implementado la oralidad en algunas áreas, se mantiene el tradicional escrito para la presentación de determinadas actuaciones; demanda, prueba, alegatos, con el fin de que el Juez tenga documentos físicos y elementos sólidos para resolver, ya que su condición de ser humano le impide recordar todo lo acontecido en el proceso.

El Dr. Alfonso Troya Cevallos⁸, avizoró desde hace algunas décadas esta evolución. Manifiesta que el proceso debe ser ágil para cumplir con los fines de la justicia, y de la forma como lo entendemos y practicamos, la norma procesal se queda en lo teórico, quebrantando tales fines. He aquí, entonces, la oportunidad de dar mayores facultades y responsabilidad a los jueces en la dirección y desenvolvimiento del proceso, claro que sacrificando y limitando al principio dispositivo, pero todo en aras de un beneficio socio – jurídico.

Continúa el Dr. Troya con su análisis, recalcando el sentido humanista que debe primar en el pensamiento científico, en el cual se incluye al proceso. Ideal sería que pudiésemos abandonar aquella máxima escuchada entre profesionales y usuarios de que una mala transacción es preferible a un buen juicio, misma que es producto de la experiencia diaria que se vivía con mayor magnitud, hace poco, en los pasillos de Juzgados, Cortes y Tribunales de la República. La imagen de las instituciones, depende en mucho de la confianza que éstas impriman en el usuario de la justicia. Tan grave es para el autor mencionado esta situación, que llega a equiparar la existencia de una sociedad, en tanto los jueces cumplan con su deber. Habla ya, hace algunas décadas, de otorgar mayores facultades a los jueces.

Ahora, este poder adicional para los jueces, implica un arma de doble filo. La autoridad debe contar con apoyo y capacitación de excelencia de parte del Estado, de tal manera que su decisión final no sea cuestionada con las últimamente tan utilizadas, acciones de protección (Art. 88 Const.), que en muchos casos, se han convertido en instrumentos idóneos para dilatar injustificadamente un proceso, con o

⁸ Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, (Quito, Centro de Publicaciones, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1978), 44, 45.

sin razón, independientemente de su ejecución. La acción de protección la plantea quien considere que sus intereses constitucionales han sido lesionados. En la práctica, en muchos casos, se le ha dado un uso dilatorio, convirtiéndose en una instancia más del proceso que ha concluido con una sentencia.

El autor Sentís Melendo, citado por Roland Arazi⁹, razona: al otorgar más poderes a los jueces, éstos están en la obligación de utilizarlos a fin de llegar a la verdad de los hechos que se han planteado en el proceso. Sin embargo puede presentarse el peligro de que la autoridad no lo haga, por diferentes causas (en nuestra realidad, principalmente, por la excesiva carga procesal y la presión administrativa para evacuar la mayor cantidad de procesos en el menor tiempo posible). Agrega, como una particular solución para agilizar el proceso, que las pruebas podrían ser escogidas más selectivamente. En nuestro lenguaje procesal, hablaríamos de la pertinencia, idoneidad y conducencia de la prueba (Art. 116 C.P.C.), criterios que deben ser manejados por el Juez, a fin de optimizar el tiempo que éste utilizará en la práctica de la misma, y el de las partes, al conocerla e impugnarla, pues quizá no sirva de ninguna manera para la demostración de los hechos del proceso específico.

Debe existir una relación de prueba – pretensión – afirmación, esto es, debe probarse lo que se pretende lograr de la justicia, y he afirmado en mi demanda.

El autor Omar Luis Díaz Solomine¹⁰ menciona tres principios que pueden hacer más ágil a un proceso: 1) igualdad ante la ley, 2) congruencia, en cuanto existencia de correlación entre las pretensiones deducidas en el proceso, las medidas probatorias formalmente producidas y la decisión adoptada en la sentencia; 3) la bilateralidad o contradicción. Vemos entonces, cómo la tan defendida, por algunos juristas, libertad del medio probatorio, debe ser limitada, conforme a las reglas de la sana crítica, por el Juez.

El derecho moderno y el proceso en sí, tienden a la defensa de la parte más débil.

⁹ Roland Arazi, La Buena Fe y el esclarecimiento de los hechos en el proceso, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1., 846.

¹⁰ Omar Luis Díaz Solomine, La buena fe en la estructura procesal, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1., 857.

En una relación litigiosa, como la ejecución y cumplimiento de obligaciones contenidas en la promesa de compraventa, el promitente comprador, puede ser sometido a cláusulas abusivas o la contraparte, el vendedor, podría verse obligado a recaudar judicialmente, el precio no pagado por su propiedad ofrecida en venta. En cualquiera de estos casos, se verán obligados a transitar generalmente por un largo y desgastante trámite. Por ello, las reformas a este procedimiento específico, deberían proponer e identificar las causas de este abuso contractual (en función de la experiencia adquirida e idiosincrasia local), de forma preventiva, y posteriormente influir en el proceso a seguir a futuro, a fin de dejar sin efecto cualquier situación desfavorable y desgaste, por tiempo y economía procesal. Debe ser prioritaria la restitución del justo equilibrio existente, volver al estado en que se encontraban las cosas antes de la celebración del contrato, esto es, restituir el dinero al Promitente Comprador, y el derecho a disponer del inmueble o su posesión, según el caso, al Promitente Vendedor, en un caso; u obligar a que el contrato se perfeccione.

En materia contractual, el espíritu del acuerdo de voluntades, siempre va a estar dirigido al perfeccionamiento del contrato, esto es que el Promitente Vendedor entregue el bien ofertado y el Promitente Comprador pague el precio pactado, bajo las muy particulares condiciones de cada negociación.

El contrato es ley para las partes, bajo el concepto del Art. 1454 C.C. que establece que cada parte puede dar, hacer o no hacer alguna cosa. En materia inmobiliaria, y jurídicamente hablando, la resolución de un contrato de promesa de compraventa debe entenderse como un remedio excepcional pues no debería existir beneficio resultante de la judicialización de su incumplimiento. Se entiende, con lógica, que nadie se involucra en un compromiso contractual pensando en el rédito económico que le puede producir el incumplimiento de su contraparte, a través del cobro de una penalidad, multas o daños y perjuicios estipulados; o quizá en el supuesto beneficio que el transcurso del tiempo otorgue a cualquiera de las partes, hasta obtener una sentencia del Juez que determine la ejecución de las obligaciones del contrato de promesa de compraventa.

El respeto a los contratos válidamente celebrados y la pronta declaración de los derechos de Promitentes Vendedores y Promitentes Compradores, estipulados en

ellos, debe primar ante cualquier otra salida resolutoria. Evidentemente que si se llega a un rompimiento del contrato, éste deberá ser fundamentado prolijamente, de tal manera que no quede duda, al haber procedido a dictaminar tan extrema medida, más aún si existen hechos como el de que una de las partes, de forma deliberada se opone a su cumplimiento o aquellos que absoluta y definitivamente lo impidan.

El tratadista Augusto Morello, en su obra, “El Proceso Civil Moderno”¹¹, hace un análisis práctico y emite criterios y soluciones certeras, respecto al panorama del derecho procesal actual. En el “Pórtico” de su libro, resume al ancestro, presente y proyección del derecho procesal. Afirma que vivimos un momento de cambios en lo jurídico. Si bien su campo de observación es el sistema procesal en la República Argentina, no menos cierto es que por lo gráfico de su exposición y análisis, esta realidad es, en mucho, similar a la nuestra.

Este autor hace énfasis en la desconfianza y desencanto que genera en la gente, el estado y los resultados de la justicia, por lo complejo y variado de la litigación, ante lo cual propone “... concretar, con aperturas, adecuaciones e imaginación, un modelo (sistema) de recambio que permita superar lo más rápidamente posible eso que ya no sirve, que hay que remozar, plasmando mudanzas de hábitos, de comportamientos, de actitudes, antes las nuevas demandas de la gente para que la comunidad vuelva a recuperar la fe básica en el Poder Judicial y en aquello que de él se espera obtener. Pero vistas con los ojos de las generaciones actuales, no las que dejaron la caravana y procurando que lo que se diga tenga algún atractivo.”¹² Es por ello que encuentra un vínculo entre el Derecho, la Economía y lo Social, nacidos en la protección de los derechos y garantías constitucionales.

Continúa: si bien es importante modernizar el proceso, no lo es menos, prevenir el inicio de acciones judiciales. Cómo?. Pues, informando a la gente, provocando su participación más activa. Propugna la flexibilidad y apertura de las normas, así como la creatividad y mutabilidad de la jurisprudencia. En nuestra realidad, procesal, esto es vital, pues en base a las sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia,

¹¹ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, Librería Editorial Platense S.R.L., 2001, La Plata, Argentina. IXX a XXIX.

¹² Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, Librería Editorial Platense S.R.L., 2001, La Plata, Argentina, XX, XXI.

anterior Corte Suprema, se está creando un antecedente y base jurisprudencial, debidamente procesada, función que le corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, según lo dispone el numeral 2 del Art. 180 COFJ, y que son precedentes de obligatorio cumplimiento según el Art. 182 del mismo cuerpo legal.

Aún en pleno desarrollo, nuestro incipiente sistema jurisprudencial enriquece y facilita en sumo grado la labor de jueces y profesionales del derecho, pues el contenido de una sentencia o resolución de casos análogos, permite dictar una resolución del caso, cuya parte expositiva debe argumentar, para llegar a la parte resolutive, de forma convincente, conforme a derecho, y justa para las partes. Según la evolución de los requerimientos y realidades de la sociedad, esta jurisprudencia debe ir evolucionando, y paralelamente con ella, las normas procesales.

Destaca la mención de Morello¹³ al papel que los jueces tienen actualmente en el proceso: son actores decisivos y permanentes. Pone en duda el funcionamiento predominante de lo económico o patrimonial sobre lo social y, en este ámbito, propone la supremacía de lo ético sobre lo económico, direccionando a la propiedad y al contrato hacia una función social. Cómo lograrlo?. Con “técnicas procesales diferenciadas”, como él las denomina. Esto se encamina, en definitiva, a una especialización de los procesos. Agregaría, por mi parte, que esta especialización debería ser puntual y enfocada en aquellas realidades y necesidades de nuestra sociedad, no en todas, pues precisamente el abanico y diversidad de procesos que existen en la actualidad llegan a complicar el oportuno reconocimiento de los derechos de los litigantes, enviándonos a una realidad de desigualdades y discriminaciones.

En el caso de la ejecución de obligaciones contenidas en la promesa de compraventa, en nuestro país, por la urgencia y necesidad de disponer de una vivienda o un terreno en el cual construirla, se han suscitado casos que son públicos y notorios de supuestos abusos y estafas, que en algunos casos, han sido resueltos por las autoridades competentes, “con agilidad”, debido a la gran cantidad de perjudicados quienes a través de la protesta, fortalecida por la publicidad en los medios de comunicación, han logrado algo, pero no porque la normativa procesal

¹³ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, XXV, XXVI.

haya sido efectiva. De esta manera, tenemos involucrados, elementos sociales, económicos, éticos, normas sustantivas y adjetivas, ratificando lo afirmado por este autor anteriormente.

En el Ecuador, siempre han existido grandes desfases entre la realidad del justiciable y la normativa que lo rige, tanto más cuanto que hasta hace poco teníamos cuerpos normativos, sustantivos y procesales, de hace 60 o más años, en promedio, que estaban vigentes. A esto, hay que agregar el complejo trámite para aprobar un cuerpo normativo y la indisposición al cambio de determinados grupos políticos y sociales. Por diversas circunstancias, han provocado el archivo o el cambio de las propuestas de reforma a la normativa, impidiendo o disminuyendo el efecto temporal, que originalmente se quería lograr con el proyecto de ley. Sería extenso mencionar la cantidad de ellos que han sufrido este destino.

Para Morello, si bien, el dar más poderes al juez para que dirija el proceso, puede provocar temor por los resultados supervinientes, es decir, su mala utilización, el contrapeso a ello, es la intervención del Abogado, a través del control de las actuaciones de aquel. Estos poderes, deben ser otorgados y profundizados razonablemente.

Es destacable el hecho de que en procesos a los cuales se les ha asignado el trámite oral como el de reclamación de alimentos (Art. 37 innumerado CONA) y los laborales (Art. 576 CT), los jueces disponen de una facultad relativamente nueva, por la forma en la que se la aplica, y que consiste en informar previamente a las partes de los derechos que les asisten, así como de procurar una conciliación (aunque no siempre se cumple a cabalidad con esta propuesta). Durante esta etapa, la intervención del Juez, no constituye prevaricato, algo que en el sistema procesal escrito antiguo sí podía ocurrir, pues el Juez no tenía ninguna posibilidad de intentar una conciliación si las partes de alguna manera no lo manifestaban expresamente.

A este respecto, el Art. 247 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: **“Principios aplicables a la justicia de paz.-** La justicia de paz es una instancia de la administración de justicia que resuelve con competencia exclusiva y obligatoria los conflictos individuales, comunitarios, vecinales o contravenciones que sean

sometidos a su conocimiento, procurando promover el avenimiento libre y voluntario de las partes para solucionar el conflicto, *utilizando mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdos amistosos y otros practicados por la comunidad para adoptar sus decisiones. No puede imponer acuerdos a las partes pero sí debe proponer fórmulas de solución, sin que ello implique anticipación de criterio ni se le pueda acusar de prevaricato.* En caso de que las partes no lleguen a este acuerdo, la jueza o el juez de paz dictará su resolución en equidad, sin perjuicio del control constitucional correspondiente.” (énfasis añadido).

En el Ecuador, se ha dado mayor impulso a los medios alternativos de solución de conflictos, a los cuales los Jueces pueden y están recurriendo con mayor frecuencia, no solamente para aliviar su carga procesal, sino también para conseguir el pronto reconocimiento de los derechos de las partes. De todas maneras si estos medios alternativos son una ayuda, no han sido hasta hoy una solución efectiva por su poca utilización y porcentaje de casos solucionados.

En esta instancia, Morello expresa que “Lo procesal debe imaginar e implementar aceleradamente respuestas nuevas a problemas nuevos, en tanto, es obvio, que no podemos dar respuestas viejas a problemas nuevos.”¹⁴ Aplicado a la especial situación jurídica y de necesidad social creadas por los contratos inmobiliarios, y en nuestra realidad en particular, por la elaboración de promesas de compraventa, la respuesta procesal que debe darse no debería seguir los parámetros comunes de otros procesos especiales. Se debe buscar tanto la agilidad como la seguridad de las partes al, abreviar o sustituir los trámites actuales. Por qué? Pues debido a los notorios abusos cometidos en contra de los Promitentes Compradores (normalmente), quienes destinan el fruto de años de trabajo y ahorro a la adquisición de un bien raíz, y al momento de descubrir un engaño cometido por el Promitente Vendedor, se enteran de los agotadores procedimientos legales que deben iniciar, con la intervención de profesionales del derecho, a fin de que sus derechos sean respetados.

Las modificaciones a la normativa procesal, insisto, deben ser una respuesta positiva a la forma de pensar y de proceder del pueblo, de las empresas

¹⁴ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, 121.

constructoras e inmobiliarias, de quienes se dedican a la compra y venta de bienes raíces, a todo su bagaje de costumbres y comportamientos.

Mucho tiene que ver con el dilatado proceso para llegar a una resolución o sentencia, el excesivo formalismo procesal, que si bien da gran seguridad, no es una opción para realizar el anhelo de justicia requerido tanto por el Promitente Vendedor como por el Promitente Comprador. Generalmente son cuantiosos los recursos comprometidos en los contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles.

La demora en la ejecución de las obligaciones contenidas en estos contratos, puede llegar a provocar grandes afectaciones sociales. Sumemos a esto el que los préstamos otorgados por instituciones como el BIESS, implica un trámite que excede normalmente, cualquier cálculo para cumplir con los desembolsos de los recursos a favor de los Vendedores, o el trámite temporalmente excesivo, del catastro de una transferencia de dominio de un bien inmueble, que se debe seguir en el Municipio de Quito, por ejemplo. No son pocos los casos en que estas demoras han ocasionado el vencimiento de los plazos establecidos en las promesas y la posterior judicialización de los reclamos para el cobro de multas e indemnizaciones, por este motivo.

El autor Morello¹⁵ no se conforma con criticar al actual sistema procesal, sino que va más allá y sugiere algunas ideas para renovar los procesos, las cuales resumo:

- Aprovechar a pleno las medidas preliminares;
- Sumarizar los juicios al máximo;
- Considerar la emisión de una sentencia estimativa ante el silencio de la parte a la que se ha corrido traslado con la demanda planteada en su contra;
- Modificación del régimen de las notificaciones judiciales, utilizando la tecnología de punta;
- Ejecución inmediata del pronunciamiento de la condena, pero garantizándolo con un régimen de garantías equilibrado;
- Acentuar el deber de colaboración de las partes y de los terceros en el esclarecimiento e investigación de los hechos, con el aporte de documentos que

¹⁵ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, 231.

los tengan en su poder y en toda incidencia decisiva para acceder a la verdad jurídica material;

- La intervención activa del Juez en la Audiencia Preliminar; seleccionando los medios de prueba de forma tal que no perjudique a la parte que la propuso, pero que tampoco se convierta en un lastre en el proceso;
- Práctica de una prueba temprana, consagración de los litigios de estructura monitoria, la tutela anticipada, una adecuada red de medidas cautelares, el reconocimiento y preservación de los derechos colectivos y difusos, la simplificación de la tramitación y una reformulación moderna del arbitraje privado.

1.1.1. La importancia de la buena fe en el proceso

El Art. 721 del Código Civil dice: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.”

Si bien este principio es una base primordial del debido proceso, y ha existido desde siempre, en la actualidad se lo está tratando de reforzar. Tanto así que, por ejemplo, se están implementando normas sancionadoras para aquella parte o profesional que dilate o proponga incidentes de forma injustificada, en una causa. En lo penal, se ha determinado que la inasistencia a una audiencia, se sanciona con una multa al profesional o a la parte que no asista, pues la ley asume tácitamente, que se intenta dilatar el trámite de forma innecesaria.

El tratadista Osvaldo Alfredo Gozaíni dice: “La buena fe es exigible en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio fundamenta cualquier ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas

tradiciones éticas y sociales de la cultura.”¹⁶ Explica a continuación que este principio, antes que por su estricto sentido normativo, debe verse desde el punto de vista de la trascendencia del proceso en la sociedad. Cuán apegada ha sido su observancia por los litigantes, a quienes no se puede exigir que por propia voluntad tengan actuaciones respetuosas de este principio, si en la práctica, el proceso, por su conformación, no permite que lo hagan. Llegamos entonces al abuso procesal, evento que lesiona el derecho de las partes al debido proceso.

La actuación procesal, con la convicción de que se la hace sensatamente y sin el afán oculto de perjudicar deliberadamente al oponente, sería lo ideal. En el caso de una promesa de compraventa de un bien inmueble, por sus características especiales y los requisitos exigidos para su perfeccionamiento y validez, existen factores puntuales que solamente Promitente Vendedor o Promitente Comprador pueden conocer a profundidad, como el estado del bien, su situación legal o saneamiento, precio, plazos y montos de préstamos que se otorguen para la adquisición del mismo, etc. Estos detalles, al momento del inicio de una acción legal deberían transparentarse inmediatamente, conforme al principio de la buena fe; pero al no ser así por lo general, se hace necesario obligar, a través de reformas normativas, a que las partes entreguen la información veraz, oportuna, y por ello, sean conducidas irremediabilmente a la posibilidad de concluir cualquier acto judicial – procesal, con un arreglo inmediato y definitivo, bajo la supervisión y diríamos, la “amenaza” del Juez, el cual debe hacer uso de los poderes y facultades que le otorga la ley.

Dentro de un contrato, como la Promesa de Compraventa, se parte de una confianza mutua entre Promitente Vendedor y Promitente Comprador. El Promitente Vendedor confía en que quien ofrece comprarle el bien de su propiedad, le pague el precio acordado, en su totalidad y conforme las condiciones pactadas, así como el promitente comprador confía en que el bien inmueble que se le está ofreciendo, cumpla con todas las características descritas en el contrato de promesa de compraventa, como superficie, linderación, afectaciones, ubicación, historial de dominio y principalmente saneamiento. Sin embargo el momento en que no se lo

¹⁶ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *EL Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil*, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1., 891.

paga o el bien no cumpla los requerimientos pactados, se deben ejecutar las obligaciones incumplidas por alguno de los contratantes litigiosamente, y la confianza creada contractualmente desaparece, ya que el objetivo principal ahora se centraría en rebatir los argumentos del otro y alcanzar una sentencia favorable, a toda costa, pero siempre apegada a derecho.

La buena fe, procesalmente hablando, “supone la convicción o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de una creencia intuitiva, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar fundada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para lograr tal convencimiento.”¹⁷

Gozaíni amplía la cita anterior. Afirma que quien litiga, con convencimiento de que tiene la razón, fundado en argumentos que lo llevan a concluir en su fuero interno, que el derecho lo respalda, sin tener por objetivo perjudicar a la otra parte, a través de la proposición de acciones judiciales desgastantes, obra de buena fe. Al contrario, quien procesalmente actúa con conocimiento de que el derecho no lo respalda, pues conoce de la situación jurídica en la que se encuentra realmente, y que internamente sabe no le es favorable, por su propio descuido, incumplimiento, desconocimiento o negligencia, está actuando en desmedro de este principio y abusando del proceso.

Contractualmente, las partes deben obrar con el debido “cuidado y previsión”, según las exigencias de cada tipo de contrato.

Se puede ejemplificar este comportamiento dentro de un contrato de promesa de compraventa, cuando al producirse un supuesto incumplimiento del Promitente Comprador por falta de pago, éste justifica su proceder en el hecho de que el bien inmueble no estuvo saneado, en el plazo estipulado, conforme se acordó con el Promitente Vendedor; quien a su vez justifica la imposibilidad de sanearlo por no haber recibido oportunamente el pago del precio de parte del Promitente Comprador.

¹⁷ Osvaldo Alfredo Gozaíni, El Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 896.

Cada uno de ellos puede tener razones suficientes para respaldarse, e iniciar un litigio para requerir el cumplimiento del contrato.

En este caso, el Juez deberá sopesar los argumentos expuestos por las partes, y luego de un exhaustivo análisis, dar la razón a una de ellas, sin costas que regular ni sanciones que imponer a las partes, cuando no se ha faltado al principio de buena fe, por los litigantes, pues quizá los dos se auto bloquearon por los incumplimientos en los que incurrieron, pero el Juez deberá obligadamente dar la razón a una de ellas. Posiblemente fue culpa de una de las partes, pero quizá por acciones u omisiones, como el caso de demora en el otorgamiento de préstamos concedido alguna institución financiera, pública o privada, se vencieron los plazos de la promesa, ante lo cual no se puede imputar mala fe a la parte. El Juez debería tender a priorizar en su decisión, el cumplimiento del contrato.

Diferente sería la situación, si uno de los Promitentes (Vendedor o Comprador), hubiese conocido de antemano que no iba a poder cumplir con el pago o la entrega del bien inmueble, dentro de las condiciones establecidas en el contrato, pero, a pesar de ello, ocultó esta información, a fin de no dañar la negociación, beneficiarse y causar, por acción u omisión, perjuicio a la otra parte.

1.1.2. Temeridad y malicia

Productos de la falta a la buena fe procesal, son la temeridad y la malicia. Particularmente esta última se la identifica con las trabas y dilaciones procesales que se pueden presentar para evitar que la sentencia final llegue pronto o desgastar al oponente para que abandone el juicio por cansancio, algo que en la realidad procesal ecuatoriana, es común.

Gozaíni define de forma certera a las dos: “La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón. En cambio, por malicia se entiende la utilización arbitraria de los actos

en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica).”¹⁸

En definitiva, una conducta temeraria al plantear una demanda, se da cuando las pretensiones de la parte no tienen argumentos, cuando sabe que no tiene motivos para litigar, situación que debe conocerla y de la cual debería estar consciente con pautas mínimas de razón, pero a pesar de ello, se sumerge en el litigio, arrastrando consigo a su contraparte. La malicia va más allá, pues es la utilización de los procedimientos establecidos en la ley, con el fin de dilatar u obstruir el desarrollo normal del proceso.

Queda en manos del Juez, interpretar, según las reglas de la sana crítica, y el estado evolutivo de la realidad jurídico – social., si la conducta adoptada dentro del proceso por los litigantes se puede calificar como temeraria, de mala fe, o constituye abuso procesal, a fin de imponer los correctivos y, si fuere del caso, las sanciones correspondientes.

Gozaíni reflexiona respecto a cómo lograr el “buen comportamiento” de las partes. Manifiesta que “... el ordenamiento procesal apoya a través de la coacción la libre motivación moral del individuo. Ciertas normas morales como la lealtad y probidad procesal son consideradas como tan importantes para la sociedad, que la motivación interna no parece ser suficiente.”¹⁹

Se debe considerar que, en ciertas situaciones, inclusive, este comportamiento desviado de las reglas de lealtad procesal, puede llegar a tener implicaciones penales y la obligación de indemnizar daños y perjuicios causados por haber dilatado o entorpecido a propósito la causa.

El delicado equilibrio entre lo debido e indebido, en lo procesal, se resume, según Gozaíni, en encontrar el justo medio entre la habilidad y la astucia del Abogado en su defensa. Ir más allá significaría hacer uso de argucias y métodos, de forma

¹⁸ Osvaldo Alfredo Gozaíni, El Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 896.

¹⁹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, El Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 902.

intencionada, a fin de alcanzar fines diferentes u opuestos a la colaboración de las partes en un proceso.

Para el mencionado autor, las pretensiones que el demandante disponga en su demanda deberían mantenerse inalterables hasta el final de juicio, salvo que yendo contra sus propias afirmaciones, y en el afán de dilatar la conclusión del juicio, trate de ampliarlas o reformarlas, utilizando los mecanismos de ley, pero cayendo en incompatibilidades con su accionar. A esto se le ha denominado coherencia o congruencia de los actos procesales, esto es, que los hechos y el derecho mantengan un paralelismo constante en el proceso respectivo.

Ahora bien, podría darse el caso de que la relación contractual haya sido claramente perjudicial para una de las partes, y ésta precisamente sea la que caiga en esta incongruencia, y modifique o reforme sus pretensiones. El Juez, ante esta situación, y en uso de su sana crítica, podría manejar este asunto equilibrando, con justicia y en derecho, la posición de aquel que esté en situación desventajosa, desde el momento de contratar.

Carnelutti, citado por Gozaíni, a este respecto expresa: “La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación, puesto que el proceso se sigue en interés público y por eso tiene a un resultado de justicia, por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir la verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas

que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad...”²⁰.

La estructura de los procesos civiles, y especialmente el relacionado a las negociaciones inmobiliarias y la promesa de compraventa de bienes raíces, en el caso del Ecuador, fue concebida partiendo de una realidad socio – jurídica, simple y estacionaria, cuyo desarrollo era lento y no conflictivo, de tal forma que las normas sustantivas y adjetivas, cubrieron con suficiencia muchas décadas a esta sociedad. Hoy en día, la población ha aumentado en varios millones al igual que se han multiplicado, con lógica, la cantidad de relaciones contractuales, y específicamente el tráfico inmobiliario, evento que ha sido aprovechado, con mala fe, por algunos traficantes de tierras, y empresas, que de forma relativa, encuentra un respaldo en los procedimientos para judicializar su incumplimiento. Paralelamente, se han incrementado las controversias.

En determinados campos, como el de la negociación inmobiliaria y la instrumentación jurídica de los procesos respectivos, se ha intentado implementar mecanismos que brinden confianza, y sobre todo, seguridad a los Vendedores y Compradores de bienes raíces. El fideicomiso y el arrendamiento mercantil, innovaron en su momento, pero, igualmente su elaboración jurídica, la carga tributaria creciente y posterior perfeccionamiento de estos contratos, no han sido la real solución para las necesidades de las partes intervinientes en estos convenios.

Las normas adjetivas, eventualmente, podrían no ser el problema del proceso, sin embargo, como se ha dicho, no ha sido posible delimitar su correcta y adecuada aplicación, a través de cada una de las etapas que lo componen, más aún si, por el principio dispositivo que predomina en materia procesal civil, queda en manos de los litigantes, entregar los elementos sobre los cuales el Juez emitirá decretos, autos y sentencia, esto es, impulsar el proceso.

Cualquier parte interesada, puede, “abusar” del proceso, con la permisividad de la normativa, y esto, haciendo referencia a la dilatación de las actuaciones, incidentes,

²⁰ Francesco Carnelutti, en “Sistema de derecho procesal civil”, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, citado por Osvaldo Alfredo Gozaíni, en “EL Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil”, Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 907.

no concurrencia a Audiencias, presentación de hechos y pruebas impertinentes, etc., lo cual construye un expediente complejo o voluminoso, complica el trabajo del juzgador quien en todo juicio debe ser acucioso, en el análisis de los hechos, las pruebas, del derecho, para fundamentar su sentencia y cumplir, con la falibilidad del ser humano, el ideal de justicia. Actuar así, requiere de tiempo.

A simple vista, el abuso está permitido, pero es responsabilidad de las partes y sus Abogados, hacer honor al espíritu con el cual fueron concebidas las normas por el legislador: justicia, de la cual derivan todos los principios que la regulan.

La autora Mariela Álvarez, piensa que “ hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes – deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal computable)”²¹

A continuación, Gozaíni muy certeramente aclara las facetas del abuso procesal:

- a) Actuación negligente, culpable o dolosa;
- b) Elección del proceso para ejecutar esta actitud, desviando de esta forma el fin normal de la jurisdicción.

Propone un análisis casuístico, a fin de identificar estos problemas de inmoralidad, de utilización indebida del proceso, a sabiendas de que se lo está mal utilizando. Es aquí, donde este trabajo centra el análisis en uno de los tantos procedimientos, como es el trámite para la ejecución de la promesa de compraventa, a fin de identificar las brechas y posibilidades normativas para direccionar, en beneficio de las partes, una ejecución eficiente, ágil y justa para operadores de justicia y usuarios de ella.

1.1.3. Perspectivas de autores ecuatorianos

²¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, El Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 910.

Si bien, los análisis y criterios vertidos por autores extranjeros, de los cuales se mencionan aquellos considerados representativos de criterios lógicos y fundamentados, y que son importantes para comprender la evolución y tendencias que rigen actualmente al derecho procesal global, no menos cierto es que nuestra realidad jurídica, aquello que nos es propio, y particularmente en lo que se refiere al Derecho Procesal, por ser producto de la idiosincrasia ecuatoriana, de una herencia repleta de experiencias y soluciones acorde nuestras necesidades, sus especiales características, requiere la mención de los criterios de jurisprudencia que estén investidos de la práctica procesal diaria que recoge tanto lo bueno y lo malo de la evolución en esta materia.

El jurista ecuatoriano, Alfonso Troya Cevallos manifiesta: “creemos que el proceso es una relación jurídica, cuyo elemento subjetivo está constituido por el órgano jurisdiccional y las partes contenedoras, cada una de ellas con una serie de derechos, cargas y deberes propios del proceso.”²²

Troya menciona y comparte el criterio de Carnelutti y Couture, en tanto en cuanto para el primero, al proceso se lo ubica como la reparación de un conflicto, el avenimiento de las partes en el transcurso de la litis, con el fin de conservar la paz social. Para el segundo, en la relación procesal hay un vínculo doble de causalidad y reciprocidad.

A lo largo de su obra, Troya hace referencia permanente a lo que se puede interpretar como principio de la buena fe en el proceso, considerado éste como un conjunto de eventos o partes y cada una de éstas se encuentra regida por normas adjetivas, cuya finalidad es (o debería ser) llegar a una solución ágil; sin embargo como un conocedor y practicante de la realidad, con sencillez, visualiza que esto no se cumple, quedando plasmadas en la teoría estas buenas intenciones.

Como ya lo mencionamos con anterioridad, y es sabido para el profesional en ejercicio, las normas adjetivas proveen en algunas situaciones, de “herramientas” que permiten dilatar el proceso inútilmente. Desde hace décadas atrás, se hablaba de introducir en nuestra legislación, elementos relacionados a la penalización del

²² Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho procesal Civil, Quito, Centro de Publicaciones PUCE, 1978, 42 y 43.

proceso civil con la perspectiva de dotar al órgano jurisdiccional de mayores facultades y responsabilidades en el proceso.

Si bien el principio dispositivo es el que reina, en la actualidad se ha analizado con mayor atención, la creciente conflictividad social y la proporcional judicialización de los problemas de los usuarios de la justicia para concluir, en lo civil, con la creación de Unidades Judiciales de la Familia, Niñez y Adolescencia, Unidades Laborales.

Para quienes ejercemos la profesión libremente, es una constante, así como los inconvenientes (no producto de la falta de trabajo de las nuevas judicaturas), surgidos.

Décadas antes, Troya hablaba ya del sentido humanista que debía revestir al proceso y sugiere abandonar aquella máxima, de que una mala transacción es mejor a un buen pleito, nacida de la realidad de la justicia.

Resume sus aspiraciones reformatorias del derecho procesal en la siguiente frase: “Dar mayores facultades a jueces responsables, a fin de que en lo posible impere la buena fe en los litigantes; crear mayor número de juzgados, principalmente para que el principio de inmediación, reconocido expresamente en muchos pasajes del Código, forme parte de la práctica judicial, y sean los jueces quienes personalmente reciban declaraciones de testigos, los interroguen, así como a los confesantes durante la confesión, son en nuestro medio aspiraciones que deben imperativamente ser satisfechas.”²³

El jurista Rubén Elías Morán Sarmiento, en la parte introductoria de su obra Derecho Procesal Civil Práctico, Principio Fundamentales del Derecho Procesal, hace un análisis práctico respecto a la realidad de nuestro derecho procesal. Ve las normas procesales como aquellas que dan dinámica al derecho, las que permiten dar aplicación a las normas sustantivas, esto es, el medio para que el hombre haga realidad su derecho.

²³ Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho procesal Civil, 45.

Da preeminencia a la actuación del Juez, tal como lo hace Troya y autores de otras latitudes, pues en su calidad de representante del Estado, el Juez debe reflejar confianza y seguridad a los requirentes de justicia, ya que un proceso debería reunir las calidades de ágil, justo legal y público.

Morán, con pleno conocimiento de la realidad procesal ecuatoriana, resume su criterio de la siguiente manera:

“El derecho procesal, es por consiguiente, el derecho del que se vale el Estado para cumplir con los objetivos de unas de sus funciones vitales: LA JURISDICCIONAL; esto es administrar justicia. Derecho Procesal con que el Estado materializa la garantía a favor de todos los ciudadanos a ejercitar su derecho de acción. Derecho Procesal que impide que el hombre busque la justicia con sus propios y exclusivos medios. Derecho Procesal que bien manejado, renovado, modernizado, será indiscutiblemente la garantía fundamental de la paz y seguridad social.

Urge entonces, una inmediata revisión y actualización de todo el entorno del quehacer JURISDICCIONAL. El marco de la ley, pues el procesalismo está en crisis, igual que los demás factores que coadyuvan al ejercicio de esta función ... Todo este entorno tiene que ser superado acorde con las exigencias de la época.”²⁴

El Dr. Juan Larrea Holguín, reconocido jurista, hace apología de la relación del derecho con la justicia, lo relaciona con lo justo, con lo recto. Nos habla de que la justicia se relaciona con la moral, desde su perspectiva más cercana al Derecho Natural, a aquel orden universal al cual se someten todas las cosas.

Para Holguín, “El derecho actualiza la justicia. Pero no es la justicia misma. No toda justicia se agota en la breve fórmula del derecho. La justicia, como virtud moral, es más amplia que el derecho, comprende mayores ámbitos, más relaciones que las estrictamente jurídicas. Por eso se habla de una justicia social y de una justicia legal, que muchas veces no se hallan suficientemente concretadas en preceptos jurídicos... El derecho es pues una norma, o un conjunto de normas que rigen el obrar libre del hombre dentro de la moral, para realizar la justicia o sea para dar a cada uno lo suyo. Pero con esta descripción todavía no se ha individualizado a la

²⁴ Rubén Elías Morán Sarmiento, Derecho Procesal Civil Práctico. Principios Fundamentales del Derecho Procesal, 2da Edición actualizada, EDILEX S.A., 2011, Guayaquil – Ecuador, 21,22.

norma propiamente jurídica; he dicho que hay también normas morales, y aún otras normas de justicia, que no son derecho.”²⁵

Agrega y analiza, siempre a partir del Derecho Natural y sus implicaciones humanas y religiosas, que las relaciones existentes entre los integrantes de una sociedad deben ser reguladas en función de la igualdad y equilibrio en la cual deben desenvolverse, y finalmente tuteladas por los Jueces, quienes a su vez deben observar los procedimientos establecidos para el efecto. La resolución de la autoridad, puede incluso llegar a utilizar la coerción, que es el medio para obligar a quien se resiste a cumplir con el derecho, pues no es de libre observación.

Respecto al tema analizado en esta tesis, caben a la medida estas afirmaciones, cuando humanamente, es no solo una obra legislativa, sino una obligación moral, para con aquellos que requieren adquirir un bien raíz y sin normalmente analizar o proyectar las posibilidades que se derivan de un incumplimiento, inclusive, al haber entregado dineros, en algunos casos, se involucran en dudosos procesos de reserva, pago y entrega de los bienes prometidos en venta, aceptando inclusive por desconocimiento, la imposición de cláusulas abusivas, beneficiosas únicamente para la otra parte, la cual, por lo general está consciente de las dificultades que un proceso puede tomar para hacer valer los derechos de quien se sienta perjudicado. Independientemente de que, por su actividad, quienes viven de la venta de bienes raíces deben estar al tanto de la normativa y requisitos imperantes para comprometer la venta de un bien raíz, proceden a elaborar (en unos pocos casos sus Abogados), documentos sin los requisitos respectivos, para intentar sacramentar una posible venta. Se aplican estrategias de cansancio y desgaste procesal, con la complicidad de una normativa nacida en una realidad distante y perdida en el tiempo.

La crítica y cuestionamientos al ejercicio procesal ecuatoriano, no vienen de su aplicación práctica contemporánea. Se remonta ancestralmente a la colonia, pues en ese entonces, la justicia era centralizada y todo conflicto que tenía alguna importancia se resolvía en los Virreinos o, en el peor de los casos, en España, con las consecuentes y vitalicias demoras en la aplicación de justicia. Esta impostergable

²⁵ Juan Larrea Holguín, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta Edición, Quito – Ecuador, 1998, 2.

necesidad, pudo haber sido una de las causas que motivó a los independentistas a luchar a muerte por conseguir la libertad.

La mano anónima que escribió en las paredes del Quito republicano “último día del despotismo, primero de lo mismo” refiriéndose a muchas de las prácticas heredadas de la colonia, nunca hubiera imaginado que hasta la presente fecha, continuemos buscando la solución a los mismos inconvenientes en la justicia, en mayor o en menor grado.

Armando Cruz Bahamonde manifiesta: “Lo normal, en la vida social, es que cada quien cumpla con sus obligaciones, esto es, que reconozca los derechos ajenos; y lo anormal o patológico es su incumplimiento o su desconocimiento.

Sin embargo, la administración de justicia, su precisión y eficiencia ha sido, es y será una de las más sentidas aspiraciones de la sociedad humana de todos los tiempos, pues, ella implica la certeza del derecho, su vivencia práctica, consuetudinariamente realizada, que es la base de la coexistencia social. Sin esa vivencia el individuo quedaría sumido en la incertidumbre, en el desconcierto, en la apatía y en el desinterés por producir los bienes que satisfacen las necesidades propias y las de la sociedad en que vive.”²⁶

El insigne maestro y procesalista Víctor Manuel Peñaherrera, en su obra “Lecciones de derecho práctico civil y penal” hablando de las normas que rigen el proceso, recalca que éstas, por diferentes causas, difieren de las que existen en otros países, menciona entre otras: su relación con las leyes orgánicas, con las instituciones políticas, las necesidades y costumbres peculiares de cada pueblo, el grado y desarrollo cultural de su gente. Tienen una identificación nacional inconfundible, por lo cual, las teorías y doctrinas extranjeras, deben servir solamente como un referente a ser estudiado y adaptado a nuestra realidad.

“Como la verdad es una, esta ciencia tiene, lo mismo que todas las ciencias, principios generales e inmutables; pero en esto, como en todos los órdenes de la naturaleza física y moral, se advierte el contraste de la unidad en la variedad.

²⁶ Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, Edino, 2001, Volumen I, 2da. Edición, 12.

Derivados de un mismo tronco las ramas avanzan por opuestos lados; y las aplicaciones de idénticos principios, combinados en cada lugar y tiempo con circunstancias especiales y distintas, dan lugar a conclusiones diversas y aun contrarias.²⁷

A continuación, afirma Peñaherrera, que en las normas procesales se identifica el carácter de cada pueblo, su fisonomía moral, su idiosincrasia. Las normas sustantivas no significan inconveniente, tanto más cuanto que cuerpos legales enteros, con modificaciones sutiles, han sido transcritos y aplicados en diferentes países, mas no se puede hacer lo mismo con las normas procesales que tienen un sello particular de identidad en cada sociedad, según su historia, realidad y experiencias.

El Derecho Civil cuenta con estudios prolíficos y abundantes, mas el Derecho Procesal Civil, quizá por las dificultades y problemas que debe enfrentar, y especialmente por la variación permanente de la realidad a la que se aplican, cuenta con muchas menos obras y análisis por parte de autores ecuatorianos. Los estudios de los grandes maestros extranjeros sobre el derecho procesal, sirven como una guía general, que luego debe ser racionalizada y asimilada a nuestra realidad.

En el cambiante mundo del derecho procesal, cuyas reglas están constantemente evolucionando, y los cuerpos legales son codificados periódicamente, y así seguirá sucediendo, pues la realidad de la sociedad también lo hace, Peñaherrera hace énfasis en la enseñanza de principios básicos inmutables del derecho, antes que de una norma o cuerpo legal específico. Critica el hecho de la inestabilidad de la ley y las vicisitudes y cambios a los que está expuesta y por sobre todo, de forma irónica considera que desde 1848 hasta los días en que presentó el libro al que nos referimos anteriormente, el Código de Enjuiciamientos, como él lo llama, ha sido tema obligado de conocimiento por parte de los legisladores, y por ende, las consecuentes modificaciones al mismo.

Una de las causas de estas constantes modificaciones al primer Código de Enjuiciamiento, se debió a que se adoptó en gran parte el modelo peruano,

²⁷ Víctor Manuel Peñaherrera, Lecciones de Derecho práctico civil y penal, 1958, disponible en <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/3d794cabdde1d7c406256b3e0074693f?OpenDocument>

Inspirado en ideas y costumbres procesales españolas y complementándolo con normas civiles argentinas y de otras fuentes. Posteriormente se fijó la atención en el Código de Procedimiento Civil Colombiano, del cual se tomó aquello que pareció lo mejor para armar un Código que, como ya hemos dicho, tiene una cuna, instituciones y jurisprudencia diferentes. “No se ha rescatado lo rescatable de lo propio: simplemente se ha amalgamado lo inalгамable, con resultados técnica y doctrinariamente insostenibles.”²⁸

Al hablar de una realidad tan particular como la ecuatoriana, la utilización de la Jurisprudencia en la resolución de casos que presenten similitudes con los que se estén tratando, y aún refiriéndonos a obligaciones contractuales, podemos vislumbrar soluciones que reflejen en su espíritu, todos y cada uno de los principios establecidos en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.

De todas maneras, este recurso actualmente se está fortaleciendo en el Ecuador, y una vez que las resoluciones judiciales, muchas de ellas contradictorias, sean uniformes, tendremos una poderosa herramienta para reformar con eficiencia y seguridad todo el sistema procesal.

Fuera de las resoluciones judiciales y la jurisprudencia que se organiza posteriormente, hemos mencionado que el Juez debería intervenir en el proceso, con mayores poderes. Al respecto, y en coincidencia con este criterio, el Dr. José García Falconí, ex Ministro Juez de la Corte Superior de Justicia de Quito,²⁹ considera el Juez como el principal sujeto del proceso, pues le corresponde dirigir el juicio, que se cumplan las etapas correspondientes y respetar y hacer respetar los principios que lo norman.

Ahora, para ello, es indispensable puntualizar los poderes que el Juez tiene dentro del proceso. Al efecto García los resume así:³⁰

1.- El de decisión que le permite resolver la acción sometida a su consideración;

²⁸ Armando Cruz Bahamonde, Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil, 16.

²⁹ José García Falconí, Manual de Práctica Procesal Civil (referente a la legislación ecuatoriana), Primera Edición, 2003, Quito-Ecuador, Tomo II, 83.

³⁰ José García Falconí, Manual de Práctica Procesal Civil, 83,84.

2.- El de coerción que lo faculta para remover los obstáculos que se presenten en el desarrollo del proceso;

3.- El de vigilar para que se cumplan las reglas del Debido Proceso consignada en el numeral 1° del Art. 76 de la Constitución Política;

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes...”

4.- El de ejecución, que lo faculta para hacer efectiva la decisión contenida en la sentencia, inclusive con el empleo de la fuerza pública. Esto lo encontramos en el numeral 4 del Art. 86 de la Constitución.

“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:...

Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley...”

Se hará un breve análisis de cada una:

1.- La facultad de decisión abarca todas las etapas del proceso, y aquello que ocurra en él. Mucho se ha hablado respecto a la “calidad” de las resoluciones y sentencias emitidas por los jueces. El juzgador es, ante las partes, el representante de la justicia del Estado. La forma en la que controle y dirija las actuaciones en un juicio, dirán mucho de su formación y probidad, cimentando fe en la justicia impartida.

Es evidente que en la mayoría de los casos, no se podrá satisfacer a todos, pues quien reciba una sentencia favorable alabará al magistrado, mas el perdedor encontrará toda clase de imperfecciones jurídicas en la misma, en el juez, el procedimiento etc.

A este respecto, el actual Consejo de la Judicatura se ha empeñado en renovar a los jueces y designarlos a través de periódicos concursos de merecimientos y oposición,

con el fin de mejorar el recurso humano de Juzgados, Tribunales y Cortes. Se respalda en el Art. 176 de la Constitución:

“Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.

Con excepción de las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, las servidoras y servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial.”

Como es sabido, con anterioridad, la intervención del Juez para aleccionar, instruir, y emitir criterios respecto a la situación jurídica que se le hubiese planteado, especialmente dentro de una Audiencia, se consideraba prevaricato. Sin embargo, con el afán de agilizar determinados procedimientos y evacuar eficientemente mayor cantidad de litigios, como por ejemplo el laboral y algunos establecidos en el Código de la Niñez y la Adolescencia, se permite que en la primera Audiencia, pueda proponer fórmulas de solución, (no imponer acuerdos) sin que ello le acarree una acusación de prevaricato o sospechas de parcialidad. En la práctica, esta opción ha permitido que un alto porcentaje de casos sean resueltos por mutuo acuerdo de las partes.

En el caso de las obligaciones derivadas de la promesa de compraventa relacionada con un bien inmueble, esta fórmula podría ser adaptada, con características propias, en la resolución de casos litigiosos. En nuestra realidad, generalmente, el requerimiento y posterior ejecución de dichas obligaciones nace por hechos que son recurrentes, como la falta de pago del precio por parte del promitente Comprador, la entrega del bien inmueble por parte del Promitente Vendedor, el saneamiento o liberación de cargas y gravámenes, que incluye la obtención escrita de permisos, autorizaciones, y documentos certificados que sirvan de habilitantes para perfeccionar la transferencia de dominio y el contrato definitivo de compraventa hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad.

2) La coerción es definida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua de la siguiente manera:

- Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta.

- Represión, inhibición, restricción.³¹

El Art. 132 del COFJ establece: “**Facultades coercitivas de las juezas y jueces.-**

En cumplimiento de lo que dispone el artículo 75 de la Constitución de la República las juezas y jueces pueden: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal. La multa será establecida discrecionalmente por el tribunal, jueza o juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo ser reajustada o dejada sin efecto si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.

Las cantidades serán determinadas considerando la cuantía o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.

Siguiendo estos lineamientos, los jueces podrán imponer multas de entre una quinta parte de una remuneración básica unificada, y una remuneración básica unificada diaria, sin que en ningún caso exceda de veinticinco remuneraciones básicas unificadas; la sanción se aplicará sin perjuicio del cumplimiento del mandato; y,

2. Remitir los antecedentes a la Fiscalía General, si estimare que la resistencia a la orden judicial pueda encuadrar en infracción penal.”

Los obstáculos de los que habla García, pueden interpretarse como las oposiciones injustificadas de la parte o de cualquier otra persona que tenga relación con el desarrollo del proceso, ante lo cual, el Juez, puede adoptar medidas que rompan la resistencia del desobediente, inclusive ante el incumplimiento de resoluciones judiciales. Esta facultad es una expresión de la tutela jurídica efectiva.

La coerción y la ejecución tienen íntima relación, inclusive se las confunde, pero jurídicamente se diferencian. Partiendo de que cualquier resolución de una autoridad judicial, por provenir de ésta, es obligatoria, su incumplimiento abre la posibilidad de que se le obligue, con los mecanismos establecidos en la Ley, a cumplirla, mediante medidas cautelares, hasta llegar inclusive al uso de la fuerza pública, la cual debe prestar todas las facilidades para este efecto.

³¹ Diccionario de la Lengua Española, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=coerci%C3%B3n>,

Las medidas que el Juez puede adoptar para permitir el avance ágil, justo y efectivo del proceso, están establecidas en la Ley, sin embargo, una vez que la resolución en firme deba ser ejecutada, los caminos y herramientas de la autoridad dependen de muchas variables, como las posibilidades del perdedor para pagar una penalidad económica, para entregar el bien en disputa, el estado del mismo luego de haber estado sometido a un depósito prolongado en el tiempo sin haberle dado mantenimiento o cuidado, etc.

Cuando una promesa de compraventa de un bien raíz es incumplida, al plantear una acción judicial, el fin último que se debe buscar no solamente es la efectivización de la cláusula penal sino el perfeccionamiento del contrato definitivo de compraventa, pudiendo el Juez, en último caso, suscribir la escritura respectiva, sustituyendo al contratante que se opone a hacerlo, aun contra la voluntad de éste. Es una forma de ejecución forzada. Así, se da cumplimiento a la sentencia o a un título ejecutivo, de tal manera que no quede en meros enunciados sin derecho ni fuerza.

3) Respecto a la facultad de vigilar el cumplimiento de las reglas del Debido Proceso (Nº1 del Art. 76 de la Constitución Política): “ En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes...”

En un artículo escrito por el Dr. José García Falconí, luego de hacer un análisis histórico de sus antecedentes, concluye: “De tal modo que el debido proceso, es una garantía constitucional, de cuyo cumplimiento depende mucho la convivencia pacífica y la seguridad jurídica del país, pues garantiza una correcta administración de justicia, además de una real vigencia y respeto de los derechos humanos; y es el mecanismo de aplicación de los principios y garantías del derecho constitucional, penal y procesal.

Por esta razón el debido proceso, ha sido equiparado a la calidad de derecho humano, y como tal supone una limitación frente al **imperium del Estado...**”³²

³² José García Falconí, El Derecho al Debido Proceso, (26 de Noviembre del 2010, citado el 9 de Junio del 2014), disponible en:

Igualmente, el Dr. Miguel Hernández Terán (Projusticia) manifiesta: "El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem.

Como las demás potestades del Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y sólo puede actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia. El derecho al debido proceso es el derecho a un proceso justo; a un proceso en el que no haya negación o quebrantamiento de los que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado"³³

Si bien este concepto habla de prohibiciones o limitaciones para el funcionario judicial, se debe asumir también positivamente, que el Juez, como director del proceso, tiene la autoridad para encontrar las mejores opciones para impartir justicia a los litigantes, y más aún, investido de las nuevas facultades de mediador que se le han provisto en los nuevos procesos orales como los de la niñez y adolescencia y los laborales.

La mediación es un campo, que por novedoso, está aún inexplorado en todas sus posibilidades en nuestro medio, pero que gradualmente lo están asumiendo los Jueces, con optimistas resultados prácticos, pues con todo el abanico de conocimientos y experiencia que poseen, podrían dar verdaderas cátedras sobre la materia y el asunto a resolverse a la partes, procurando subsanar el desconocimiento de ellas respecto al proceso y resultados del mismo si persisten en una pretensión determinada, que puede ser producto de caprichosas

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2010/11/26/el-derecho-al-debido-proceso>

³³ Dr, Miguel Hernández Terán, El debido proceso en la doctrina, (24 de Noviembre del 2005, citado el 9 de Junio del 2014), disponible en:

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/el-debido-proceso-en-la-doctrina>

interpretaciones y cuyos resultados, en esta etapa mediadora, puede la autoridad competente advertir, previo a que se trabaje la litis.

Con respecto a las normas constitucionales del debido proceso, se las analizará posteriormente, en un acápite dedicado exclusivamente a este efecto.

4) El poder de ejecución se lo analizó anteriormente conjuntamente con el de coerción.

Sin embargo, es importante agregar un criterio de alguien que ha impartido justicia. El Dr. Juan Toscano Garzón, ex Juez y Magistrado de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su obra “La ejecución de la sentencia y el debido proceso”, afirma que en la fase de ejecución de la sentencia, se cristaliza la justicia, sin embargo de que entre nosotros es una de las etapas más tortuosas del juicio,³⁴ por cuanto quien se siente afectado, generalmente tiene la posibilidad de interponer incidentes que detienen la finalización del proceso, por lo dilatado que puede significar su resolución previa a la ejecución final, y es más, respaldados por la normativa legal, aunque desde la perspectiva de la buena fe procesal, de ninguna manera son justificables estas acciones. De esta forma, el principio de celeridad procesal es afectado, así como la justicia esperada por la parte respectiva.

Es común escuchar de casos en los cuales el tiempo de ejecución rebasa largamente al que tomó llegar a sentencia en el proceso principal.

Al tener cualquier persona la posibilidad de utilizar los servicios de justicia que le proporciona el Estado, la esperanza de ésta es alcanzar prontamente una sentencia favorable en la cual se le reconozcan los derechos reclamados, así como el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

En el caso de la promesa de compraventa de un bien raíz, el incumplimiento puede generar daño emergente y lucro cesante. A estos efectos se establece, de mutuo acuerdo, una penalidad reflejada en el pago de una cantidad de dinero a favor del reclamante, en concepto de daños y perjuicios. Ahora, ejecutar una obligación de

³⁴ Juan Toscano Garzón, La ejecución de la sentencia y el debido proceso, Universidad Técnica Particular de Loja, 2012, Ediloja Cía. Ltda., 15.

este tipo implica el cumplimiento de una serie de formalidades y etapas procesales, dilatadas y desgastantes. La normativa que regula estas situaciones, es escasa en nuestro medio, por lo que las interrogantes respecto a los requisitos, naturaleza, y sus efectos, pueden ser resueltas mediante la utilización de casos prácticos, esto es, de la jurisprudencia que se va creando con el transcurso del tiempo.

1.1.4. El proyecto de Código Orgánico General de Procesos

El 24 de Enero del 2014 se presentó a la Asamblea Nacional el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos producto, justamente producto de lo resuelto mayoritariamente por la ciudadanía, en la consulta del 7 de Mayo del 2011, esto es, que se introduzcan reformas constitucionales y legales para emprender en una transformación de la justicia.

En el oficio de presentación de este proyecto de reforma, suscrito por el Dr. Gustavo Jalkh Roben, Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura y el Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, se habla de una planificación técnica responsable, suficiente financiamiento y articulación de proyectos relevantes, “que en lo cotidiano signifiquen un sistema de justicia eficiente, probo y gratuito al servicio de la ciudadanía”.³⁵

Hace hincapié en la incorporación de la oralidad a los procesos y en la simplificación de las normas adjetivas, fundamentándose en los Artículos 168 y 169 de la Constitución del año 2008, pues las califica de anacrónicas y confusas.

La oralidad, dice, garantiza, la aplicación de los fundamentos del derecho procesal y por ende, la seguridad jurídica. En este proyecto se eliminan algunas prácticas ritualistas, y consecuentemente, se garantiza una mayor seguridad jurídica, la protección de los intereses de los ciudadanos y la resolución de los procesos en menor tiempo.

³⁵ Asamblea Nacional, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, 1° de Junio del 2014, disponible en <http://www.asambleanacional.gob.ec/legislamos/sistema-de-formacion-de-la-ley>

Este proyecto abarca todas las materias procesales, incluida la civil, excepto la penal, y los procesos de conocimiento incluyen: el ordinario, el sumario y el monitorio, este último, novedoso para nuestro sistema procesal.

En los procesos de ejecución se prevé la vía ejecutiva para el cobro de títulos ejecutivos, con la idea de hacerlos más expeditos. Se incorporan además procedimientos contencioso – administrativos y contencioso – tributarios así como normas para los procedimientos voluntarios.

Se anotan, con énfasis, previo al desarrollo del articulado, los principios que deben primar en la normativa procesal: oralidad, publicidad, intermediación, concentración y celeridad, contradicción, dispositivo, simplificación procesal, uniformidad, eficacia y economía procesal.

Se recalcan dos problemas: la multiplicidad de normas procesales y su dispersión, lo cual ocasiona inseguridad jurídica y dilatación en el tiempo de resolución de los juicios. Se manifiesta la intención consecuente, de cambiar la concepción del proceso escrito despojándolo de “... las dilatadas e interminables deficiencias que afectan la adecuada administración de justicia.” (Nótese que no se lo elimina, pues por simple lógica, siempre debe quedar constancia física de las actuaciones de las partes y de los jueces, aunque, a futuro, con el desarrollo de nuevas tecnologías, quizá esto pueda ir cambiando).

Los procedimientos establecidos, luego del análisis de cada uno, aún no son el reflejo de lo que acontece en nuestra realidad, especialmente en cuanto al tema materia del presente estudio. Por qué?. Si bien se pretende, a través de la intermediación de las partes y el Juez hacer más expeditos los procesos, y se habla, en la exposición del motivos, de que “... el derecho es la expresión de conductas individuales y sociales, para regularlas y solucionar controversias bajo el imperio de la ley que emana de la autoridad del Estado...”, en los nuevos procedimientos propuestos, no se particulariza la solución requerida para asuntos como el de la ejecución de obligaciones derivadas de una promesa de compraventa, pues el volumen de negociaciones y errores cometidos en la protección jurídica de los derechos de las partes, obliga a que se lo trate como una situación jurídica particular.

El proceso ordinario se aplica con el mismo criterio actual, esto es, que servirá para aquellos asuntos para los cuales la ley no señale trámites especiales. El proceso sumario, aplicable a las causas mercantiles, derechos personales y deudas dinerarias de inferior cuantía, que no sean exigibles mediante otro trámite. El proceso monitorio aplicable solo al cobro de deudas de cuantía reducida que no constituyan título ejecutivo. En los procesos de ejecución se establece una vía ejecutiva, que se espera sea ágil, para el cobro de títulos ejecutivos. Se crean procedimientos puntuales para los procesos contencioso-administrativos y contenciosos-tributarios. Finalmente se establecen normas puntuales para los procesos voluntarios.

Dentro del acápite IV se hace mención y diferenciación de aquellos procesos con cuantías altas y con cuantías menores, pero cuya aceptación o rechazo, provocaría importantes efectos materiales o inmateriales. Si bien se intenta reconocer una realidad no especificada, la propuesta no lo refleja ya que les asigna idéntico trámite a las causas, con la aspiración de que se resuelvan pronta y justamente.

Al proceso ordinario se le dota de dos audiencias: una preliminar en la cual se saneará y depurará el proceso y se discutirán asuntos formales; y una audiencia de juzgamiento, en la cual se tratará la prueba, se presentarán alegatos, y se emitirá la resolución, que será posteriormente notificada. Si bien es admirable la probable agilidad de la cual se quiere dotar a estos procesos, que por lo común pueden llegar a durar lustros, por la conformación actual de los mismos y los incidentes que se pueden generar, cabe también reflexionar, no como oposición al planteamiento, sino como una manifestación humana de experiencia, respecto a lo dicho por el Dr. José García Falconí:

“Cuando el Juez está saturado de trabajo, más allá del que normalmente puede desempeñar, ya no goza de una independencia intelectual, psicológica suficientes para el desempeño de su cargo, porque como es obvio la abrumadora cantidad de trabajo lo llena de tensiones, lo obliga a fallar a la carrera, esta situación como bien dice Devis Echandía es una amenaza para su salud psicológica, para su salud física y para la calidad de trabajo.”³⁶

³⁶ José C. García Falconí, Manual de Práctica Procesal Civil (referente a la legislación ecuatoriana), Primera Edición, Quito-Ecuador, 2003, 90.

A la fecha en que García expresó este sentir, es decir el año 2003, una Judicatura debía despachar 2000 juicios al año, y lo comparó con la cantidad de procesos que se despachaban en Colombia, a razón de una sentencia por día, esto es alrededor de 300 juicios anuales. En la actualidad, esta cantidad ha aumentado como la población y la conflictividad respectiva, así como los procesos represados también, a pesar de la gran depuración emprendida para declarar en abandono aquellos juicios con más de 18 meses sin actividad, de conformidad con lo establecido en los Arts. 386, 388 y 390 del Código de Procedimiento Civil.

Consecuentemente, el agresivo cambio al procedimiento ordinario, en la práctica va a ser difícil de aplicar, si lo que en realidad se busca es calidad en la justicia. Deben complementarse los cambios que actualmente se están realizando con el aumento de judicaturas y jueces, capacitación y el verdadero compromiso de los demás operadores de justicia de trabajar eficientemente por la satisfacción de las necesidades de los usuarios.

En los últimos años, en el Ecuador se han producido afectaciones al patrimonio de compradores de buena fe, quienes confiando en las fantasiosas expectativas ofertadas por empresas inmobiliarias, han entregado ingentes recursos económicos, con el fin de adquirir un bien raíz, mas cuando llegado el tiempo de la entrega del bien, no se lo efectúa, se encuentran con que deben seguir tortuosos y largos trámites, en unos casos civiles, en otros penales, para tener alguna posibilidad de recuperar el dinero entregado o el bien anhelado, luego del tiempo y dinero invertido en el juicio, no tienen asegurado un fallo que les sea favorable.

La ejecución de una sentencia, al decir de Devis Echandía, es obtener una sentencia que se acomode a la verdad y al derecho. En ella debe primar el interés social, en cualquiera de las ramas en las que se trate la cuestión materia del proceso: civil, penal, laboral, etc.³⁷

Esta adaptación del derecho a la realidad social, es recalcada permanentemente por varios maestros y autores. Entre ellos, el Dr. José García Falconí, cuando hace

³⁷ Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Presentación, numeral 5.

varias propuestas para una mejor administración de justicia en el Ecuador, menciona que es necesaria una actualización del derecho, relacionándolo con las nuevas realidades de un mundo cambiante, convirtiendo a la enseñanza jurídica en algo activo, provocando el razonamiento de los educandos, y desarrollar sus habilidades y destrezas, en lugar de un cúmulo de conceptos y doctrina.³⁸

1.2. El proceso: Principios y garantías constitucionales relacionados.

1.2.1. Nociones generales

Tomando en consideración la pirámide de supremacía de la normativa jurídica, establecida en el Art. 424 de la Constitución, ésta prevalece sobre Tratados y Convenios Internacionales, Leyes Orgánicas, Leyes Ordinarias, Normas Regionales, Ordenanzas Distritales, Decretos y Reglamentos, Ordenanzas, Acuerdos y Resoluciones.

En la Constitución del año 2008, se ha dado una gran importancia a los derechos. Al Ecuador se lo denomina como “Estado constitucional de derechos” tanto más cuanto que los títulos segundo (que trata de los derechos) y tercero (que trata de las garantías) alcanzan los ochenta y cinco artículos.

Este garantismo obliga a toda la normativa inferior. Nuestra Constitución refleja fuertemente la tendencia neoconstitucionalista, entendida como aquella que no solamente establece competencias o separa poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas materiales o sustantivas que llegan a condicionar la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. El Neoconstitucionalismo apareció en Europa y se trasladó a América Latina con el criterio de defender los Derechos Humanos, en la práctica, a través de los Jueces constitucionales.

Al Neoconstitucionalismo se lo puede entender como la lucha por el humanismo frente a los abusos del poder estatal en la historia de la humanidad, dando prioridad a la vigencia de los Derechos Humanos, respaldado en las garantías

³⁸ José García Falconí, Manual de Práctica Procesal Civil, Tomo III, 218.

constitucionales, bajo un organismo supremo que es la Corte Constitucional y los Juzgados Constitucionales en toda la República.

En esta línea, el Dr. Rodrigo Borja, en su Enciclopedia de la Política, habla del constitucionalismo social,³⁹ el cual a partir de la Constitución Mexicana de 1917, se extiende por todo el mundo, y como derechos de segunda generación difundidos por esta corriente, están los sociales, relativos a los derechos de la persona humana, entre los que se menciona el de alcanzar un nivel de vida adecuado, y lograr otras prerrogativas de este orden dirigidas a tutelar sus intereses económicos.

Igualmente, el Código Orgánico de la Función Judicial establece en su Art. 3, la necesidad de formular políticas administrativas que garanticen los principios constitucionales, (entre ellos: el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y el COFJ) a fin de brindar un servicio de calidad según las necesidades de los usuarios de la justicia.

La afectación a los intereses económicos del ciudadano es una evidente violación constitucional, más aún cuando a través de la suscripción de un contrato como el de promesa de compraventa, se intenta asegurar jurídicamente una inversión como la que se realiza en un bien raíz. La Constitución determina entre los derechos del buen vivir, en el Art. 30, el referido a un hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna, independientemente de la situación social y económica.

Con desconocimiento o mala fe, personas jurídicas y naturales dedicadas a la compra y venta de bienes inmuebles, con previo conocimiento de lo que están haciendo, en muchos casos, perjudican a quienes de buena fe entregan el precio para la adquisición de estos bienes, o en su defecto entregan el bien inmueble antes de recibir el pago, contra la firma de un documento privado o escritura pública (en el mejor de los casos), denominado “promesa de compraventa” , que no reúne los requisitos exigidos por la ley para ser válido, conforme determinan los Arts. 1570 y 1740 del Código Civil. Consecuentemente, en lo posterior, no sirve de prueba plena para la ejecución de las obligaciones contenidas en él, en caso de incumplimiento. El

³⁹ Rodrigo Borja Cevallos, Enciclopedia de la Política, (15 de Mayo del 2014), disponible en: <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=e&por=c&idind=311&termino=>

principio de no afectación a los intereses económicos, se obvia, en el desarrollo del procedimiento para ejecutar estas obligaciones, como veremos posteriormente.

Ramiro Ávila Santamaría menciona: “Las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin las garantías, los derechos serían meros enunciados líricos, que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad.”⁴⁰

El ser humano, la persona, y su bienestar, son los objetivos de la norma sustantiva o adjetiva. El entorno y las vivencias diarias, traducidas en experiencia, deben ser el punto de partida para normar jurídicamente sus comportamientos de la forma más justa y eficiente. Esto no significa, como parece entenderse actualmente, dentro de las transformaciones que se están implementando en todos los aspectos de la administración de justicia, que se emitan sentencias en mayor cantidad, dentro de un corto lapso de tiempo. Hay que pensar también en la calidad, pues nada se consigue con tener una resolución rápida en lo temporal, pero no satisfactoria en su contenido. He aquí cuando los principios establecidos en nuestra ley, tanto en la Constitución como en el Código Orgánico de la Función Judicial, pretenden equilibrar este desbalance, debido al involucramiento de intereses, que no tienen nada que ver con el aspecto meramente doctrinario, técnico, y práctico.

El sistema procesal debe contar con principios básicos, ya que inicialmente tiende a una resolución pura de los litigios, resolución que debe ser realizable y eficaz.

Ahora, los principios procesales que rigen en materia civil, difieren de aquellos que gobiernan en materia laboral, administrativa, etc. Ya que en cada rama existen realidades diferentes que deben ser tratadas de forma particular, justamente para no permitir que la justicia se aleje, en su ejecución, de la idiosincrasia y aceptación de los ciudadanos. Con el cambio de la realidad, los principios aplicables a los hechos fácticos, deben también mutar, y es justamente lo que ha ocurrido dentro del COFJ y la Constitución del 2008.

⁴⁰ Ramiro Avila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Editores, Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, 1era. Edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, 89, 90.

1.2.2. El Código Orgánico de la Función Judicial y la Constitución. Análisis comparativo y doctrinario

En el Capítulo II del Título I del Código Orgánico de la Función Judicial, se tratan extensamente los principios que rigen a la administración de justicia, las normas procesales y al proceso en sí:

- Art. 4.- Principio de supremacía constitucional;
- Art. 5.- Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional;
- Art. 6.- Interpretación integral de la norma constitucional;
- Art. 7.- Principios de legalidad, jurisdicción y competencia;
- Art. 8.- Principio de independencia;
- Art. 10.- Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad;
- Art. 11.- Principio de especialidad;
- Art. 12.- Principio de gratuidad;
- Art. 13.- Principio de publicidad;
- Art. 14.- Principio de autonomía económica, financiera y administrativa;
- Art. 15.- Principio de responsabilidad;
- Art. 16.- Principio de dedicación exclusiva;
- Art. 17.- Principio de servicio a la comunidad;
- Art. 18.- Sistema-medio de administración de justicia;
- Art. 19.- Principios dispositivo, de intermediación y concentración;
- Art. 20.- Principio de celeridad;
- Art. 21.- Principio de probidad;
- Art. 22.- Principio de acceso a la justicia;
- Art. 23.- Principio de tutela judicial efectiva de los derechos;
- Art. 24.- Principio de interculturalidad;
- Art. 25.- Principio de seguridad jurídica;
- Art. 26.- Principio de buena fe y lealtad procesal;
- Art. 27.- Principio de la verdad procesal;
- Art. 28.- Principio de la obligatoriedad de administrar justicia;
- Art. 29.- Interpretación de normas procesales;
- Art. 30.- Principio de colaboración con la función judicial.-

En la Constitución, tenemos artículos emblemáticos, que de forma sucinta repiten lo dicho por el COFJ:

“**168.-** ...5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

“**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

Art. 174.- Inc. 2do... “ La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley...”

“**Art. 185.-** Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.”

El detalle que se hace de los mismos, es el reflejo de la experiencia adquirida, y que en todo caso, seguirá acumulándose a través de los años, porque la sociedad evoluciona, y con ella, la ley y el sistema procesal.

En la Constitución de Riobamba de 1998, previa a la que rige actualmente, se establecieron principios similares en los Arts. 23, 24 y del 191 al 197. La redacción fue menos prolífica y abundante, sin embargo por las nuevas tendencias socio humanistas, y debido a la constante intervención de los otros poderes del Estado en la Función Judicial y la politización del mismo, se entiende que en la Constitución del 2008, con abundante y pormenorizada descripción de los principios de la justicia, las

normas y el proceso, pretende acabar con esta manipulación y llegar a construir parámetros de aplicación de la justicia, nacidos de la doctrina y la práctica diaria.

Autores como Manuel María Díez, ratifican este criterio cuando investigan el origen del derecho procesal a raíz de la norma sustantiva. El derecho procesal fue adquiriendo contenido y objeto distintos de dicha legislación. Al proceso lo cataloga como parte del derecho público pues es el reflejo de la función estatal jurisdiccional, que busca lo que este autor identifica como “el mantenimiento de la justa paz comunal”.⁴¹

El derecho que emana de una norma debe ser reconocido por todos. Sin embargo, el ejercicio indebido de éste, contradice su espíritu, y por tanto, acarrea responsabilidad. Precisamente a través del proceso, y los operadores jurídicos, el Estado, reencauza nuevamente el respeto a ese derecho, plasmando en la sentencia el anhelo pretensivo de las partes. Y más allá del incumplimiento de la misma por el obligado, el órgano jurisdiccional, a través del Juez, utiliza la coacción y la sanción para que se cumplan todos los principios mencionados.

En el Derecho Romano, ancestro del nuestro, la tutela jurisdiccional de los derechos se iniciaba con la actio o pretensión y cada derecho tenía una actio para acceder a los tribunales. El proceso romano se dividía en procedimiento in iure y procedimiento in iudicio. El primero se dedicaba solamente a comprobar la existencia de los presupuestos procesales, esto es, a saber si al demandante le correspondía una acción, y el segundo trataba el fondo de la relación procesal.

James Goldschmidt ensaya una definición empírica del proceso: “... es el procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada, es decir, del efecto de que la pretensión del actor valga en el porvenir ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada.”⁴²

⁴¹ Manuel María Díez, Derecho Administrativo, Tomo I, Bibliográfica OMEBA, Editores – Libreros, 1963, Argentina, 346.

⁴² James Goldschmidt, Principios Generales del Proceso, Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, Vol. I, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, 9.

El desarrollo del proceso debe llegar a un fin, y este es, evidentemente, dar la razón o no al demandante, a través de la sentencia o resolución. Algunos autores hablan de que lo que se resuelve es una controversia, pero no caen en cuenta que hay casos en los cuales solamente comparece una parte o simplemente no lo hace y se lo sigue en rebeldía. La seguridad jurídica y la protección de los derechos es el fin último, pero se debe considerar la falibilidad del juez, que como ser humano, comete errores. Para tratar de alcanzar estos ideales, de la mejor forma, se han establecido los recursos, a fin de que un Juez Superior “fiscalice” la actuación del inferior, y ratifique lo resuelto o lo modifique, motivando y recalcando el por qué de su criterio, especialmente cuando se modifica lo venido en grado.

Lo dicho en líneas anteriores, nos conduce al DEBIDO PROCESO, derecho constitucional que garantiza al usuario del sistema judicial, la aplicación normativa y funcionamiento justo y equitativo de cada etapa procesal, hasta su finalización.

En el Art. 76 de la Constitución se desarrollan en siete numerales las garantías básicas del debido proceso; garantía del cumplimiento de normas y derechos de las personas, presunción de inocencia mientras no exista sentencia ejecutoriada, no sanción por hechos no tipificados en la ley y la no imposición de sanciones no previstas en la normativa así como el juzgamiento por parte de autoridad competente; pruebas obtenidas y actuadas conforme a la ley; aplicación de la norma menos rigurosa y la más favorable al infractor; proporcionalidad entre infracciones y sanciones; y finalmente garantías relacionadas con el derecho a la defensa de las personas: pruebas, ejercicio del derecho a la defensa, juzgamiento, contenido de las resoluciones, intervención de los Defensores Públicos y recursos.

Pero qué es el debido proceso? En la Resolución No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99, (Fallo de triple reiteración), se estableció:

"DÉCIMO SÉPTIMO.- ... El derecho de defensa no es una patente de corso, en que todo valga; una de las garantías del debido proceso es el que toda persona tenga derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en la indefensión, de conformidad con lo que declara el numeral 17 del artículo 24 (75) de la Constitución Política del Estado, pero este derecho se lo ejercita dentro de los

límites de la ley y de la moral. Y si rebasa esos límites, deberá sufrir las consecuencias de sus actos propios." (énfasis añadido)

De igual manera, el ecuatoriano, Dr. Mario Zambrano Simbali, lo define: "El debido proceso es un conjunto de normas que regulan los derechos y garantías con las que debe contar toda persona que es sometida a un proceso, el mismo que debe ser justo, oportuno y equitativo."⁴³

En Resolución No. 173-06, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 1, 16-I-2007 se estableció: "**SEXTO.**- ... Ningún Juez o Magistrado puede ser acusado de vulnerar el derecho a la tutela jurídica de los justiciables si, conforme a los motivos de sus decisiones, no otorga la razón a la parte que formula su pretensión. Como dijera esta sala en la sentencia antes citada, [...] La finalidad del proceso es, precisamente, servir de medio para que el Juez, tercero no involucrado en el conflicto, realice la composición brindando la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses a las partes envueltas en tal conflicto... En el tema del incumplimiento de las resoluciones judiciales, la doctrina actual ha tratado sobre el derecho a que la sentencia se cumpla, que en su esencia significa que las sentencias judiciales han de efectivizarse en sus propios términos, y sus manifestaciones son el respeto a la cosa juzgada, como el aceptar que las decisiones del Poder Judicial no queden insolutas por el capricho legislativo o el retardo administrativo... El derecho a la ejecución de las sentencias [...] Es un derecho abstracto que tiene toda persona, y que nace en el mismo momento que la sentencia deviene firme y ejecutoriada (es decir, agotados los recursos que puedan revocarla, o vencidos los plazos para plantearlos), por eso la ejecución provisional no se instala en este terreno garantista, sino, más bien, en el campo de la eficacia procesal." (énfasis añadido)⁴⁴

Si consideramos los elementos aportados por cada una de estas definiciones, y tomando en consideración que la nueva Constitución de la República gira en torno a

⁴³ Mario Rafael Zambrano Simball, Los Principios Constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales, Ediciones Industria Gráfica, 2009, 1era. Ed., 8.

⁴⁴ Disponible en Ediciones Legales, <http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=1&Nombre=undefined&T=Constituci%C3%B3n%20&Opcion=1&Buscar=1&Historico=0>, consultado el 21 de Junio del 2014.

los derechos de los cuales el ciudadano dispone y puede hacerlos respetar, y partiendo del garantismo de la misma, el debido proceso ya no es actualmente una mención sin fuerza. Son derechos que se pueden EXIGIR. El Estado está obligado a proteger a sus gobernados de cualquier abuso e ilegalidad que proviniera de los operadores de justicia o instituciones, dentro de un procedimiento judicial.

Al respecto, Couture enfatizaba, al hablar del proceso jurisdiccional, en los derechos que ambas partes tienen para exponer sus posiciones y poder probarlas, así como recalca la intervención de los jueces para la debida aplicación de los principios y preceptos de la ley, a través de las sentencias. Considera al proceso civil como un proceso dialéctico, esto es, la proposición de una tesis, una antítesis y una síntesis; de la acción, excepción y sentencia. Todo este conjunto de actos, necesita de un orden, de parámetros que permitan a las partes tener iguales oportunidades para hacer valer sus derechos. Es allí cuando se empieza a hablar de los principios que regulan al proceso.⁴⁵

Los principios que rigen al proceso civil, son distintos, según el autor que los estudia, y fundamentalmente, porque éstos nacen de los preceptos normativos y de la propuesta del legislador, esto es, como ya lo habíamos manifestado con anterioridad, nacen de la realidad jurídica de cada sociedad, de su experiencia, de sus necesidades propias, a tal punto que en casos, como el nuestro, en que la realidad procesal civil es compleja y, para el usuario del sistema existen falencias graves, se hizo indispensable describir en el COFJ toda una lista de principios aplicables al procedimiento (26), así como otros similares para las normas procesales en la Constitución.

Para Chiovenda, existen solamente dos principios: el de igualdad y el de economía, en tanto que para Couture, existen los principios de igualdad, disposición, economía, probidad, publicidad y preclusión.

⁴⁵ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición (póstuma), Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958; 62, 181, 182.

El Jurista, Dr. Alfonso Troya Cevallos, clasifica a los principios rectores del Proceso Civil Ecuatoriano en constitucionales, legales y doctrinarios, según la fuente de la que emanan⁴⁶.

Lógicamente que cada uno de los autores citados, habla desde la perspectiva de la realidad procesal y normativa temporal y social propia. Chiovenda, aparentemente los simplifica de forma extrema, pero se debe advertir, que el autor no se equivoca, ya que desde esos dos principios básicos, prácticamente se derivan todos los demás, considerando que el debido proceso implica el “seguro” otorgado a la persona, de cualquier exceso, riesgo o extralimitación de la autoridad estatal, principalmente.

1.2.3. Los principios y el debido proceso

El debido proceso se originó en Inglaterra, en la Carta Magna expedida por el rey Juan Sin Tierra, en el año 1215, se aplicó a las colonias, y finalmente se universaliza mundialmente, y de forma particular, en los países de América Latina. Se citan, por cercanos a los principios mencionados, los siguientes numerales:

“38. Ningún Alguacil pondrá en lo futuro en juicio a ningún hombre sobre su acusación particular, sin que se produzcan testigos fidedignos para probarla.

39. Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.

40.- A nadie venderemos, a nadie regalaremos ni retardaremos el derecho a la justicia.”

En 1534, en la Carta Magna expedida por el rey Eduardo III, aparece la expresión “due process of law”, que en español significa debido proceso legal, y establece:

“Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredada, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal”

⁴⁶ Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ediciones de la Universidad Católica, Quito, 1978, 148.

Como se ha analizado brevemente, el debido proceso es Universal, una conquista más de la Revolución Francesa y debidamente plasmado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (Art. 10), así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por las Naciones Unidas en 1966. (Art.14, párrafo primero)

En nuestra Constitución se detallan los principios del debido proceso en el Art. 76, en doce numerales y siete literales, complementando lo establecido en el COJF.

Devis Echandía, respecto al debido proceso, dice: Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley. La Ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, ni a las autoridades o a los jueces, modificarlos o pretermitir sus trámites, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo. Como vimos antes, las normas procesales son por lo general absolutas e imperativas; solo excepcionalmente facultan a las partes para renunciar a ciertos trámites o beneficios, como algunos traslados o a cobrar las costas, los perjuicios y los honorarios de los auxiliares de la justicia.”⁴⁷

Todos los principios señalados, permiten llegar a una solución justa y equitativa, a través del proceso, pero siempre que éste observe la normativa anotada.

Oswaldo Gozaíni, hablando del sistema jurídico procesal, hace una diferenciación entre garantías, principios y reglas. A las primeras las identifica con los derechos constitucionales que derivan en el debido proceso, a los principios los equipara con imperativos que guían el proceder de operadores de justicia y usuarios, y por último las reglas a las que define como las disposiciones que determinan el lugar, tiempo y forma de los actos procesales.⁴⁸

⁴⁷ Hernando Devis Echandía, en Principios Fundamentales del Derecho Procesal. Del Procedimiento y del Proceso en el Derecho Colombiano, citado por Amparo Alicia Oviedo Arbeláez, Bogotá D.E. 1990; 3, 4.

⁴⁸ Oswaldo A. Gozaíni, El corrimiento de los principios hacia las garantías y reglas generales, en Derecho procesal Civil y Mercantil, Coordinadores de la obra; Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez, (México, Editorial Porrúa, 2012), 75 y 76.

Asimismo, este autor, hace una interesante diferenciación entre proceso y procedimientos, encuadrando al primero en los límites y alcances de la actuación jurisdiccional y de las partes en un conflicto, y al segundo en las formas de proceder. En esta situación, el proceso como garantía, está dentro de lo constitucional; y en lo referente a su desarrollo, se ocupa de las personas, quienes en cada una de sus realidades, y diversidades les serán aplicables estos principios con formas y criterios diferentes.

En la tarea de investigar y sintetizar las principales garantías del proceso, Gozáini habla de cinco:

- 1) El derecho a ser oído
- 2) El derecho al proceso
- 3) El derecho al plazo razonable
- 4) El derecho al juez natural
- 5) El derecho a la utilidad de la sentencia (decisión justa y efectiva).

Igualmente, si realizamos un análisis comparativo con el COFJ, podremos encontrar que la mayoría se encuentra reflejado dentro de éstos.

Los principios del proceso civil, también reflejan las características de cada ordenamiento jurídico, esto es, responden a una evolución histórica, política y social del Estado. Por ellos, es posible tener una percepción general de quienes intervienen en el proceso, su forma de actuación, recursos, derechos y obligaciones de carácter procesal. Estos criterios son compartidos por autores como Ramos Méndez, Gimeno Sendra y Lino Palacio.

Sin embargo de lo dicho, e independientemente de la realidad socio política de cada Estado, la concepción del debido proceso siempre deberá estar inmersa en un mar de imparcialidad y posibilidades de igualdad para todas las partes que intervienen en él. Tanto el demandante, como el demandado y el Juez, con la autoridad suficiente para que su resolución sea definitiva y compulsiva, integran al proceso. Este poder es limitado por los principios, es legal.

Como queda dicho, aquellos principios básicos de los que hablamos, responden a la realidad socio histórica, y es así, que en la actualidad, las obligaciones de los

operadores de justicia son más numerosas, a fin de que la tutela judicial sea adecuada. Lo teórico cede ante lo social, debe adaptarse a las necesidades de respeto a los derechos de los individuos. Es aquí cuando aparece la novedosa y delicada posibilidad de que los Jueces, con mayores poderes, dirijan el proceso, de que encuentren la real verdad, con los elementos que cada una de las partes entregan en el litigio, pero para ello deben estar adecuadamente capacitados y deben tener el conocimiento de esa realidad socio histórica y de realidades particulares de la ley y las partes procesales.

1.2.4. Principales principios correspondientes al proceso civil

En el proceso civil, en particular, se pueden destacar principios como el dispositivo, pues está sujeto a lo que las partes, por su voluntad, presenten tanto en la demanda en la contestación, y en las demás actuaciones procesales. El Juez carece de iniciativa procesal, pues el titular es el particular; pero esto ha ido evolucionando con el tiempo, hasta llegar a los momentos actuales, en que, a fin de conseguir mayor calidad, precisión y equidad en los fallos, se discute respecto a otorgarle mayores poderes inquisitorios, o el de proponer, sin caer en prevaricato, posibilidades de solución a las partes en la etapa de conciliación y contestación a la demanda.

A diferencia del proceso penal, que se hace necesario entablarlo, en el civil, las partes pueden evitar su inicio de forma lícita, llegando a acuerdos voluntarios sobre derechos transables. En el Ecuador, el Fiscal es quien generalmente debe iniciar la acción penal y el proceso investigativo correspondiente, independientemente de lo que las partes acuerden extraprocesalmente. Por la necesidad de una justicia más cercana a lo deseado por las partes, especialmente en cuanto a tiempos, en la actualidad, podrían establecerse formas inquisitivas en el procedimiento civil, si bien se han implementado medidas para presionar a las judicaturas para el pronto despacho de las causas, el resultado no es el deseado en las circunscripciones territoriales más pobladas y consecuentemente más conflictivas, llegando a colapsar por la abundante carga procesal y la adopción de medidas, temporalmente inapropiadas, como por ejemplo, el resorteo de causas civiles.

Si bien el principio dispositivo es mandatorio, el Juez debería ejercer con mayor decisión y herramientas implementadas por el Consejo de la Judicatura, su poder y a

la vez obligación de buscar la verdad sin necesidad de coartar este principio, sino de hacerlo más eficiente, ejecutando las acciones que estime necesarias para esclarecer el asunto puesto a su conocimiento. Las pruebas presentadas por las partes, dentro del proceso civil, sirven como elemento informativo al Juez, quien, para aclarar los hechos puestos a su conocimiento de la forma más clara y completa, tiene la posibilidad de actuar oficiosamente, excepto en la prueba de testigos. A la sociedad le interesa, por ser parte de su concepción de supervivencia, que los conflictos jurídicos que se susciten entre sus miembros, sean resueltos y se declare o reconozca la verdadera situación jurídica de los mismos.

El derecho de acción de que disponen las partes, y las clases de acciones que existen en función del derecho del cual provienen, se caracteriza por ser autónomo, disponible, hasta puede ejercerse con abuso y temeridad, en cuanto puede proponerse un juicio por una situación jurídica inexistente, solamente para beneficiarse de la libertad de proponerlo. La acción es una facultad jurídica que la puede ejercer cualquier ciudadano, y en virtud de la cual puede solicitar a los jueces que protejan su pretensión.

1.2.5. Los derechos de protección constitucionales y los principios del proceso

En la Constitución, dentro del Título I, Capítulo VIII, referido a los Derechos de Protección, tenemos una descripción desde el Art. 75 al 82. De éstos, se analizará puntualmente, por tener relación directa con el tema estudiado, a los Arts. 75, 81 y 82.

El Art. 75 estipula: “ Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.” En concordancia con el Art. 139 COFJ, y 1 y 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Como se observa, en el articulado se mencionan nuevamente los principios procesales, pero esta vez, aplicados a las acciones constitucionales.

Cabe mencionar que previa a la vigencia de la Constitución del 2008, la LEY DE CREACIÓN DE TASAS JUDICIALES Y ORGÁNICA REFORMATORIA A LA LEY

ORGÁNICA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA (Ley No. 2001-54) publicada en el Registro Oficial 464, de 29 de Noviembre del 2001, sujeta al Reglamento de Tasas judiciales, estableció tasas por la prestación de determinados servicios judiciales, exceptuando a los penales, laborales, de alimentos y menores, de tal manera que, en forma criticable, se encareció económicamente el acceso a la justicia, contraviniendo precisamente el fin de ésta que es la tutela jurídica sin condicionamientos. Estas normas fueron derogadas expresamente por la Disposición Derogatoria primera, num. 8 , y numeral 13, literal e) respectivamente, de la Ley s/n (R.O. 544-S, 9-III-2009).

A continuación, los Arts. 81 y 82 dicen:

“Art. 81.- La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley. (énfasis añadido)

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Estos artículos fueron pensados precisamente para alcanzar el principal fin de la administración de justicia: acabar prontamente con los conflictos y que no se vuelvan eternos, y con ello lograr la paz social, manteniendo incólume el principio de la seguridad jurídica, con normativa y procesos adecuados y específicos para cada caso.

Para abundar, tenemos las Disposiciones Comunes de las Garantías Jurisdiccionales. El numeral 2 del Art. 86 es una puntualización de los principios de economía procesal, al hablarnos de un procedimiento oral, sencillo, rápido y eficaz, con habilitación de días y horas, se evita la formalidad de la escritura, se habla de notificaciones por medios eficaces.

Igualmente en los Arts. 168 y 169 ibidem, se mencionan algunos principios de la administración de justicia: independencia interna y externa de las dependencias judiciales bajo sanción administrativa, civil y penal; autonomía administrativa, económica y financiera, gratuidad de la justicia, publicidad de los juicios y sus resoluciones; oralidad de los procesos, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. El Art. 169 se refiere únicamente al espíritu de las normas procesales: simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal, y efectivización de las garantías del debido proceso. La omisión de formalidades no debe impedir la aplicación de justicia.

Finalmente, habiéndose evitado por obvio y repetitivo describir cada uno de los principios del COFJ y de la Constitución, pues ya están definidos en la norma pertinente, se han analizado criterios de sus orígenes y agrupamientos en principios “raíz”, de los cuales derivan otros adicionales.

1.3. El derecho de propiedad en la Constitución y en la normativa civil ecuatoriana.

1.3.1. Antecedentes históricos

Dentro de las 20 Constituciones que nuestra República ha tenido, a partir de la Riobambeña de 1830, hasta la actualmente vigente de Montecristi, publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de Octubre del 2008, el derecho de propiedad ha sido normado, con variaciones más o menos notorias, en función de la realidad social, económica y política que se vivía en cada época, y que llegaron a causar observaciones y polémicas entre los juristas, por la sensibilidad y las implicaciones legales de ellas. Una de esas variaciones, fue aquella por la cual en todas las constituciones se aseveró, de una u otra forma, que los bienes raíces son de libre enajenación, hasta que en la Constitución de 1967 no se la incluyó.

En la Constitución de 1830, dentro del Título VIII, De los Derechos Civiles y Garantías, el Art. 62 establecía: “Nadie puede ser privado de su propiedad, ni ésta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón...”⁴⁹. Como lo analizan comparativamente

⁴⁹ Federico Trabucco, Constituciones de la República del Ecuador, Editorial Universitaria, 1975, Universidad Central, Quito, Ecuador, 44.

Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín,⁵⁰ de acuerdo con lo estipulado a este respecto en constituciones posteriores, en esta primera Constitución se reconocía el derecho absoluto de propiedad, sin siquiera admitir el derecho de expropiación forzosa. Igualmente, a partir de la Constitución de 1845, en el Art. 115, queda abolida la confiscación de bienes.

En la Constitución de 1861, en el Art. 115 se prohíbe que en el Ecuador existan bienes raíces que no sean de libre enajenación. Igualmente se establece en el Art. 113, que nadie podrá ser privado de su propiedad o del derecho que a ella tuviere, previa sentencia judicial y en el caso de expropiación para utilidad pública se determina el pago de una indemnización “a juicio de hombres buenos”. Este valor indemnizatorio, se entiende como el pago del precio justo. De ahí deriva la utilización del término “buenos”, pues siempre se ha propendido a no perjudicar a nadie en estas transacciones forzosas.

Las Constituciones sucesivas de 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, mantienen principios y parámetros similares que no merecen un análisis específico.

En la Constitución de 1929, dentro del Título XIII, De las garantías fundamentales, en el Art. 151, el numeral 14 desarrolla y protege, de una manera especialmente detallada, el derecho a la propiedad, pero de forma peculiar se agrega en esta ocasión “... con las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales.” Evidentemente que se pone un límite al derecho de propiedad: la protección de los intereses estatales, la economía, el bienestar y salubridad públicos. Se trataba de una disposición, consecuencia de los ideales progresistas, de la Revolución Juliana de 1925 que instauró un Estado social que cuestionó el status quo bipartidista, pregonó el predominio de los intereses nacionales sobre los privados y buscó beneficiar a los sectores medios y populares.

Riesgosamente para el derecho de propiedad, y en la fascinación revolucionaria, se introduce esta reforma poco clara, que si bien sigue el mismo espíritu de protección social, deja abierta una puerta para que se produzcan abusos que afecten a la propiedad privada, esto es, se establece la posibilidad de que pueblos y caseríos

⁵⁰ Julio Tobar Donoso, Juan Larrea Holguín, Derecho Constitucional Ecuatoriano, 3era. Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1989, 319.

que carezcan de tierras o aguas puedan ser beneficiados, tomándolas de las propiedades inmediatas. Si bien se quiere atenuar esta dura disposición, manifestando que esto se hará armonizando los intereses de las partes en conflicto. Históricamente, en ese entonces primaba en la generalidad de los casos, el criterio del hacendado o latifundista, por el poder económico, político y social que conllevaba la propiedad de la tierra, de tal manera que ponerla en práctica fue complicado.

Esta normativa paternalista, normalmente indefinida y demagógica, producto de ofrecimientos políticos e intentos de contentar a la mayoría de la población, son una de las causas que originan el persistente reclamo – exigencia de sectores de la población con urgente necesidad de poseer un bien raíz para vivir con su familia, para obtener adjudicaciones de inmuebles, forzando en muchos casos la legalidad de estos procedimientos mediante recursos de protesta popular y la invasión del inmueble, a criterio propio, en el lugar que les conviene. Cabe aclarar que sí es necesaria la protección a este sector vulnerable de la población, pero limitando el alcance y resultado de los reclamos, con procedimientos y normas que hagan honor y respeten el derecho a la propiedad de los demás ciudadanos, en igualdad de condiciones, sin dar preferencia a grupos o personas por su condición social, económica o política. Este tema ha sido nuestro eterno Talón de Aquiles .

Como se ha mencionando ya en este trabajo, la sociedad evoluciona y en el decurso del tiempo, se van creando situaciones nuevas que deben ser normadas, como ha sucedido con el derecho a la propiedad. A propósito, podría ser que producto de lo ocurrido con la Revolución Bolchevique de 1917 y de las repercusiones mundiales de ésta, con otros estallidos sociales y reclamos en las naciones, se fueron puliendo estas reformas constitucionales con tinte popular, aunque de forma tardía en nuestro país.

Otras innovaciones de la Constitución de 1929: en el párrafo sexto del Art. 115 se establece que el Estado favorecerá el desarrollo de la pequeña propiedad, y en el párrafo décimo se establece la prohibición a los extranjeros de que adquieran títulos, tierras, aguas, minas, combustibles, en una extensión distante 50 km. desde las fronteras, pues si así lo hacían, corrían el riesgo de perder la propiedad, misma que eventualmente pasaría a nombre del Estado.

En la Constitución de 1946, se establece el derecho de testar y el de herencia (Art. 167), así como el patrimonio familiar, inalienable a inembargable. Con respecto a este derecho, y tomándolo como muestra aleatoria, sucede en ocasiones, que por diferentes motivos (especialmente políticos y raramente jurídicos), no son mencionados en las Constituciones posteriores, se los obvia, con lo cual, de alguna manera se está coartando la normal evolución del derecho, a partir de lo social, y afectando a los ciudadanos pues se les quita lo que podríamos llamar “derechos adquiridos” constitucionales.

Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín, comparten el siguiente criterio: “Como en casos anteriores, debo manifestar mi criterio de que, desde luego, la omisión no significa supresión sino simplemente un defecto de la Constitución de la República, ya que un derecho natural de tanta importancia no podría suprimirse por parte del Legislador, y mucho menos en forma simplemente tácita, contrariando los principios de la justicia y la tradición del derecho constitucional ecuatoriano y de todos los países civilizados de Occidente.”⁵¹

La propiedad en la Constitución de Montecristi del 2008. La normativa civil

La nueva constitución, preeminentemente garantista, hace mención a la propiedad, en algunos artículos dispersos en todo su texto. Dentro del Capítulo VI, dedicado al trabajo y producción, se habla de los “Tipos de Propiedad”, a partir del Art. 321.

Como en las últimas constituciones, ésta también garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas: pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, debiendo cumplir su función social y ambiental.

En algunas Constituciones se ha hablado de la “función social” del derecho a la propiedad, término que ha sido interpretado a conveniencia del Gobierno de turno y su visión ideológica y política.

El Dr. Rodrigo Borja encuentra dificultad para definir el término “propiedad”, pero en todo caso delimita una concepción: “La propiedad es el dominio y el control que el

⁵¹ Julio Tobar Donoso, Juan Larrea Holguín, Derecho Constitucional Ecuatoriano, 322.

hombre tiene sobre determinadas cosas. Pero se trata de un dominio y un control “reconocidos” por la sociedad, que se ejercen de una manera permanente y exclusiva. Por tanto, la palabra *propiedad* expresa necesariamente la idea de un poder jurídico sobre un objeto determinado respecto del cual el ser humano tiene facultades de libre disposición.”⁵²

La propiedad, socialmente hablando, es fruto del progreso. En la era primitiva, el hombre no conocía este concepto, por su forma de vida nómada que no le permitía estar en un solo lugar, pues debía establecerse temporalmente en aquel que le diera condiciones de vida y alimentación adecuadas, sin que importara dónde.

Con el desarrollo de la agricultura, la alfarería y el sentido de agrupación humana, el hombre empieza a cuidar y defender sus espacios (tierra). La evolución social ha determinado siempre el concepto de la propiedad. No fue lo mismo el concepto de propiedad en la era Preincásica, en la Incásica, la Colonia, y la era Republicana. Cada sistema político la interpreta de acuerdo al grupo humano gobernado y su grado de satisfacción de necesidades.

Pablo Egas, analizando lo manifestado por Luigi Ferrajoli, dice que es necesario establecer si el derecho de propiedad es uno fundamental (defensa de la libertad) o patrimonial (procesos económicos que inciden en el devenir del Estado), pero en todo caso, este derecho debe circunscribirse al espíritu de la nueva Constitución, y que da forma a los conceptos que la diseñaron como: “...derechos humanos y su aplicación inmediata; protección al medio ambiente; protección a recursos naturales; relaciones sociales y jurídicas de conglomerados humanos específicos: comunidades y afines; el papel del Estado en la economía, entre otros.”⁵³

Egas, al igual que Rodrigo Borja, encuentran dificultoso definir específicamente este derecho, pues depende del grado de evolución del Estado social.

⁵² Rodrigo Borja Cevallos, Enciclopedia de la Política, (15 de Mayo del 2014), disponible en: <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=e&por=c&idind=311&termino=>

⁵³ Pablo Egas Reyes, La Propiedad en la Constitución de 2008, en La Nueva Constitución del Ecuador, Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Sotrini, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009, 330.

En el Código Civil vigente, el Art. 599 establece “El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.”

Esta disposición, de corte liberal y que ha regido por décadas, contrasta con ciertas disposiciones de la nueva y progresista Constitución, como el Art. 60 que reconoce a determinados grupos la posibilidad de establecer circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura y a las comunas la propiedad colectiva de la tierra, como reconocimiento a una práctica ancestral; en concordancia con el Art. 57 que reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho colectivo a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles.

Igualmente el Art. 66, que, en su numeral 26 habla del derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental, y agrega: el derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

El Art. 323 de la Constitución es particularmente detallista en lo relativo a la expropiación de bienes, ya que se determinan 3 motivos para ello: ejecución de planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo. Evidentemente solo podrán expropiar las instituciones del Estado, pero repite nuevamente, que será (se entiende que únicamente), por razones de utilidad pública o interés social o nacional, tratando de ratificar con esto, aunque seade forma redundante, los fines que persigue.

La expropiación de bienes, continúa, tendrá una valorización, indemnización y pago de acuerdo con la ley. Este punto ha sido el de mayor conflictividad desde siempre, por ejemplo, las municipalidades, actualmente Gobiernos Autónomos Descentralizados, al momento de efectuar la liquidación y pago de valores indemnizatorios por la expropiación de inmuebles para la ejecución o ampliación de obras, se ha regido en la práctica por el avalúo constante en sus archivos catastrales, el mismo que normalmente es inferior al valor de mercado, ante lo cual, el dueño se ha sentido perjudicado, entablando interminables juicios para obtener el

valor que éste considera justo por el bien que se le está expropiando, y como efecto directo, causando dificultades por un tiempo indeterminado al ente público, para la ejecución de la obra correspondiente. Este análisis podría ser materia de otro trabajo, y no siendo objeto de éste, sino nada más para conceptualizar a la propiedad, no se ahondará más en el tema.

En el Código de Procedimiento Civil tenemos el [Art. 781 que complementa lo dicho en el párrafo anterior](#): “Nadie puede ser privado de su propiedad raíz en virtud de expropiación, sino en conformidad con las disposiciones de esta Sección; sin perjuicio de lo que dispusieren leyes especiales sobre la expropiación para construcción, ensanche y mejora de caminos, ferrovías, aeropuertos y poblaciones.”

En los Artículos 334 y 335 de la Constitución, se determina la intervención del Estado, en las transacciones económicas, y ante cualquier indicio de especulación en lo relativo a los bienes. Esta es una disposición que no se ha reflejado sino únicamente en determinados momentos, como por ejemplo cuando grupos numerosos de personas han sido perjudicados por empresas inmobiliarias, en negociaciones de venta de bienes raíces no saneados o inexistentes. Normalmente las alarmas que ponen en acción a las instituciones del Estado, se activan cuando hay alteración evidente de la paz social, o los casos se repiten constantemente, pues al tratarse de una o dos personas es más complicado conseguir esta reacción pronta de las autoridades competentes. Lo cual no habla bien de la bondad de los procedimientos actuales para hacer justicia.

Por tener relación con el tema tratado en esta tesis, es importante mencionar la Resolución No.SC.DSC.G.13.014 emitida por la Superintendencia de Compañías, y referida al Reglamento de funcionamiento de las compañías que realizan actividad inmobiliaria, la cual, se sustenta en el derecho de las personas a un hábitat seguro y saludable, una vivienda adecuada y digna con independencia de la situación social y económica del ciudadano; así como en el derecho a la propiedad y la facultad de control correspondiente a esta Superintendencia sobre compañías dedicadas a la construcción de viviendas, edificaciones y promoción inmobiliaria.

Este reglamento, fue emitido ante las continuas denuncias y perjuicios que pseudo empresas cometían en contra de incautos, esperanzados en adquirir una vivienda o

terreno, pero sin las debidas seguridades legales para este tipo de negocios. Como posteriormente se analizará, este conjunto de disposiciones, intentan regularizar especialmente, la forma de otorgamiento de las promesas de compraventa de bienes raíces y los procedimientos previos a la venta de estos bienes, que incluyen la obtención de permisos y autorizaciones municipales y la estructuración de un fideicomiso (actualmente modificado) al cual entregaría el dinero el promitente comprador. Contiene además una serie de obligaciones y prohibiciones, favorables al promitente comprador.

La Constitución garantiza además el derecho de propiedad cuando aquel se configura como parte del Régimen de Desarrollo, esto es, su aplicación en el régimen económico que el gobierno de turno haya determinado, pero básicamente debe orientarse a mantener un nivel de vida adecuado y una distribución equitativa de los bienes, considerando el respeto al medio ambiente. Esta visión rompe el criterio de una propiedad absoluta e individual; para ubicarse en una perspectiva de administración colectiva de la tierra, integrándola nuevamente y no desmembrándola, quizá para evitar lo sucedido con la Reforma Agraria y la parcelación y entrega a los trabajadores de pequeñas porciones de tierra, que a la final afectaron en gran medida la producción alimentaria a gran escala, por la falta de apoyo técnico en las siembras y el escaso financiamiento que sufrieron los minifundistas.

Al respecto, el jurista Enrique Pérez expresa: “La constitución, en suma, reconoce a la propiedad privada como un derecho fundamental, lo que implica que no extiende su protección a la libertad individual de apropiación exclusiva, excluyente e ilimitada de bienes, sino al derecho de participación en los frutos del proceso económico que garantice a todos el pleno desarrollo de sus capacidades, de acuerdo con los valores superiores de un ordenamiento que se define a sí mismo como social y democrático”.⁵⁴

⁵⁴ Antonio Enrique Pérez Luño, Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid, Tecnos 2005, 9ª. Ed, p.457, en La Propiedad en la Constitución de 2008, citado por Pablo Egas Reyes, en La Nueva Constitución del Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, 332.

Las formas de propiedad

El Art. 321 de la Constitución habla de las siguientes formas de propiedad, aunque no las define en forma concreta:

1. Pública y estatal: sorprende la existencia de la disyunción “y”, en este caso, pues es difícil establecer una diferenciación clara de este tipo de propiedad. Lo público siempre se ha asociado a la actuación y representación del Estado, de tal manera que habría que ser un meticuloso analista de todas las disposiciones constitucionales para encontrar de qué sutil manera se puede conceptualizar a cada una. En todo caso, el articulista Pablo Egas⁵⁵, considera que esta explicación puede encontrarse en cómo el Estado accede a la propiedad, o la forma especial de apropiación, esto es, en primer lugar, el patrimonio estatal que no está registrado en ningún título pero la Constitución le da el dominio sobre esos bienes caracterizándose por la imprescriptibilidad, la irrenunciabilidad y la inalienabilidad (recursos no renovables, hidrocarburos, yacimientos minerales agua, espectro radioeléctrico, etc.); y por otro lado, están los bienes públicos o bienes nacionales definidos en el Art.604 del Código Civil, estos son, los bienes de la nación toda y los de régimen privado (atribuciones del Estado sobre estos bienes privados).
2. Privada: es un derecho fundamental limitado al cumplimiento de la función social y el respeto a la naturaleza. Estas son limitantes planteadas de conformidad con la evolución de la sociedad. Concuerdan con la definición del Art. 599 del Código Civil. En el ejercicio de esta propiedad se recalca el respeto al derecho ajeno, individual o colectivo. De las variadas limitantes constitucionales a la propiedad, la que más interesa por los fines de este trabajo, es la establecida en el inc. 2 del Art. 282, que prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra y la determinada en los Arts. 264 numeral 1 y 376, referida a que los gobiernos municipales pueden regular el uso y ocupación del suelo urbano y rural. Se establece la prohibición de toda forma de confiscación de la propiedad privada.
3. Comunitaria: este tipo de propiedad se entiende en función de la colectividad a la que pertenecen los individuos, quienes desaparecen en este concepto como

⁵⁵ Pablo Egas Reyes, La Propiedad en la Constitución de 2008, , en La Nueva Constitución del Ecuador, Corporación Editora Nacional, 334.

titulares de los bienes. Es la colectividad la titular. Si bien en la Constitución de 1998 se la mencionó, en ésta se amplía el detalle, en reconocimiento a las prácticas propias de cada comunidad, pueblo, nacionalidad indígena, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio, y las comunas, pero de todas maneras se aclara que pertenecerán siempre al Estado ecuatoriano, único e indivisible. Esta aclaración pretende proteger los intereses y la autoridad estatal en dichos territorios, como prevención a hechos aislados suscitados especialmente en zonas orientales, en las que determinadas comunidades se han opuesto, a veces de forma violenta al ingreso de autoridades y al sometimiento a la normativa y procedimientos jurídicos del estado ecuatoriano.

Cabe señalar que las comunidades tienen la posibilidad de una consulta previa, libre e informada respecto a planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que involucren al bien de su propiedad, aunque de todas maneras el Estado puede contrariar la resolución que tome la mayoría y seguir adelante con la intervención en esa propiedad, si así lo considerase conveniente.

Concordante con estas ideas, en la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía *Alimentaria*, se formula entre sus cometidos inmediatos el desarrollo de una política de redistribución de tierras y medios de producción.

4. Asociativa, Cooperativa y mixta: la propiedad asociativa y cooperativa está vinculada a los medios de producción, algo que se ha dado desde hace mucho tiempo en nuestro país en la actividad pesquera, agropecuaria, minera etc., y solamente se está reconociendo esta práctica en el texto normativo.

En tanto que la propiedad mixta, hace referencia a cómo se explotan determinados recursos, a través de empresas mixtas (estado – particulares), como es el caso de la explotación de sectores estratégicos como telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, transporte y refinación de hidrocarburos, biodiversidad, patrimonio genético, espectro radioeléctrico, agua, etc. (Art. 313 Inciso final).

En resumen, se proyecta un gran cambio a futuro, a base de la transformación de la sociedad y el Sumak Kawsay entendido como la posibilidad de desarrollar nuevas

formas de relación en la sociedad. Todo esto, con respeto a la Pachamama y la naturaleza.

1.3.2. La función de la propiedad

La forma de interpretar la función que cumple la propiedad en nuestro país, ha dependido de la tendencia política reinante (algo temporal), y del pensamiento de quien la ha conceptualizado. No existe un criterio uniforme al respecto.

Autores como Hernando de Soto⁵⁶, desde la perspectiva económica, hacen una relación entre la propiedad, la seguridad jurídica y el mercado. A partir de la hipótesis que éste plantea, de que no hay economía de mercado sin propiedad, solamente pocos países se pueden considerar desarrollados por haber regularizado tanto la economía y el mercado, así como uniformidad de las reglas de la propiedad. Hay que tomar en cuenta que el concepto de propiedad tiene una existencia de no más de 200 años y aún queda mucho por descubrir.

A diferencia de lo que sucede en los países desarrollados, en el tercer mundo la legalización de títulos de propiedad de los inmuebles bordea el 50%, lo cual, a nivel de inversionistas, e instituciones financieras que podrían otorgar préstamos con la garantía de esas propiedades, representa un alto grado de inseguridad jurídica.

La legalización de la propiedad debe superar trabas sociales, como la idiosincrasia de invadir un pedazo de tierra, y exigir (no solicitar) posteriormente, a como dé lugar, el título respectivo, sin planificación, diseño ni respeto al derecho de los colindantes, el propietario legal y el entorno natural. En estas circunstancias, cada quien delimita, a su antojo el lugar en el que vive. No hay manera, en muchos casos, de levantar un registro adecuado para dar la seguridad jurídica necesaria a cualquier operación que involucre compra o venta de ese inmueble.

En todo caso, se han “inventado” o acomodado modos de hacer servir ese inmueble como garantía: las muy utilizadas (en Cooperativas de Vivienda e instituciones

⁵⁶ Hernando de Soto, La protección del derecho de propiedad y la sociedad civil, en: La economía política de la reforma judicial, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, editores, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 199, 135, 136 y 137.

populares) cesiones de derechos y acciones, de derechos posesorios y la sencilla ocupación, certificada por el caudillo que encabeza la organización que controla el terreno que se reparte. Estos hechos, de forma desatinada y riesgosa, han sido respaldados por ciertas instituciones financieras locales, las cuales con la simple certificación de ser poseionario o tener derechos y acciones en trámite, colocan su capital a través de préstamos y así poder obtener una utilidad a través del interés. Felizmente, se han emitido algunas regulaciones, por parte de instituciones como la Superintendencia de Compañías, a fin de intentar controlar estas transacciones inmobiliarias.

El mismo De Soto concibe a la propiedad como un acuerdo entre miembros de una sociedad, el cual implica un respeto del otro hacia el dominio que se tiene sobre una cosa, independientemente de la forma de adquisición por la cual se ha obtenido. Este dominio se refleja en el título, pero en nuestra realidad, llegar a él, al menos para inmuebles sin historial de dominio, significa emprender una serie de trámites, concatenados, onerosos y largos, que terminan por desvirtuar el espíritu beneficioso del derecho a la propiedad proclamado en la Constitución. La propiedad debidamente legalizada, permite hacerla más rentable, productiva y de menor conflictividad social, desde una perspectiva económica.

Es indispensable eliminar el paradigma paternalista existente en la mentalidad de la gente pobre, de que la propiedad es un derecho a exigir, en el lugar en el que se le ocurra, y en reemplazo cultivar en su pensamiento el criterio respeto, del proceso legal de legalización y la seguridad que éste le otorga a futuro sobre este bien.

Juan Larrea Holguín,⁵⁷ por su formación humanista y católica considera que la propiedad, debe trascender el mero concepto económico de redistribución del ingreso, y el profesor Julio César Trujillo, desde su punto de vista de Abogado dedicado por décadas a la defensa de las clases más necesitadas y de los trabajadores, considera que la propiedad privada de los bienes de producción, se justifica siempre que se los haga producir y genere puestos de trabajo y bienes que estén llamados a producir.

⁵⁷ Julio Tobar Donoso, Juan Larrea Holguín, Derecho Constitucional Ecuatoriano, 315.

La propiedad privada ha sido cuestionada desde los primeros siglos de la era cristiana, pues se la consideraba como una institución para satisfacer el egoísmo de los ricos y excluir a los pobres. Desde el punto de vista cristiano y católico, la justa distribución de los bienes implica que lo sobrante de bienes del individuo, debe entregársele al que le hace falta. Se le ha dado gran importancia a la pobreza como virtud, a tal punto que los franciscanos llevaron al extremo esta práctica, que fue mitigada gradualmente en la sociedad mercantilista y consumista actual.

Durante la época de la revolución industrial, en los siglos XVII y XVIII, el derecho de propiedad fue defendido por los propietarios de los medios de producción, utilizándolo como punta de lanza frente al arbitrio del Estado. Fructificó este derecho en los individuos y colectividades que efectuaron actividades de exploración y comercio.

El derecho de propiedad, está inserto en todas las constituciones de corte liberal, al principio con carácter ilimitado, pero posteriormente se establecieron ciertas barreras a su ejercicio.

Juan Jacobo Rousseau le atribuyó responsabilidades morales a la propiedad. A ésta la señala como la causa de la desigualdad entre los hombres. Proudhon, en una posición anarco-socialista, considera que la propiedad privada conlleva violencia y abusos, y por ello, debería ser sustituida por formas de propiedad colectiva. En contraposición a estos criterios, Carlos Marx no critica a la propiedad como tal y no propone su abolición, sino que se refería a la propiedad privada de los medios de producción, pues la consideraba como la fortaleza del sistema capitalista; adicionalmente, Marx cuestiona la posibilidad de los individuos de convertirse en propietarios ilimitados de bienes y herramientas productivas y de ejercitar una actividad económica privada. Considera a la libertad individual como a la propiedad como valores individualistas que se oponen a la dimensión genérica del hombre e impiden su igualdad.⁵⁸

El fundador del liberalismo, John Locke teorizó y justificó moralmente la ilimitada facultad de poseer del individuo, paralelamente a su limitada capacidad de consumo

⁵⁸ G. Lohmann, La critica fatale di Marx ai diritti umani; Studi Perugini 5 (1998), p. 187-199.

y de trabajo. Otros teóricos clásicos de liberalismo como Adam Smith, David Ricardo y Stuart Mill impulsaron y justificaron la libertad de iniciativa.

La economía de mercado no propicia la igualdad (económicamente hablando), esto es, la asignación desigual de la riqueza y las oportunidades de acceso a los recursos crean desigualdad y pobreza. "... no sólo la satisfacción de las expectativas sociales, sino la propia tutela de las libertades fundamentales, corre el riesgo de depender, para cada sujeto, no de ser o no titular de "derechos fundamentales", sino de su potencial de afiliación corporativa. Y tanto más poderosa sea la élite a la que el sujeto aparezca afiliado, y tanto más elevado sea el rango que en ella ocupe, tanto más eficaz resultará la satisfacción de sus expectativas de protección y el ejercicio de sus derechos".⁵⁹

De todas maneras, e independientemente de lo dicho por estos pensadores, la tensión entre propiedad y libertad es real y actual, pero no por ello la propiedad deja de ser un derecho fundamental.

El derecho de propiedad, particularmente sobre bienes inmuebles, está asociado a la facultad de todo ciudadano a escoger libremente lo que desea adquirir, su ubicación, características, precio, etc. Esta libertad, por los casos de estafa y engaño acontecidos en los últimos años, no ha sido debidamente resguardada en lo legal. La compra de bienes inmuebles a determinadas compañías, inclusive sujetas a vigilancia de la Superintendencia de Compañías, por parte de numerosos interesados, se ha viabilizado a través de instrumentos, que, en la mayor parte de los casos denunciados ante las autoridades competentes, no han reunido los requisitos mínimos para ser legalmente válidos y exigibles. He ahí que la libertad, si bien se entiende en su más amplio sentido, es regularmente violada sin que los mecanismos para restituir las cosas a su estado anterior y de justicia o defender al perjudicado, sean los más adecuados para la defensa de los derechos, lo cual es obligación del Estado. De aquí debe nacer el concepto de función social.

⁵⁹ Danilo Zolo, Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los Derechos Fundamentales (a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli), en Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2001, 89, 91.

Homogeneizando los más variados criterios, podría decirse que la función social de la propiedad, implica hacer uso de ella, respetando el entorno en el que se encuentra, su régimen económico y los derechos de todos los involucrados: Estado y ciudadanos; regulada, limitada y controlada en determinados casos por la ley, y por los organismos estatales, acorde a las políticas económicas y su aplicación en cada segmento social.

En el Art. 6 de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria se menciona que el acceso a la tierra deberá cumplir con su función social y ambiental, y utiliza palabras como generación de empleo, equidad, producción, sustentabilidad, conservación de la biodiversidad y funciones ecológicas. Sin embargo, lo social, en el inciso tercero, se convierte en una imposición limitatoria con aires de confiscación, al establecer privilegios de acceso a la tierra para ciertos sectores de la población y la casi obligación de eliminar los latifundios, sin considerar si son o no productivos, en función de las necesidades de los menos favorecidos.

Lo anterior, es solamente un ejemplo más de cómo, en la actualidad, se interpreta la función social de la propiedad.

En el derecho europeo, a los derechos fundamentales se los nombra de forma indistinta como libertades fundamentales. En el derecho angloamericano, en cambio, algunos autores se refieren a las libertades fundamentales como el equivalente a las constituciones liberal democráticas contemporáneas. Otros autores como Gregorio Peces-Barba, equipara los derechos fundamentales a los derechos del hombre y éstos los define como “moralidad legalizada, por su origen iusnaturalista.”⁶⁰

En la misma obra, Luigi Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales (derecho de propiedad, derecho de crédito), a los cuales se los considera como fuente de desigualdad entre los sujetos. Los derechos patrimoniales, afirma, establecen relaciones de dominio y de sujeción (poder y exclusión), entre sujetos jurídicamente desiguales. Estos derechos se atribuyen a los sujetos, y pueden designárselos de forma indistinta como derechos subjetivos de libertad, libertades fundamentales o derechos del hombre.

⁶⁰ G. Peces Barba Martínez, Curso de derechos fundamentales, Teoría General, Eudema, Madrid, 1991.

El derecho de propiedad, como todo derecho fundamental, es de interés y expectativa de todos, sustentan la igualdad jurídica y a la democracia. Danilo Zolo resume el siguiente criterio de Ferrajoli: "... sugiere, más que nada, una fuerte polémica contra los derechos patrimoniales, en cuanto que son considerados la fuente de la desigualdad jurídica entre los sujetos. Mientras que los derechos fundamentales, - es decir, los derechos de libertad depurados de la mistificante contaminación propietaria - son capaces de satisfacer el valor de las personas y de realizar la igualdad, los derechos patrimoniales, establecen relaciones de dominio y de sujeción entre sujetos colocados en condiciones jurídicas desiguales."⁶¹ En conclusión, los derechos patrimoniales (derecho de propiedad) deberían considerarse como contraposición a una concepción cosmopolita del derecho, la ética y la política.

Dentro del derecho de propiedad se insertan tres ideas: el derecho a convertirse en propietario como sucede en toda sociedad liberal, el contenido del derecho y los actos de disfrute. En el primer caso, es universal e incluyente, pero en el caso del disfrute, es algo particular y excluyente por cuanto en el momento en que se ejercita excluye a los demás del disfrute del bien. Estas características lo diferencian de otros derechos, pero en todo caso el liberalismo considera a la propiedad privada como un derecho natural que ni el poder político puede violar.

Ahora bien, con un criterio humano, justo y lógico, Danilo Zolo se plantea el hecho de "reducir la potencialidad de exclusión" del derecho de propiedad pero siempre que, en primer lugar, no se conculquen, como ocurrió con el socialismo, las formas de propiedad prioritarias para el individuo y su calidad de vida, como la propiedad del domicilio, los objetos personales, el pequeño ahorro y en general aquellas que involucren las libertades individuales; y en segundo lugar, que cualquier restricción de los derechos patrimoniales en una economía de mercado no implique una reducción de la protección jurídica del intercambio financiero y económico.

⁶¹ Danilo Zolo, Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los Derechos Fundamentales, 83.

1.3.3. La propiedad y la naturaleza

En los Artículos 71, 72, 73 y 74 de la Constitución se habla de la conservación de la naturaleza y sus recursos, a través de un uso adecuado y sostenible por parte del ser humano.

Existe Jurisprudencia que determina la posición de la ley a este respecto: El Tribunal Constitucional en Resolución No. 0140-2003-RA, R.O. 130, 22-VII-2003, reconoce el carácter transversal del derecho a vivir en un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado. Así, el medio en el que desarrollamos nuestra existencia influye directamente en nuestra salud, consecuentemente, en nuestra integridad, y en nuestra calidad de vida.

El respeto al medio en el que nos encontramos y la responsabilidad con que se lo haga, depende en mucho, como se ha visto últimamente, y a propósito de la explotación de hidrocarburos en el Parque Yasuní, de la coyuntura económica del Estado y su propósito expreso, de dar una mejor calidad de vida a la población, satisfaciendo sus necesidades primordiales, pero tomando en cuenta a las comunidades afectadas por la explotación, biodiversidad y ecosistemas. En definitiva, lo que se busca es un equilibrio entre el ejercicio del derecho de propiedad y los otros derechos involucrados. Dentro de la Constitución existen limitantes al ejercicio del derecho de propiedad en función de otros derechos y el régimen de desarrollo.⁶²

1.3.4. La propiedad intelectual

Se mencionará brevemente a esta clase de propiedad, por no ser parte del análisis de este trabajo.

Casi todas las Constituciones se han referido a ella, excepto en las de 1830, 1843 y 1851).

⁶² Ver artículos 73,74, 406, 411, 414, 415, 407

En el Art. 322 de la Constitución vigente, se reconoce a la propiedad intelectual, de conformidad con la ley. Prohíbe la apropiación de conocimientos colectivos en ciencias, tecnologías y saberes ancestrales y la apropiación de recursos genéticos. En la Ley de Propiedad Intelectual se desarrollan puntualmente, las formas de uso, administración, adquisición, explotación, implicaciones, y demás temas relacionados y conexos con aquella, pero de forma individual. La propiedad colectiva se menciona en el Art. 322 de la Constitución, aunque hay un vacío al no existir una ley que la regule más detalladamente.

En los artículos 10, 12, 281 No.6, 402 se hace relación a la propiedad colectiva.

Cabe mencionar que, el avance tecnológico, comercial, y económico, enfocados dentro de la globalización mundial, han impulsado al desarrollo de esta materia, que se refiere a patentes de invención, modelos de utilidad, certificados de protección, dibujos y modelo industriales, marcas, nombres comerciales, apariencias distintivas, indicaciones geográficas, obtenciones vegetales. (Art. 1 LPI).

1.3.5. Derecho comparado: la propiedad en el convenio europeo de derechos humanos

Los países latinos, con un origen común en el Derecho Romano, y una evolución y normativa parecida, tienen regulaciones actuales más o menos similares, por estas razones, será didáctico analizar de forma breve, qué establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a la propiedad privada, pues los criterios que la originaron, son diferentes.

El Art. 1 del Protocolo Adicional del mencionado Convenio establece:

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.”

Si bien este artículo es muy escueto, pues no dice a qué tipo de propiedad se refiere, y da a los Estados una amplia capacidad de regulación y poder, la forma que se ha utilizado para delimitarlo, ha sido el de la jurisprudencia.

Admirablemente, el reconocer el derecho a la propiedad en el CEDH, fue un tema en el que no hubo acuerdos inmediatos, a tal punto que se lo tuvo que incorporar en un Protocolo Adicional a fin de que este punto no impida la aprobación del Convenio principal, en el año de 1952. Países como Bélgica, Italia, Holanda, Irlanda y Francia fueron partidarios de que se incorpore un artículo sobre la propiedad en el primer texto de la CEDH, entendido actualmente como un derecho económico y garantía política que preserva un espacio de libertad e independencia para la esfera personal y las bases fundamentales para una vida familiar estable.⁶³

Por estas discusiones, se entendía a este derecho, sin fuerza. Solamente hasta los años ochenta, con la emisión de jurisprudencia relacionada, se pudo comprobar vulneración de este derecho. En dos casos específicos: Handyside contra Reino Unido (1979) y Caso Marckx contra Bélgica) se asume que el Art. 1 del Protocolo, reconoce una protección general de la propiedad y de un derecho. A la palabra bienes se la interpreta como símil de todos los derechos considerados derechos de propiedad en los sistemas nacionales.

Mar Aguilera Vaqués⁶⁴, y en consideración a que este Art. 1 se entiende como protector solamente de la propiedad que existe y cuando el demandante la pueda probar (todo esto, producto de la jurisprudencia establecida), considera que este concepto se amplía a los siguientes tipos de propiedad:

- Créditos, títulos, acciones bursátiles;
- Bienes muebles e inmuebles;
- Intereses económicos;
- El resultado patrimonial y vinculante de una decisión arbitral.

⁶³ F. Rey Martínez, La propiedad privada en la Constitución española, CEC, Madrid, 1994. En esta obra se hace un análisis de este tema.

⁶⁴ Mar Aguilera Vaqués, El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (Art.1 P1), en: La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, coordinadores; Javier García Roca y Pablo Sontalaya, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, 771.

Por la transformación política sufrida en Europa del Este, con la caída del sistema socialista y la adopción de uno capitalista, se produjo en varios casos, inseguridad jurídica en cuanto a la propiedad se refiere por las distintas formas de interpretación de este derecho.

En todo caso, existen cuatro criterios importantes, respecto a la propiedad, emanados de la jurisprudencia europea:

- Los Tribunales han manifestado que el respeto a los bienes de toda persona, incluye el derecho a adquirir la propiedad y el derecho a disponer de ella;
- En cuanto a la disponibilidad de bienes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que incluye el derecho a acceder y a disfrutar de ellos;
- La garantía patrimonial establecida en el Convenio, no requiere que el Estado adopte medidas para garantizar positivamente a los titulares que no perderán o verán reducido su valor.
- La cláusula de propiedad se aplica tanto a persona físicas como a las jurídicas.
- Dentro del artículo mencionado, se establecen tres normas:
- Cualquier persona natural o jurídica tiene derecho a disfrutar pacíficamente de sus posesiones, respecto a sus bienes;
- Nadie puede ser privado sino por causa de utilidad pública y según las condiciones de ley, y principios del derecho internacional;
- Los Estados pueden dictar las leyes que consideren necesarias respecto a la propiedad.

Cabe destacar que la mayoría de estados firmantes de este Convenio, recogen en sus legislaciones propias, estos parámetros. En todo caso, la escasa jurisprudencia ha determinado un principio general, que igualmente se establece en nuestra Constitución, pero en otras palabras: debe existir una ponderación entre los derechos fundamentales del individuo y los intereses de la comunidad. Este es el fin social de la propiedad. Es un principio general consecuentemente, la garantía a toda persona sobre el derecho al disfrute pacífico de sus posesiones, y cualquier limitación que se le imponga debe ser razonable y proporcional. La discusión y jurisprudencia sobre este tema diferencian entre el poder que los Estados tienen para regular la propiedad y el poder de éstos para expropiar.

Dentro de los casos que van constituyéndose en jurisprudencia y en los que ha existido una contraposición entre diferentes derechos constitucionales, se planteó la

pregunta de: cuál derecho tiene más jerarquía sobre otro? El procedimiento para decidirlo no es claro, pero siempre habrá uno de los intereses que elimine al otro, por ejemplo, si el derecho de propiedad está en conflicto con el derecho a la dignidad humana, con lógica y en un contexto simple, se dará prioridad al segundo.

Al respecto vale mencionar la sentencia dictada en el caso del ex Rey de Grecia y otros contra Grecia, por la cual se expropiaron de las propiedades de la familia real ubicadas en este país, y se determinó que la realización del interés general no puede significar el sacrificio definitivo del interés patrimonial particular.⁶⁵

Los Estados, por su parte, y según el CEDH, tienen amplias facultades para regular el derecho de propiedad, pero lo que a partir de esta normativa europea, se interpreta como simples controles de uso, para otros Estados puede significar una expropiación. Sin embargo, cabe destacar en este punto, que el entorno socio – económico de la sociedad, en la cual vive el individuo afectado, incide en esta interpretación, sumado a la amplia libertad del Estado para dictar la normativa regulatoria en función del interés de su sociedad y no de otra que le es extraña. Las regulaciones y su forma de interpretarlas varían de un estado a otro. En este aspecto, Aguilera hace una reflexión interesante sobre la prohibición del Estado de quitar la propiedad a una persona para dársela a otra directamente:⁶⁶ la expropiación en un Estado democrático, se realiza en beneficio del interés general, sin la intención de perjudicar a un grupo para beneficiar a otro. De todas maneras puede suceder, que este principio Constitucional vigente en muchos países, pueda ser irrespetado bajo la figura de beneficio a toda la comunidad. Aguilera considera que esto no debe ser algo necesariamente negativo, en tanto en cuanto los beneficiados estén en una situación de desventaja respecto a otros.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de jurisprudencia, ha establecido criterios en los que puede considerarse una regulación excesiva del derecho de propiedad, de acuerdo al Convenio:

⁶⁵ Se hace un análisis más extenso por parte de Mar Aguilera Vaqués, El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación, en La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 781, 782.

⁶⁶ Mar Aguilera Vaqués, El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación, en La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 783.

- La consideración de si se está ante una propiedad relacionada con el desarrollo de la persona, a su dignidad, de una propiedad que garantice otros derechos fundamentales. En este caso se tendrá mayor consideración en la expropiación;
- Tomar en cuenta la clase de interés general en relación al interés particular, para determinar si existe regulación excesiva, por ejemplo no es lo mismo limitar una propiedad para construir una obra suntuaria, como un campo de golf o un puerto para deportes náuticos (mismos que beneficiarán a un grupo pequeño de personas), que limitarla para construir un área verde para la ciudad o viviendas para los pobres.

Aguilera, desde esta perspectiva, concluye que el derecho de propiedad en la mayoría de países miembros del CEDH “goza de un nivel de garantías un poco inferior en intensidad al del resto de derechos fundamentales”⁶⁷, tanto más cuanto que la distinción entre regulación y expropiación de la propiedad no es clara para este sistema

Comparativamente, en los Estados Unidos de América, en el año de 1922, el Juez Holmes estableció: “Mientras la propiedad pueda verse regulada hasta cierto punto, si una regulación va demasiado lejos, será considerada una expropiación”.⁶⁸ Posteriormente la Corte Suprema ha aplicado la siguiente norma: “en determinados casos, si la regulación del derecho de propiedad privada se excede en sus limitaciones, estaremos ante una expropiación”.⁶⁹

Al no tener un límite entre lo que es una regulación y una expropiación, se aplican los criterios jurisprudenciales, que analizan la validez entre la seguridad y certidumbre y la justicia material. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha optado por entregar resoluciones basadas en el principio de la proporcionalidad, respetando el contenido esencial del derecho, pero igualmente reconociendo a los Estados la posibilidad de apreciar el interés general y los límites a la propiedad

⁶⁷ Mar Aguilera Vaqués, El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación, en La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 785.

⁶⁸ Roberto Brauneis, The Foundation of our regulatory takings, Jurisprudence, The Yale Law Journal, Vol 106, (citado el 20 de Julio del 2014), 1165 y sgs. disponible en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/797307?uid=3737912&uid=2&uid=4&sid=21104511200413>

⁶⁹ Roberto Brauneis, The Foundation of our regulatory takings, pags. 561 a 599.

según aquel. De todas maneras, el TEDH ha creído conveniente examinar caso por caso, el tema de la afectación a la propiedad, aún así se afecte la actividad del legislador.

Para resumir lo más destacado, el Art. 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, determina primeramente una protección del derecho a la propiedad de las personas naturales y jurídicas; luego se establece cierta dificultad para establecer límites en la regulación de la propiedad privada; se les da a los Estados amplia posibilidad para que regulen la propiedad privada; y finalmente el interés general deberá ser establecido por cada Estado conforme a su interés general, el cual no puede confundirse con intereses individuales.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO
PROMESA DE COMPRAVENTA: RECURSOS PROCESALES

2.1. El contrato promesa de compraventa de bienes raíces y el formalismo exigido para su validez. Casuística particular y protección de los derechos de las partes.

2.1.1. Conceptualización

El Art. 1454 C.C. establece que “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.”

El Art. 1561 C.C. establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Para Arturo Alessandri, “La promesa de celebrar un contrato puede definirse diciendo que es aquella convención por la cual los contratantes se obligan a celebrar otro contrato dentro de cierto plazo o al evento de una condición. La promesa es un antecedente del contrato prometido, no es el mismo contrato, sino uno diverso a éste.”⁷⁰

Las características del contrato de promesa de compraventa de bienes raíces, de conformidad con lo establecido en los Arts. 1455 al 1459 del Código Civil: es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, accesorio, y solemne. Este contrato tiene su razón de ser, a partir de algún impedimento para la suscripción directa de la escritura pública definitiva de compraventa (embargos, hipotecas, prohibiciones de enajenar, y gravámenes en general, autorizaciones para construcción o subdivisión emitidas por autoridad competente, etc.), pero tanto la parte interesada en vender (Promitente Vendedor) como la interesada en comprar (Promitente Comprador), tienen la intención de asegurar la negociación del bien, mediante un documento otorgado de conformidad con la ley y contentivo de los antecedentes y condiciones particulares de ese contrato.

⁷⁰ Arturo Alessandri Rodríguez, De la Compraventa y de la Promesa de Venta, Tomo II, Volumen 2, Editorial Jurídica de Chile 2003, Santiago, Chile, 841.

El contrato de Promesa de Compraventa que tratamos, es bilateral por cuanto las partes se obligan recíprocamente a hacer algo. Principalmente existe la obligación de suscribir el contrato definitivo de compraventa, (el de compraventa definitiva), en el cual se definirá la entrega de un bien inmueble, dentro de determinados parámetros específicos previamente consensuados, de saneamiento, precio, plazos, gastos e impuestos; por su parte, el promitente comprador se obliga a pagar el precio por el bien que se le venderá a futuro, en los plazos correspondientes.

La bilateralidad exige que el acuerdo sobre el objeto de la promesa, sea recíproco, que las dos partes se obliguen mutuamente, esto es, que la una se obligue a vender y la otra comprar, pagando el precio. "...porque siendo en los contratos bilaterales la causa de la obligación de cada parte, la que la otra contrae a su favor, resultaría que si no se obligara sino una, su obligación carecería de causa, no existiría. Si el Vendedor, por ejemplo, se obliga a vender sin que el comprador se obligue a comprar, la obligación de aquél carece de causa y es, en consecuencia, nula, nulidad que vicia de inexistencia el contrato mismo."⁷¹

La especificidad que debe tener el contrato materia de este estudio, implica señalar los atributos y requisitos que lo individualizan, conteniendo los requisitos esenciales para su vida, y uno de ellos es el concurso real de voluntades del promitente vendedor y del promitente comprador, puesto que de lo contrario, el contrato no existiría.

El solo hecho de otorgar la promesa por escritura pública, pero obligándose solamente el Vendedor, no la perfecciona.

Es oneroso por cuanto existe un beneficio mutuo, una contraprestación que cada una de las partes debe realizar a favor de la otra.

Es conmutativo por cuanto cada parte se obliga a hacer algo equivalente a lo que la otra hará. En este caso, se otorgará el contrato definitivo de compraventa, entregando el Vendedor el bien raíz, en la condiciones pactadas y saneado, a la

⁷¹ Arturo Alessandri Rodríguez, De la Compraventa y de la Promesa de Venta, 876.

suscripción del mismo y por su parte el Comprador, pagará el precio, ya sea total o el saldo que haya quedado pendiente, ya que generalmente se acostumbra pactar la entrega de un anticipo como “seña” al momento de la firma de la promesa de compraventa.

Es accesorio por cuanto asegura la suscripción de un contrato principal: el de compraventa. No tendría razón de ser si no se ofreciese la suscripción del mismo. Finalmente, es un contrato solemne por cuanto debe regirse estrictamente a determinados parámetros de otorgamiento y contenido, establecidos en la ley, para su plena validez.

El contrato de promesa de compraventa se sujeta a las reglas generales de todos los contratos, y a las especiales que lo rigen, otorgándolo las partes cuando no están listos para otorgar el contrato definitivo, porque los recursos económicos para el pago del precio aún no están disponibles, o porque aún no se cumplen ciertas condiciones sobre la situación jurídica del bien materia de la convención.

Comparativamente, Alessandri encuentra 4 diferencias entre el contrato de promesa y el contrato prometido.⁷²

- 1.- La promesa tiene por objeto celebrar otro contrato y el contrato prometido tiene por objeto la cosa, el precio y todos los detalles relacionados a ésta;
- 2.- la promesa tiene como efecto la exigencia de la celebración del contrato prometido y éste los efectos propios de su naturaleza jurídica;
- 3.- la promesa de compraventa debe reunir requisitos específicos, en tanto el contrato prometido solamente los que se exigen para los contratos en general;
- 4.- los dos contratos no coexisten. Cuando se celebra el contrato prometido, la promesa desaparece.

2.1.2. Las solemnidades

El Art. 1570 del Código Civil establece cuatro requisitos que la promesa de celebrar un contrato debe cumplir para que se genere una obligación. Aplicados a la promesa de compraventa de un bien raíz, serían:

⁷² Arturo Alessandri Rodríguez, De la Compraventa y de la Promesa de Venta, 842.

1.- Constar por escrito y escritura pública. El Art. 1740 C.C. determina que el contrato de venta de bienes raíces se perfecciona ante la ley, cuando se otorga por escritura pública. En este caso, se aplica también a la promesa de compraventa. A este respecto existe jurisprudencia abundante.⁷³

2.- Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declara ineficaces. Sobre este punto la ineficacia se puede declarar por no haber cumplido con los requisitos del Art. 1461 del C.C., esto es, que quien otorga el contrato sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y que tenga una causa lícita.

Si la promesa no cumple con estos requisitos, estará viciada de nulidad (Art. 1697 C.C.).

La falta de concurso de las dos voluntades intervinientes convierte al contrato en ineficaz. En nuestra legislación no se prohíben los contratos unilaterales, pero sí son nulos cuando por ellos se promete celebrar un contrato bilateral, como el de promesa de compraventa.

A la promesa unilateral de venta se le denomina *ad referendum* y es aquella en la que el vendedor se obliga a vender una cosa, siempre que el comprador quiera o le convenga comprarla, y al efecto se le fija un plazo en el cual debe hacer esa declaración. Este tipo de contrato es nulo, en cuanto a bienes raíces se refiere.

3.- La promesa de celebrar un contrato de venta de un bien raíz debe contener un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse. Consecuentemente, es requisito indispensable que contenga la fecha en que se va a realizar, estableciendo un plazo en días, meses o años, o la condición que debe cumplirse, por ejemplo: el levantamiento de la hipoteca y cancelación de prohibición de enajenar, pago de impuestos debidos al Fisco, legalización de la Declaratoria de Propiedad Horizontal, obtención de autorización de subdivisión del lote de terreno, etc. En este caso, es

⁷³ 2-IV-90 (Prontuario 3, p. 66) "TERCERO.- El contrato de compraventa de un lote de terreno, adjuntado al escrito de demanda, ... contiene la venta de un bien raíz; contrato que de conformidad a lo establecido en el Art. 1767 (1740) del Código Civil debe celebrarse necesariamente mediante escritura pública, y la falta de cumplimiento de este requisito produce la nulidad absoluta del acto o contrato, según el claro contenido del Art. 1725 (1698) *ibídem*, que señala que la omisión de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan, son nulidades absolutas. Por consiguiente de conformidad a lo señalado en el Art. 1726 (1699) del mismo Código, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, y en la especie, el contrato de compraventa en un bien raíz, que ha celebrado el demandado T. A. mediante instrumento privado reconocido judicialmente, está viciado de nulidad absoluta, por lo cual, procede la acción intentada y la declaratoria de nulidad." (énfasis añadido)

conveniente siempre delimitar espacios temporales, pues la obtención de un documento determinado, dejándolo a criterio del obligado, es riesgoso, pues se deja abierta la posibilidad de que se demore indefinidamente o sea casi imposible la ejecución del contrato; y en esta circunstancia, la promesa se convertiría en un contrato inútil por existir incertidumbre, lo cual quiere evitar la ley. En tanto no se cumpla el plazo o la condición, regirá el contrato de promesa, y el contrato prometido no tendrá existencia.

Hay que notar que la norma habla de plazo “o” condición, es decir, puede ser lo uno o lo otro, sin perjuicio de que se establezcan los dos. En todo caso, si la promesa obvia cualquiera de las dos, es nula y de ningún valor.

Mientras el plazo no venza, o no se cumpla la condición, ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento, pero cuando haya decurrido, deberán celebrar el contrato prometido.

La condición es un acontecimiento futuro que puede suceder o no, (Art. 1489 C.C.) y puede ser positiva o negativa. La positiva consiste en que acontezca una cosa, y la negativa que no acontezca. (Art. 1490 C.C.). Es suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho (Art. 1495 C.C.) y resolutoria cuando por su incumplimiento se extingue un derecho (Art. 495 C.C.). La condición también puede ser determinada o indeterminada, según se fije o no la época en que deberá ocurrir el hecho futuro e incierto o no se haga este señalamiento.

La exigencia del plazo es para evitar que las partes queden atadas contractualmente en forma indefinida, de tal forma que una promesa en la que falta el señalamiento del plazo, adolece de nulidad absoluta, al faltar uno de sus elementos esenciales.

El plazo puede señalarse específicamente o, en el caso de la condición, suministrar datos que permitan fijar el momento de celebración del contrato. Las condiciones pueden ser determinadas o indeterminadas. En el primer caso, se reputa cumplida si se realiza dentro de cierto plazo, y en el segundo, si se cumple en cualquier tiempo.

En el caso establecido por este numeral, la condición necesariamente debe ser determinada, que se cumpla en cierto espacio de tiempo. De todas maneras, las

condiciones pueden ser poco claras, por lo cual, el Juez será quien, en base a la sana crítica, los antecedentes del proceso y el contexto del contrato fije la época de celebración del contrato. Si aún así no se puede establecerla, el contrato es nulo, y no producirá obligación alguna.

El plazo puede ser expreso o tácito.

Ahora bien, se ha discutido mucho respecto al alcance de la palabra época, (Art. 1570, numeral 3 C.C.). Una posición al respecto sostiene, tomando en consideración que no se puede establecer una condición indeterminada, que época implica un lapso de tiempo más bien corto. La condición indeterminada dependería para su cumplimiento, del transcurso de 15 años o de la vida de una persona (1498 C.C.), por lo cual no fijaría una época y daría como resultado una promesa sin plazo o condición. Al respecto existen fallos coincidentes: G.J. S. VIII, No.9, pp. 866-870 y Sentencia de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil No.58-2001, publicada en el R.O. 356 de 27 de Junio del 2001. Sin embargo, el término “época” puede significar también una temporada de considerable duración. Por ello, el Juez debe analizar detenidamente las cláusulas correspondientes del contrato, a fin de determinar el alcance y sentido del mismo, en cuanto a este aspecto.⁷⁴

4.- Y por último, que se determine de tal suerte el contrato, que para el perfeccionamiento solo falte la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban. En el contrato de promesa de venta de inmuebles se hará constar los antecedentes de dominio, ubicación, linderos, dimensiones, superficie, precio, plazos de entrega y suscripción del contrato definitivo, pago de gastos, honorarios e impuestos, determinación del saneamiento y cláusula penal.

Estos requisitos son concurrentes. Todos deben estar presentes al mismo tiempo. Cumplidos los requisitos mencionados, este contrato se convierte en un medio para exigir el otorgamiento del contrato prometido, y en el caso de un bien raíz, se exige el otorgamiento de la escritura definitiva de compraventa.

⁷⁴ Acerca del plazo existe un análisis más detallado en la Resolución No.126-2004, de 18 de Junio del 2004, dentro del juicio ordinario No.106-2003, dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

La forma en que se describe este numeral 4to., da a entender que lo que se busca es que la promesa contenga el contrato prometido, de tal modo que no quede duda acerca de su naturaleza y que llegado el momento de ejecutarse la promesa, aquél se otorgue solamente cumpliendo las solemnidades o entregar el objeto de la promesa.

En la legislación chilena, conforme lo analiza Arturo Alessandri Rodríguez⁷⁵, existe libertad para celebrar cualquier contrato y de cualquier forma, dentro de la ley, pero a partir de que el contrato de promesa de compraventa debe cumplir con ciertos requisitos exigidos por la ley, la falta de uno de ellos lo convierte en un contrato inválido, esto es, lleva una presunción de nulidad. Si un juez chileno duda entre la validez o nulidad, debe optar por la segunda opción.

En Francia, no existe ninguna disposición prohibitiva, por lo que toda promesa es válida, en la forma y condiciones en que se la celebre.

En el Ecuador, algo que ha causado usualmente graves inconvenientes y ha sido motivo del inicio de causas judiciales, es que el contrato de promesa de compraventa de bienes raíces se lo haya hecho constar en un instrumento privado y no por escritura pública.

Si bien la solemnidad del otorgamiento por escritura pública ante el Notario, autoridad en la que reposa la fe que el Estado da sobre la realidad jurídica de la convención, y otorga seguridad jurídica a las partes; en Chile, cuya legislación correspondiente, es similar, va ganando terreno el criterio de que la promesa de venta de bienes raíces debe constar por escrito, sin otra formalidad. Ahora, esta interpretación nace del hecho de que en el Art. 1554 del Código Civil chileno únicamente se habla de que estos contratos deben constar por escrito, a diferencia de que en nuestro Código Civil, el Art.1570 complementado con el 1740 exigen expresamente la formalidad de la escritura pública.

⁷⁵ Arturo Alessandri Rodríguez, De la Compraventa y de la Promesa de Venta, 840, 841.

Alessandri,⁷⁶ desde la perspectiva de la legislación chilena, considera por una parte, que exigir una promesa de venta de bienes raíces por escritura pública, es crear una solemnidad especial no exigida, y por otra, que se estaría confundiendo la promesa con el contrato prometido, cuando los dos son diferentes. Inclusive la jurisprudencia chilena considera que aunque la escritura de promesa conste en escritura privada, da derecho a los demandantes para pedir su cumplimiento.

La exigencia en la legislación ecuatoriana, de que el contrato de promesa de venta de bienes raíces, conste por escritura pública, implica que el consentimiento recíproco de las partes debe constar en este documento escrito ante el Notario; y si únicamente hay acuerdo de voluntades, no hay contrato. La manera de manifestar el consentimiento en los contratos, es firmándolos, al pie del texto, de otro modo, es ineficaz. De igual manera, esta manifestación de voluntades puede expresarse en uno o varios documentos. Lo importante es que entre todos se constituya un contrato perfecto.

Es importante notar que entre el contrato de promesa de venta y el de venta, existe una diferencia fundamental: mientras en el primero se habla de la celebración futura de un contrato, en el segundo se pactan únicamente condiciones sobre la cosa y el precio. Un contrato solemne en el que se omiten las solemnidades exigidas por la Ley, no puede valer como otro de naturaleza diversa.

En definitiva, la ley quiere que el contrato prometido sea eficaz y produzca los efectos correspondientes al contrato de su especie.

Los contratos tienen dos clases de requisitos: internos y externos. Los primeros miran el fondo del contrato: consentimiento de las partes, su capacidad, objeto, causa el mismo. En cambio, los externos miran a las solemnidades que acompañan a su celebración, y que, al omitirlos, los vicia de nulidad. Este es el caso de los contratos que involucren a bienes raíces, que deben otorgarse por escritura pública.

⁷⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, De la Compraventa y de la Promesa de Venta, 848.

La omisión de requisitos internos producen la ineficacia del contrato, por ejemplo, si el contrato lo celebra un incapaz absoluto o relativo. En el caso de los incapaces relativos, la nulidad de la promesa desaparece si es de aquellas que pueden sanearse por la ratificación o prescripción.

Si el consentimiento de las partes adolece de error respecto al contrato de promesa, por ejemplo cuando uno lo entiende como promesa y otro como donación, el contrato es nulo. Al respecto tenemos el Art. 693 del C.C.

Si la promesa de venta de bienes raíces recae sobre bienes de menores de edad o de personas relativamente incapaces, debe conseguirse la autorización judicial solamente al momento de la celebración del contrato definitivo de compraventa (Arts. 297, 418 C.C. y 779, 780 C.P.C.). En este caso, la ineficacia afectaría al contrato que se promete celebrar, y que aún no existe, esto es el de compraventa, si no se adjunta dicha autorización. Como aún no hay sobre qué pedir autorización, no hay transferencia de dominio ni enajenación, no puede pedirse dicha autorización.

La promesa únicamente debe ser un contrato de los permitidos por la ley, que no vaya contra el orden público y las buenas costumbres, es decir que produzca efectos jurídicos y que la venta de los bienes esté permitida por la ley. Tampoco es legal la promesa de compraventa entre cónyuges o entre padres o hijos, mientras éstos son incapaces (Arts. 9, 10 y 1735 C.C., ni la promesa de venta de bienes nacionales o municipales de uso público. (Arts. 604 y sigs. C.C.). La promesa de venta podría recaer sobre bienes embargados o retenidos, por decreto judicial, pues lo que está prohibido es su enajenación y transferencia de dominio momentáneamente, hasta que estos gravámenes sean levantados de la misma forma en que fueron impuestos, y la promesa no implica estas situaciones.

2.1.3. La promesa de compraventa en la escritura pública

En el instrumento público o escritura pública se expresa la promesa de compraventa, documento que, de conformidad con el Art. 121 C.P.C. y 1715 C.C., constituye prueba.

El Art. 165 C.P.C. define al instrumento público o auténtico como el autorizado con las solemnidades legales por la competente servidora o servidor, y si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

Justamente, la diferencia entre el instrumento privado y el público es la presencia de un funcionario público en su otorgamiento.

Como ya se mencionó, la promesa de compraventa de bienes raíces debe constar, por exigencia de la ley, por escritura pública (166 Inc. 3ero C.P.C. y 1570 C.C.). Si se hiciera constar en documento privado, tendríamos el efecto de nulidad. Al respecto, existen fallos de triple reiteración que constituyen jurisprudencia obligatoria y que nulitan absolutamente este tipo de convenios.⁷⁷

El Art. 26 de la Ley Notarial, en concordancia con los Arts. 165 C.P.C. y 1716 C.C., define a la Escritura pública como “el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste

⁷⁷ [-23-IX-2002 \(Resolución No. 194-2002 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4922 R.O. 710 22-XI-2002\)](#) “... el documento intitulado ‘nn’ ... es un instrumento privado, que contiene una promesa privada de compraventa de un inmueble y su construcción. Del mismo, aparece de manifiesto su nulidad absoluta, ya que no ha sido celebrado por escritura pública, requisito exigido por el 1597 (1570) del Código Civil en su numeral primero... nulidad absoluta que debe ser declarada de oficio por aparecer de manifiesto, al tenor de lo que dispone el artículo 1726 (1699) del Código Civil, y al ser este contrato nulo de nulidad absoluta, se debe tener como no ejecutado o celebrado, de acuerdo al artículo 1745 (1718) ibídem... En consecuencia, este documento no ha generado ninguna obligación contractual válida; y si se dio o pagó algo en su ejecución, lo que procede es que las partes sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1731 (1704) del Código Civil, lo cual origina el deber mutuo de restitución, para lo cual se ha de considerar la buena o la mala fe de las partes.”

[11-X-1999 \(Resolución No. 509-99 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4872 R.O. 334 8-XII-1999\)](#)

[10-X-2000 \(Resolución No. 405-2000 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4882 R.O. 225 15-XII-2000\)](#)

autoriza e incorpora a su protocolo. Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.”

La escritura pública exigida por la Ley para ciertos actos y contratos, no puede ser suplida por ningún otro instrumento público o con otra prueba. (1718 C.C.), pero si contuviese algún vicio o defecto, la convierten en un instrumento privado. (1718 Inc. 2do. C.C.166, Inc. 3ero.). En todo caso, la escritura pública vale en su totalidad, es decir no puede admitirse una parte y rechazare otra.

La promesa de compraventa de bienes raíces, se constituye por los siguientes elementos, adaptando el análisis general del Dr. Wladimiro Villalva Vega⁷⁸:

- 1) Sujetos: promitente vendedor y promitente comprador los cuales deben demostrar ante el Notario, capacidad, voluntad, libertad.
- 2) Objeto: los derechos y obligaciones que cada una de las partes asume. El Promitente Vendedor entregar el bien raíz saneado y en el plazo y condiciones pactadas; así como el Promitente Comprador se obliga a pagar el precio.
- 3) La relación jurídica: es la vinculación entre Promitente Vendedor, Promitente Comprador y de éstos con el bien raíz materia del contrato.

2.1.4. La promesa de compraventa como título ejecutivo

Cumplidos todos estos requisitos, la copia y compulsas auténticas de la escritura pública de promesa de compraventa de un bien raíz, se constituye en título ejecutivo (Arts. 413 C.P.C.). Así, cualquiera de las partes puede exigir, con este documento y ante la autoridad competente, el respeto a sus derechos, exigiendo que la otra parte, cumpla las obligaciones a las que se comprometió. De esta forma, se realiza la seguridad jurídica, tan necesaria en negociaciones de este calibre, en las cuales los recursos económicos que están en juego son cuantiosos, producto de largos y sacrificados años de trabajo, de las dos partes intervinientes.

⁷⁸ Wladimiro Villalva Vega; Fundamentos de Práctica Forense, Librería Jurídica Alameda, 1987, Quito – Ecuador, 141, 142, 143.

La promesa de compraventa de un bien raíz, como título ejecutivo tiene características especiales. Al respecto existe una sentencia esclarecedora emitida luego de interpuesto el Recurso de Casación, (8-VII-2008. Resolución No. 190-2008, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 235-S, 14-VII-2010), en la cual se analiza que para demandar por vía ejecutiva, se requiere, a más del título ejecutivo, que la obligación sea ejecutiva, esto es, que reúna las características determinadas en el Art. 415 del C.P.C., esto es, que sean claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya.

Son obligaciones **claras**, cuando no ofrecen duda en cuanto a sus elementos; **determinadas**: la determinación ofrece modalidades y grados; y determinar significa fijar, precisar, y en el caso del contrato analizado, hay que saber cuál es la prestación que debe uno de los promitentes deudores y cuál es el derecho que el promitente acreedor tiene derecho a recibir. En caso de que la prestación sea determinada, ya no se necesita declaración que reconozca su existencia. En las obligaciones en general, la prestación por lo regular es determinada desde su nacimiento. Sin embargo, puede ocurrir que se señalen factores para determinarla posteriormente, ejemplo: el precio se establecerá de acuerdo al avalúo vigente a la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa definitiva y respetando los índices de inflación. Según el Art. 1477 del Código Civil, las cosas que pueden ser objeto de una declaración de voluntad deben estar determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

Puras: Una Obligación pura y simple es aquella que produce sus efectos desde que se contrae y para siempre, sin restricciones y limitaciones de ninguna clase. En cambio, las obligaciones sujetas a modalidad, que es el caso de la promesa de venta de bienes raíces, son aquéllas cuyos efectos están sujetos a condición, plazo o modo. Las modalidades no se presumen ni se subentienden.

De plazo vencido cuando lo haya: Puede existir plazo previsto para el cumplimiento de una obligación; pero también en ciertas obligaciones puede no existir tal plazo. Si una persona en confesión judicial acepta haber recibido una suma de dinero en concepto de un contrato de promesa de venta de un inmueble que no se ha celebrado por escritura pública, puede ser demandado en juicio ejecutivo para

que devuelva esta suma de dinero; y, en este caso no se requiere de plazo vencido para que la obligación sea ejecutiva, porque no existe plazo.

2.1.5. La eficacia del instrumento de promesa de compraventa de bienes raíces

La promesa de compraventa de bienes raíces, por exigirlo la ley, debe otorgarse por escritura pública, aunque como se ha analizado, en Chile, no es necesario hacerlo: vale el instrumento privado.

La copia de la escritura pública, equivale al justo título de los derechos y obligaciones de las partes, y tiene eficacia probatoria y ejecutiva.

Es posible atacar la eficacia de dicha copia, cuestionando la autenticidad de la escritura matriz o la autenticidad de la copia misma.

Es interesante anotar que hace un tiempo atrás, se hizo costumbre en nuestro país, otorgar la promesa de compraventa a través de instrumento privado con reconocimiento de firma y rúbrica, es decir, utilizando una diligencia extra protocolaria, pues el Notario únicamente constataba un hecho: la firma puesta en el documento. Finalmente, lo que servía de esto, como documento público, era la razón puesta por el Notario, mas no el documento en sí, ni su texto.

La omisión de la solemnidad de la escritura pública en un contrato de este tipo, ocasiona su inexistencia; grave consecuencia, especialmente para aquellos que, ilusionados con tener un bien raíz propio, suscriben, con desconocimiento, un instrumento privado, que al momento de querer ejecutarlo, únicamente servirá como un recibo del dinero entregado al Promitente Vendedor.

El instrumento público puede ser impugnado por nulidad, falsedad o por simulación.

Puede existir nulidad absoluta en el instrumento, por la existencia de objeto ilícito, lo cual lo convierte en un título injusto. El instrumento puede ser falso o contener falsedades.

Ahora bien, la promesa de compraventa, por contener generalmente las condiciones reales de una negociación, es un documento seguro, mas el procedimiento para ejecutarlo es muy complicado, hasta llegar al momento en que, luego de haber seguido todo el trámite respectivo, el demandante consiga la devolución de sus dineros, (en caso de que haya pagado), o en su defecto que el Promitente Vendedor recupere la posesión del bien y pueda levantar la prohibición para proceder a su venta a otra persona.

Es persistente el hecho de que en la promesa de compraventa se hagan constar las condiciones reales de la negociación, y en la escritura definitiva, se las cambien. Esto generalmente ocurre en cláusulas como las del precio y la forma de pago, cuya variación es la diferencia más notoria con la escritura de compraventa definitiva. Esto, hasta cierto punto, se permite legalmente, ya que el avalúo constante en los registros de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, es diferente al comercial, el cual es variable y se rige por parámetros impuestos por el mercado. De esto se valen los contratantes para aprovechar los beneficios tributarios de hacer constar un precio inferior en la escritura respectiva y mantener ocultas determinadas condiciones de la negociación, las cuales, en ocasiones se hacen constar en un documento privado, válido únicamente para las partes, sin fuerza legal.

Esto es a lo que se denomina SIMULACION, que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es “representar un cosa, fingiendo o imitando lo que no es”.

La simulación es la diferenciación intencional entre la situación real y la situación declarada. En ella conviven dos contratos: el simulado que se presenta oficialmente y el disimulado que únicamente lo restringen al conocimiento de los contratantes.

Entre la promesa de compraventa y la compraventa definitiva, la simulación la encontramos en el precio y forma de pago, la entrega, y el saneamiento. Qué sucedería si posteriormente a la firma de los dos instrumentos surge una divergencia de carácter litigioso y judicial entre vendedor y comprador? Pues, estaríamos ante la vigencia de dos documentos cuyo objeto y sujetos serían los mismos, pero con la disyuntiva de no saber a cuál de los dos deberíamos atenernos. Al respecto, y para evitar estos dislates, lo aconsejable y válido jurídicamente, sería resciliar la promesa de compraventa, previo a la firma de la escritura definitiva. Pocos Notarios la exigen,

a pesar de que ante un mismo Notario se elaboran los dos. La resciliación es un contrato, cuyo fin es dejar sin efecto el instrumento al cual se refiere y volver las cosas al estado anterior a su firma.

La simulación puede ser absoluta y relativa. En la absoluta no ha existido acuerdo contractual entre las partes como cuando se traspasa el bien a un amigo para evitar la acción de los acreedores, y la segunda cuando sí existe acuerdo contractual pero lo desnaturalizan totalmente, como en el caso de la variación del precio. Por ello precisamente es que en ella se cuestiona y comprueba la falta de consentimiento respecto de las obligaciones constantes en el convenio simulado.

Se puede relacionar esta figura jurídica de simulación con el contrato privado de promesa de compraventa, que, si bien se dijo, en nuestra legislación no vale para bienes raíces, sí es utilizado para este tipo de convenios. En la Gaceta Judicial S-IX No.10, pág. 994, consta una sentencia, en la cual se establece que no se admitirá prueba de testigos para los contratos que debieron constar por escrito, aunque puede complementarse con otros elementos de convicción como contraescrituras, de tal manera que si las presunciones son graves, precisas y concordantes, tienen valor de prueba plena.

Cabe señalar que la nulidad, falsedad y la simulación, se pueden proponer como acción, haciéndola constar en la demanda, como excepción, o incidente en el juicio. El espíritu de un incidente en juicio es el de optimizar los tiempos del proceso, pero por el abuso que se hace de ellos han resultado con el efecto contrario. El tratadista Alfonso Troya Cevallos, señala que los incidentes se caracterizan doctrinalmente: “a) Por su versatilidad, puesto que se suscitan en procesos de toda clase; b) Por ser cuestiones accesorias o accidentales que provienen de lo diligenciado procesalmente; c) Por tener relación con el objeto principal del proceso, considerado en sus dos aspectos, procesal y sustancial, de manera que al decir procesal, se incluye la nulidad. Los incidentes pueden referirse a la nulidad del proceso; d) Por la imposibilidad de que surjan antes de incoado el proceso o una vez concluido; e) Porque son cuestiones anormales debido a que no pertenecen al tema lógico del proceso; f) Porque su resolución es un medio de llegar al pronunciamiento final; g) Porque son resueltos mediante providencias interlocutorias; h) Porque aun cuando pueden ser resueltos en sentencia, su resolución difiere del pronunciamiento sobre

lo principal, por lo menos conceptualmente; i) Por la notable diferencia del trámite a que se sujetan; j) Porque en la sustanciación y resolución, el juez debe observar los principios que rigen el proceso civil, y principalmente los de bilateralidad, dispositivo y de preclusión. La resolución ha de ser fundada”⁷⁹

En el Art. 293 C.P.C., con el fin de evitar esta dilación procesal se ha establecido, inclusive, la imposición de una multa al Abogado que presente incidentes con mala fe, no menor a una ni mayor a cinco remuneraciones básica unificadas.

Sería adecuado que este tipo de sentencias sean de observancia obligatoria, cuando la triple reiteración las convierta en ello. Si la promesa no se celebró por escritura pública, cabría entonces la posibilidad de aportar en una acción judicial, otros elementos para validar las pretensiones de quien se sienta perjudicado por la otra parte. Una prueba única no es plena, sino el conjunto de ellas, dirigidas a crear una presunción convincente y absoluta para el Juzgador, de tal manera que se podría aceptar la validez de un contrato privado de venta de un bien raíz, a pesar de que no se haya elevado a escritura pública, si contamos con testimonios, documentos, facturas, recibos, correos electrónicos, cartas de intención, y en fin, un conjunto de pruebas complementarias que demuestren la verdadera intención de las partes, independientemente del formalismo al cual todos debemos someternos.

2.1.6. Requisitos del instrumento público, el instrumento privado en relación a la promesa de compraventa de un bien raíz y el proceso

Habiéndose anotado detalladamente, los varios requisitos de la promesa de compraventa de un bien raíz, y determinados efectos procesales de la misma, se ha visto la intención de la ley de proteger la convención de las partes, con la abundancia formalista.

Con criterios variados y disímiles en algunos casos, la promesa de compraventa de un bien raíz, se otorga ante Notario Público, una vez se le han presentado documentos básicos, y con el despliegue de varias seguridades al momento de

⁷⁹ Alfonso Troya Cevallos, Elementos de Derecho Procesal Civil, Pudeleco, Quito, 2002, Tomo II, páginas 574-575

tomar la firma, como el registro de la huella de los firmantes junto a la rúbrica, la firma del compareciente en la copia a color de su cédula de ciudadanía, y hasta la grabación o toma de fotografías de quienes suscriben el documento respectivo, a fin de salvar responsabilidades posteriores en caso de reclamos de carácter judicial en contra del Notario, responsable de dar fe del conocimiento de las partes y de las formalidades correspondientes.

La promesa de compraventa de un bien raíz, es claro, solamente obedece a un acto jurídico bilateral, producto de la imposibilidad de suscribir la escritura definitiva, porque el Promitente Vendedor no ha dispuesto legalmente el inmueble para su venta, no lo ha saneado, o porque el Promitente Comprador, por lo general, no dispone del efectivo suficiente a fin de cancelar la totalidad del precio y debe realizar gestiones ante instituciones financieras para completar el pago.

Como sucede en Chile, la promesa podría otorgarse en nuestro país, a través de instrumento privado, si el mismo fuese complementado con información clara, transparente y actualizada del bien raíz materia del contrato. A pesar de los esfuerzos realizados para tener datos reales tanto en los catastros municipales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados como en los Registros de la Propiedad, aún esa información no es confiable.

El Dr. Enrique Echeverría, Abogado y práctico analista de temas jurídicos a través de Editoriales en el matutino “El Comercio”, hablaba en el mes de Mayo del 2014, del intento gubernamental por controlar el uso del suelo, invadiendo competencias municipales, lo cual despertó la airada protesta de los Alcaldes a nivel nacional; pero las soluciones ofrecidas no fueron suficientes. En uno de sus artículos, el Dr. Echeverría ⁸⁰expone la realidad del catastro en el Municipio de Quito, que poco a poco va hundiéndose en los excesivos requisitos para realizar trámites sencillos y el aumento de los tiempos para resolver dichos temas. No se diga asuntos de mayor importancia. La corrección de información errada como nombres, superficies, alícuotas, avalúos, es una verdadera pérdida de tiempo para el afectado. Antes se demoraba minutos, luego semanas y hoy, en la práctica un trámite simple puede tomar meses.

⁸⁰ Enrique Echeverría, Control Municipal, El Comercio, 5 de Mayo del 2014, Sección Opinión.

Resciliar una compraventa que ya ha sido catastrada, fácilmente puede tomar unos seis meses en la actualidad, pues el proceso requiere de informes previos y concluye con la resolución emitida por la autoridad tributaria municipal y la reversión del catastro a nombre del dueño anterior, quien, por supuesto se ve impedido de vender su propiedad ya que consta a nombre del que no le compró y por ello no se puede transferir el dominio a otra persona.

Si bien la Ley solamente exige la formalidad de la escritura pública para el otorgamiento de una promesa de compraventa, en la realidad, se hace indispensable, por parte del profesional Abogado, solicitar documentación adicional para respaldar de la mejor manera la negociación sometida a su consulta. Por ejemplo en el caso de un inmueble declarado en propiedad horizontal, (inclusive para la elaboración de la minuta respectiva), se exigirá particularmente, la escritura de Declaratoria de Propiedad Horizontal, el certificado de expensas conferido por el Administrador del Condominio, al nombramiento de éste como tal, el Acta de Junta General de Copropietarios que le haya nombrado; o en el caso de la venta de un terreno, es prudente solicitar la denominada línea de fábrica, en la que constan las afectaciones que pueden gravar al bien; certificado de replanteo vial, en algunos casos, etc.

Todos los documentos anotados precisan de requisitos diferentes y los tiempos en que son despachados, pueden alargarse, dependiendo de la situación individual de cada bien inmueble. A este respecto, el intento de unificar o concentrar toda la información en el Registro de Datos Públicos⁸¹ ha creado expectativas positivas en cuanto a la simplificación de la información y la accesibilidad que el ciudadano pueda tener a la misma, sin necesidad de invertir recursos y tiempo excesivos.

El acceso rápido a dicha información inmobiliaria, permitiría que el otorgamiento de un contrato de promesa de compraventa de un bien raíz, sea más confiable, e inclusive se podría, en algún momento, cuando esa información sea precisa y

⁸¹ La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos establece: “Art. 1.- **Finalidad y Objeto.**- La presente ley crea y regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, en entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros. El objeto de la ley es: garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información, así como: la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías.

confiable, y a través del uso de los medios tecnológicos actuales, incorporarla al contrato, para dar seguridad jurídica a las partes, especialmente el Promitente Comprador. Inclusive, dentro del proceso de ejecución de este tipo de contratos, esta información sería realmente valiosa para los operadores de justicia, al permitir acceder a ella sin restricciones ni intermediarios, lo cual alarga los procesos, a voluntad de terceros.

Así, podría concluirse este perfeccionamiento administrativo con una reforma legal para que la promesa de compraventa, independientemente de que se otorgue o no por escritura pública, lo cual sería a voluntad de las partes, se blinde de toda esta información fácil, segura y a disposición de cualquier interesado, y no solamente de quien la gestione personalmente ante el funcionario público responsable. Precisamente el instrumento privado, al decir de Escriché es aquel que perpetúa la memoria de un hecho o hace constar alguna disposición o convenio sin la intervención de escribano u otra persona legalmente autorizada.⁸² En nuestro C.P.C. el instrumento privado se lo define en el Art. 191 C.P.C., y el reconocimiento del mismo en el Art. 195.

Al firmar el documento privado, el autor queda obligado al cumplimiento de su contenido. Si se tratase de una promesa de compraventa, dentro del proceso de ejecución de la misma, en una sola Audiencia, se podría solicitar al demandado, que lo reconozca, con la comparecencia de un perito que verifique la firma negada, y se proceda con los siguientes pasos del proceso. Al respecto, entre otras reformas a la legislación se cambiaría el Art. 1718 C.C., que establece que la falta de instrumento público no se supliría con ninguna otra prueba. Igualmente se reformaría el Art. 194 C.C., estableciendo expresamente que el instrumento privado haría tanta fe como el instrumento público.

Al reconocer la firma y rúbrica, se reconocería la autenticidad de la declaración.

El Dr. Wladimiro Villalba Vega al hablar de la exigencia de la escritura pública para los contratos de bienes raíces dice: “Esta disposición es un corolario del principio

⁸² Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/22.pdf>, consultado el 14 de Agosto del 2014, pág. 896,

general de que las solemnidades son de derecho estricto, nacen de un precepto legal; no pueden extenderse por analogía”.⁸³

Igualmente cabría reformar el Art. 1718 C.C. en que se determina que la falta de instrumento público no puede ser sustituido con otra prueba. Mencionamos con anterioridad, una sentencia en la cual se sugiere que podría complementarse la prueba del instrumento privado con otras complementarias, lo cual, en el caso de la promesa de compraventa, fácilmente puede ser logrado, con la presentación de recibos de pago de los anticipos del precio, fotografías del bien inmueble, constancias de visita al sitio, así como declaraciones de los involucrados en la negociación.

El instrumento privado, al ser revestido de las seguridades e información debidas, podría estar exento, en este caso, de impugnaciones que en cualquier momento pueda presentarse. Todo esto, con el fin de a la vez que se protege a las partes, agilizar su ejecución futura.

2.2. Obligaciones de las partes en el contrato promesa de compraventa de bienes raíces: un enfoque hacia las necesidades procesales prácticas.

El Título XXII del Código Civil trata de la compraventa.

El Art. 1732 del Código Civil establece que “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.”

En los Parágrafos 6, 7,8 y 9 del mismo cuerpo legal, se especifican las obligaciones tanto del Vendedor como del Comprador.

⁸³ Wladimiro Villalva Vega, Fundamentos de Práctica Forense, 174.

Las obligaciones del Vendedor se reducen a dos básicas: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida y la principal obligación del Comprador, es pagar el precio convenido.

En el caso de la Promesa de celebrar un contrato, el Art. 1570 determina cuatro condicionamientos para que la misma produzca obligaciones entre las partes y en el caso de los bienes raíces, se aplica el 1740 C.C.

Si utilizamos la normativa citada y las normas complementarias, para el contrato de promesa de celebrar un contrato de compraventa de un bien raíz, se puede deducir que para que ésta genere obligaciones debe:

1. Otorgarse por escrito y en escritura pública;
2. Que contenga un plazo o condición para suscribir la escritura definitiva de compraventa;
3. Que se especifique al detalle el contrato que se ofrece suscribir a futuro;
4. Que contenga una cláusula penal que no podrá exceder el límite establecido en el Art. 1560 C.C. que es de hasta el doble del monto de la obligación principal.

En el caso de la Promesa de Compraventa de un bien raíz, pueden existir múltiples obligaciones, especialmente para el Promitente Vendedor, dependiendo de la situación jurídica en la que se encuentre el bien inmueble.

Por ejemplo, tomemos el caso de la venta de un bien raíz sometido al régimen de propiedad horizontal. Las instituciones bancarias, financieras y el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Biess), procuran asegurar el dinero que otorgan como préstamo a sus clientes, solicitando al detalle, una serie de documentos, que previo al inicio de la redacción de la minuta correspondiente, deben haber sido provistos por el interesado. Estos documentos, relacionados con la parte legal, generalmente consisten en: títulos de propiedad debidamente certificados e inscritos en el Registro de la Propiedad (en algunos casos se solicitan los títulos que abarquen un historial de hace 15 años); copia certificada de la escritura de declaratoria de propiedad horizontal inscrita en el Registro de la Propiedad, reglamento interno debidamente inscrito, certificado de gravámenes actualizado (en el Distrito Metropolitano de Quito tiene una validez de 60 días, y si vence mientras la escritura está ingresada en el Registro de la Propiedad, éste es validado

internamente); certificado de expensas en el que conste que el propietario no adeuda ningún valor a la Administración del conjunto o edificio en propiedad horizontal; nombramiento del Administrador; título de pago del impuesto predial del año en curso; y en algunos casos, los planos aprobados del bien inmueble materia de la garantía, aunque en la actualidad éstos se protocolizan conjuntamente con la declaratoria de propiedad horizontal. Otros requisitos complementarios se piden en caso de que el bien pertenezca a herederos: posesión efectiva o testamento inscritos en el Registro de la Propiedad; liquidación y pago del impuesto a la herencia, etc.

En algunos (no poco frecuentes) casos pintorescos, propios del folklorismo, a veces de la ignorancia o estrechez mental, reñidos con los criterios humanistas contemporáneos, y con los derechos de libertad e igualdad neo constitucionalistas, se llegan a extremos como el de que un propietario deba solicitar autorización a todos los condóminos para poder vender su bien inmueble, y es más, se señala que quien compre debe ser una persona con ciertas características de estatus social y económico, aceptados por los condóminos. Estos requisitos quizá puedan exigirse en clubes privados, a los cuales nadie está obligado a pertenecer, sino porque lo desea, y su reglamentación es libre de ser aceptada o no por el aspirante a integrarlos; pero al hablar de la propiedad privada, la Constitución vigente es por demás clara, al señalar libertad absoluta así como la libre elección del lugar en el que uno desee vivir. Este tipo de casos han sido denunciados a la autoridad competente, la cual, prudentemente, ha señalado que dicha reglamentación debe ser modificada pues va en contra de las normas constitucionales y de los principios de igualdad, justicia y equidad de los cuales deben gozar todos los habitantes de la República.

Cabe aquí el siguiente cuestionamiento: se debe exigir que el Promitente Vendedor presente todos estos documentos previo a la firma de la promesa de compraventa del bien raíz objeto del contrato? Esta es un opción que se sujeta a la libre contratación, pues la ley únicamente nos habla de los cuatro requisitos citados anteriormente: escritura pública, plazo o condición, descripción del contrato que se celebrará y una cláusula penal.

2.2.1 La escritura pública

En legislaciones de otros países, como por ejemplo el Código Civil Chileno dice, en su Art. 1554: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito;

2. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;

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

En este caso NO es necesario elevar a escritura pública el contrato de promesa de un bien raíz y con el simple instrumento privado puede apremiar, ejecutar y solicitar indemnización por los daños irrogados, al incumplido. (Art. 1553 C.C. chileno).⁸⁴ En la misma línea, el Código Civil Francés⁸⁵ en su Art. 1589.2 establece que “Será nula cualquier promesa unilateral de venta relativa a un inmueble, un derecho inmobiliario,... si dicha venta no fuera confirmada mediante escritura notarial o mediante escritura privada registrada dentro del plazo de diez días a contar desde la fecha de su aceptación por el beneficiario...”. El Código Civil Federal de México,⁸⁶ en su Art. 2246.- determina: “Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.”

Con lo dicho, se intenta proteger a las partes, permitiendo que inclusive un instrumento privado de promesa, cumplidas ciertas formalidades como el reconocimiento de firma y rúbrica, pueda servir para exigir la obligación en él contenida.

⁸⁴ Disponible en <http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm>; consultado el 21 de Agosto del 2014.

⁸⁵ Disponible en http://195.83.177.9/upl/pdf/code_41.pdf, el 30 de junio de 2008; la misma es una traducción actualizada al 4 de abril de 2006; consultado el 21 de Agosto del 2014.

⁸⁶ Disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx>, el 18 de marzo de 2008, consultado el 21 de Agosto del 2014.

En el Ecuador, la exigencia, de ciertos documentos relativos al saneamiento o situación legal del bien inmueble, al momento de la firma de la escritura pública de promesa de compraventa, tiene que ver más con la seguridad que el Notario y el profesional Abogado quieran dar a las partes, y especialmente al Promitente Comprador que es quien entrega el dinero al momento de la firma. El Promitente Vendedor generalmente no entrega el bien al no pagársele la totalidad del precio, pero recibe un parte del precio como anticipo y seguridad de que se va a concretar la venta.

Lo más justo, por seguridad jurídica para las partes y precaver litigios o malentendidos futuros, sería solicitar todos y cada uno de los documentos del bien inmueble, dependiendo de su régimen ordinario, en propiedad horizontal, hereditario, testamentario, etc.; o que por lo menos se haga referencia clara y detallada a ellos, a fin de que, si se produce una controversia por la no entrega de alguno de estos documentos, el proceso sea ágil en su resolución, ya que la litis se trabaré sobre uno o varios puntos específicos y no oscuros o indefinidos. La prueba sería más fácil para las partes y el Juez dispondría de elementos fiables y expresos para resolver.

Quizá nuestra legislación pretenda dar seguridad jurídica a las partes, al solicitar escritura pública para el contrato analizado, pero el dinamismo actual de las negociaciones inmobiliarias en las ciudades más pobladas del Ecuador, como Quito, Guayaquil, requieren de soluciones prácticas, y una de ellas puede ser complementar la promesa de venta, sea por escritura pública o privada, con los documentos mencionados anteriormente y que por lo menos aclaren la situación jurídica del bien.

En nuestra realidad, sería una manera de dar fuerza a la parte perjudicada por aquellos sujetos o partes del contrato que, conociendo perfectamente cómo debe otorgarse un convenio de esta naturaleza, celebran contratos inválidos, sabiendo perfectamente sus consecuencias, y cuya judicialización para recuperar el dinero entregado como abono del precio, es sinónimo de desgaste económico, psíquico y de tiempo para el perjudicado.

En el Ecuador, el único valor que tiene el contrato privado de promesa de compraventa es el de un recibo del anticipo entregado por el Promitente Comprador,

más los intereses calculados a la fecha de la devolución (Jurisprudencia)⁸⁷. El contratante engañado por una promesa de compraventa celebrada por instrumento privado, mas no por escritura pública, no puede aspirar al pago de una penalidad o una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento, ya que, se presume, según el Art. 6 del Código Civil, que la Ley es conocida por todos y será obligatoria desde su publicación en el Registro Oficial, por tanto, si la Ley dispone que ese contrato debe celebrarse por escritura pública, se considera que ninguno de los contratantes tuvo intención de solemnizar debidamente el convenio.

Al respecto existe un interesante fallo de triple reiteración⁸⁸: “... el documento intitulado ‘nn’ ... es un instrumento privado, que contiene una promesa privada de compraventa de un inmueble y su construcción. Del mismo, aparece de manifiesto su nulidad absoluta, ya que no ha sido celebrado por escritura pública, requisito exigido por el 1597 (1570) del Código Civil en su numeral primero... nulidad absoluta que debe ser declarada de oficio por aparecer de manifiesto, al tenor de lo que dispone el artículo 1726 (1699) del Código Civil, y al ser este contrato nulo de nulidad absoluta, se debe tener como no ejecutado o celebrado, de acuerdo al

⁸⁷ 20-VII-2007, Resolución No.243-2007, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 604, 3-VI-2009. En los puntos más importantes dice: “... En el presente el Tribunal ad-quem ha realizado una correcta interpretación del artículo 1570 del Código Civil al señalar que la promesa de compraventa de un bien inmueble debe celebrarse por escritura pública, lo cual no ha sucedido en este caso, en el que se lo hizo mediante un contrato privado, el cual, no obstante genera la obligación civil ordinaria de devolver los valores recibidos como pago anticipado del precio, pues nadie puede enriquecerse injustificadamente su patrimonio a costa del detrimento del otro; así como ha interpretado correctamente el artículo 1716 del mismo Código, pues no le ha dado la categoría de instrumento público al contrato privado que celebraron las partes, por ello negó la acción principal de los demandantes y aceptó la acción subsidiaria de devolución de los dineros entregados como precio o parte del precio de la ‘promesa de venta’. Respecto de la condena de pago de intereses los recurrentes no han expresado cual es la norma legal que consideran ha sido vulnerada limitándose a expresar que si la obligación era la de devolver el valor recibido como parte del precio por la promesa de venta del inmueble, esta obligación no genera intereses, cuando por disposición del artículo 1575 del Código Civil, si la obligación es de pagar dinero, la indemnización de perjuicios por mora se devenga en el cobro de los intereses...”

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Efecto Jurídico del Contrato de Promesa de Compraventa celebrado por instrumento privado, R.O. No.710 de 22 de Noviembre del 2002. Sala de lo Civil y Mercantil.

[-11-X-1999 \(Resolución No. 509-99 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4872 R.O. 334 8-XII-1999\)](#)

[- 10-X-2000 \(Resolución No. 405-2000 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4882 R.O. 225 15-XII-2000\)](#)

[- 23-IX-2002 \(Resolución No. 194-2002 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4922 R.O. 710 22-XI-2002\)](#)

artículo 1745 (1718) ibídem... En consecuencia, este documento no ha generado ninguna obligación contractual válida; y si se dio o pagó algo en su ejecución, lo que procede es que las partes sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1731 (1704) del Código Civil, lo cual origina el deber mutuo de restitución, para lo cual se ha de considerar la buena o la mala fe de las partes.” (énfasis añadido).

Como se ha explicado, en nuestra legislación, la ejecución del contrato privado de promesa de venta de un bien raíz, implica el inicio de un juicio ordinario, pues así lo dispone el Art. 59 C.P.C., para las controversias que no tengan un procedimiento especial. En la práctica, este juicio, es uno de los más largos que existen, pues permite el planteamiento de reconvencción, incidentes, apelación y tanto más cuanto que en segunda instancia se repiten las etapas procesales de la primera.

Al elevarse a escritura pública el contrato de promesa de compraventa de un bien raíz, y previa la realización del requerimiento al incumplido, es factible seguir el trámite ejecutivo, cuando el título y la obligación son ejecutivas. Ni siquiera el reconocimiento de firma y rúbrica o la protocolización del instrumento privado de promesa de compraventa la convierte en título ejecutivo. Seguirá siendo solamente un recibo de un dinero entregado sin generar obligación alguna de transferencia de dominio del bien raíz.

El Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, determina en su Art. 434, No.4 que el juicio ejecutivo puede tener lugar en base a un instrumento privado reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido, sin hacer más diferenciación. Consecuentemente, la promesa de compraventa de un bien raíz, contenida en un instrumento privado, es un título ejecutivo, así como la obligación contenida en él.

Una reforma aplicada en este sentido, a la Ley sustantiva y la adjetiva, sería, en la actual realidad jurídica inmobiliaria en el Ecuador, un gran avance en el propósito de defender y asegurar los intereses de promitentes vendedores y compradores, de una manera ágil y práctica.

2.2.2. El plazo

Si bien la norma sustantiva establece que el plazo es uno de los requisitos que debe contener la promesa de compraventa, su falta de mención o pacto, no necesariamente convierten al instrumento en nulo o inválido.

Existen fallos emitidos por la ex Corte Suprema de Justicia, sobre casos en los que una de las partes ha atacado la ejecutividad de una promesa de compraventa de un bien inmueble, por no haberse señalado en la misma el plazo o época. Al respecto los Jueces han razonado, que al ser este contrato bilateral y oneroso, y cuyo objeto principal son las obligaciones de dar y hacer: pagar el precio, por parte del promitente comprador y por parte del promitente vendedor, que se deben aplicar la reglas de interpretación de los contratos, en especial lo previsto en el Art. 1576 del Código Civil, esto es, que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, complementada con lo dicho en el Art. 1579: en los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato; y el Art. 1562 ibídem: los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

Consecuentemente, si aparece clara la intención y voluntad de los contratantes de transferir la propiedad del bien inmueble a futuro, previo el pago del precio, ésta debe concretarse con la suscripción de la escritura pública de compraventa y traspaso de dominio.

Si el promitente comprador ha pagado el precio convenido, nace inexorablemente la obligación del promitente vendedor de suscribir la escritura definitiva de transferencia de dominio ante un Notario, porque así lo determina la naturaleza de esta clase de contratos, y porque esa ha sido la intención clara e indiscutible de los contratantes y porque así obliga la buena fe. En caso que el promitente vendedor incumpla con esta obligación, se genera a favor del promitente comprador el derecho a exigir su cumplimiento a través de las acciones legales que la ley le confiere por vía ejecutiva u ordinaria.

Al respecto, y en referencia a la voluntad de los contratantes en el contrato, antes que a lo literal de las expresiones contenidas en él, existe un fallo de triple reiteración⁸⁹ que determina la necesidad de acreditar conforme a derecho, por cualquiera de las partes, que estaba pronto al cumplimiento en la forma y tiempo debidos, sin excusas ni dilaciones, esto es, habiendo dado inicio a la ejecución, con el pago de impuestos, obteniendo las autorizaciones requeridas por la ley, gestionando el financiamiento, sin que la simple afirmación de que pronto cumplirá, sea suficiente, pues tienen que existir hechos positivos que induzcan dar credibilidad a esta afirmación. Las partes disponen de la diligencia de jurisdicción voluntaria de requerimiento, contemplada en el numeral 1 del Art. 1567 C.C., para dar por finalizado el plazo de espera y dejar públicamente expresada su decisión de cumplir con lo prometido, su insatisfacción por el incumplimiento del otro, y los daños que le está causando. Así, inclusive, no prosperará en su contra la excepción de contrato no cumplido por ambas partes.

Cuando en un contrato bilateral, las dos partes han dejado de cumplir con sus obligaciones respectivas, en la forma o el plazo pactado, se aplica el aforismo “la mora purga la mora” (Art. 1568 C.C.). En el considerando Séptimo de La Resolución No.23-06 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el R.O. No.419 de 18-XII-2006, claramente se establece “... debe considerarse que quien reclama el cumplimiento de una prestación, debe a su vez probar que, por su parte, cumplió o estuvo dispuesto a cumplir en el tiempo y forma debidos, para que no le sea oponible la excepción de que trata esta norma.” (refiriéndose al Art. 1568 C.C.).

⁸⁹ R.O. No. 281, de 9 de Marzo del 2001.

- 21-I-1999 (Resolución No. 20-99 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4847 R.O. 142 5-III-1999)

- 26-II-1999 (Resolución No. 133-99 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4855 R.O. 162 5-IV-1999)

- 1-XI-2000 (Resolución No. 439-2000 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia G.J. S. XVII No. 15 p. 4886 R.O. 281 9-III-2001)

Con este criterio, y desde una perspectiva de qué hacer ante un incumplimiento, el autor Manuel Albaladejo⁹⁰, manifiesta: “...pero ninguna parte puede exigir el cumplimiento a la otra sino cuando él haya cumplido o esté dispuesto a cumplir su obligación, salvo que para ésta se haya concedido un plazo. Y si celebró bajo condición (suspensiva) o se fijó plazo, cuando aquella se cumpla, o ésta llegue.”

Existe un pacto, que entre nosotros no se utiliza en la práctica, pero que se podría asimilar a una eventual cláusula resolutoria, el “Addictio in diem”, o de mejor comprador, y que en Roma constaba en el Digesto, capítulo 18-2. Consistía en dejar sin efecto la venta, si el promitente vendedor, dentro de un plazo determinado, posterior a la suscripción del contrato respectivo, encontrase otro comprador en condiciones más ventajosas para él, y si el primer comprador no estuviese dispuesto a igualar esas condiciones. De alguna manera, se evitaba el inicio de procesos de ejecución innecesarios, una vez cumplido el plazo anotado para ofertar un mejor precio al Vendedor.

Este pacto, a efectos de celeridad en el actual tráfico inmobiliario, podría extenderse no solamente a la mejora del precio, sino al cumplimiento de otras obligaciones específicas entre las partes, como la obtención de autorizaciones de autoridades públicas, financiamiento, saneamiento de la propiedad, de manera que, sin necesidad de requerimiento previo, y en determinados casos, se lo podría utilizar, con el fin de agilizar los procedimientos de ejecución de las promesas de compraventa de bienes raíces, si apareciese otro interesado en pagar no solamente un mejor precio, sino en agilizar y hacerse cargo de solucionar todos los inconvenientes legales, de financiamiento, etc., para transferir el dominio de la propiedad.

No por ello se debería producir inseguridad jurídica, pues, a través de un proceso sumario y breve, con la realización de una única audiencia, conforme se establecerá posteriormente en este trabajo, las partes recuperarían lo que les corresponde, quizás inclusive, obviando el cobro de una penalidad, que, en muchos casos, es el motivo de litigio por lo cuantioso y atractivo que puede llegar a ser su monto, en determinados casos.

⁹⁰ Manuel Albaladejo, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de Obligaciones, Librería Bosch, Ronda Universidad, 11, Barcelona, 1960, 749.

Procesalmente hablando, y luego del análisis realizado, se puede observar que la ejecución de un contrato bilateral como el que es materia de este estudio, por el incumplimiento del plazo, no debería implicar una complicación para el desarrollo del proceso ni para la resolución del Juez, quien no puede desapegarse de la intención de las partes que, al suscribir la promesa de venta, expresaron el objetivo de perfeccionar la compraventa del bien raíz, y querer asumir lo contrario sería irse en contra de los principios básicos de los convenios, de la buena fe y paz sociales o producir un estado anárquico por el irrespeto de los acuerdos, peor aún si éstos son elevados a escritura pública, como lo son los de promesas de venta que involucren bienes raíces.

2.2.3. Especificación del contrato que se va a celebrar a futuro

De conformidad con el Art. 27 de la Ley Notarial, la escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. Por escritura pública se otorgan los actos y contratos ordenados por la ley y los que por voluntad de las partes, así lo hayan acordado.

El Notario, previamente a la suscripción de la escritura, debe verificar: la capacidad de los otorgantes; la libertad con que proceden; el conocimiento con que se obligan; y, que se hayan pagado los derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato. En el caso de la promesa de compraventa de un bien raíz no existe ningún pago de impuestos u obligaciones tributarias que se deban cancelar, salvo los derechos del Notario, ya que únicamente se promete la celebración futura de un contrato, no se perfecciona el mismo.

Formalmente, la escritura pública debe contener: (Art. 29 L.N.):

1. El lugar, día, mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente;
2. El nombre y apellido del notario autorizante y el del Cantón donde ejerce;
3. El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;

4. Si proceden por sí o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;
5. La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignoren el idioma castellano;
6. La fe de conocimiento de los otorgantes, de los testigos y del intérprete cuando intervengan;
7. La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos y conocidos o que porten sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad, en caso contrario se anotará el número de ésta;
- 8. La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas a menos que corresponda a denominaciones técnicas;**
9. La circunstancia de haber concurrido al otorgamiento dos testigos idóneos, si el notario lo estimare conveniente o si alguno de los otorgantes lo solicitare, cuyos nombres, apellidos y domicilio deben expresarse en el instrumento;
10. La fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, a presencia del intérprete y testigos cuando intervengan; y,
11. La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un solo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.

Si las partes no supieren o no pudieren firmar, firmará por éstas la persona que aquellas designen, expresándose esta circunstancia en el instrumento.

El numeral 8 señalado, nos habla de claridad y detalle contractual.

En el caso de la promesa de compraventa, no solamente se especifica el propio contrato, sino aquel que se promete celebrar a futuro.

En la promesa de compraventa del bien raíz, las exigencias de documentos habilitantes son menos estrictas que en la escritura de compraventa definitiva, pero cabe aquí la pregunta: es esto beneficioso para la seguridad jurídica de las partes?; se debe mantener este método por celeridad en la negociación?

El Catedrático Carlos Lasarte dice: “Sabido que los particulares gozan de autonomía para celebrar toda suerte de contratos, es evidente que las concretas figuras contractuales que son objeto de regulación por la legislación civil y mercantil constituyen sencillamente modelos característicos que el paso del tiempo ha ido cristalizando a través de una práctica secular”⁹¹

Como toda aseveración de un hecho, y así como el aforismo legal de que “quien afirma, prueba”, la promesa de compraventa de un bien raíz, no debería ser subestimada formalmente en cuanto a los documentos habilitantes solicitados previa a su suscripción, ya que finalmente, de su estudio se desprenderán los antecedentes de adquisición, las particularidades del mismo, como linderos, superficie y ubicación; el saneamiento; precio y forma de pago, plazos, entrega, y sometimiento a otras condiciones particulares del convenio para cada caso en particular.

En la práctica, se interpreta, que “solo se trata de una promesa”, por lo cual no se exigen documentos sensibles que acrediten especialmente la propiedad del bien, confiando en que la imposición de la multa contractual sea amenaza suficiente para quien piense incumplir.

Si de lo que se trata es de hacer más ágil el procedimiento de ejecución de la promesa de compraventa de un bien raíz, se deben tomar las debidas seguridades previo a su otorgamiento, ya sea por instrumento público como manda la ley, o por instrumento privado reconocido públicamente, como alternativa. De esta forma, el tiempo que en el proceso se gastaría tratando de demostrar el cumplimiento o no de determinados requisitos se trasladaría a la obtención de los documentos habilitantes suficientes, de tal manera que no quede duda respecto a la situación jurídica del bien y de las gestiones que deberían realizarse a futuro para dejarlo en estado de ser transferido su dominio al promitente comprador.

A pesar de que la ley exige, inclusive para la suscripción de la escritura de compraventa definitiva, solamente determinados documentos habilitantes, (no todos los que deberían pedirse para dar seguridad en la transacción), como por ejemplo, si

⁹¹ Carlos Lasarte, Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A., 2003, Madrid, 290.

se trata de la venta de un bien raíz bajo el régimen de propiedad horizontal, la presentación de un certificado de expensas conferido por el Administrador del condominio, según ordena la Disposición General Primera del Reglamento a la Ley de Propiedad Horizontal,⁹² estos no son suficientes para constituir desde el principio, un documento capaz de llenar la mayor cantidad de vacíos que podrían producirse en cuanto a la situación legal del bien raíz, y que si se ejecutase la promesa de compraventa judicialmente, darían paso a argumentaciones sobre estos temas faltos de respaldo.

La Constitución de la República en su Art. 82 habla de la seguridad jurídica como un derecho de los ciudadanos, y esto concuerda con lo establecido en el Art. 169 del C.P.C.: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Igualmente, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su Art. 1 nos habla de la protección de los derechos de los consumidores procurando la equidad y seguridad jurídica entre las partes. Inclusive en el Art. 1 del Decreto 3057 publicado en el R.O. 660 de 11 de Septiembre del 2002, se establece como política de Estado el proceso de fortalecimiento de la seguridad jurídica en el país.

Todo lo dicho está dirigido a fundamentar la necesidad de preparar el campo para la eventualidad de un proceso litigioso, en el que deberían discutirse únicamente divergencias de real importancia, mas no cuestiones relacionadas con la falta de algún documento o acción específicos en relación con el bien raíz.

El proceso no solamente debe nutrirse de las diferencias entre las partes, que es lo que lo alarga, pues cada elemento de desacuerdo implica la necesidad de argumentación de cada una de las partes, la prueba respectiva, y el análisis y resolución del juzgador. Si la promesa de compraventa está debidamente redactada con los condicionamientos y acuerdos mutuos entre las partes, así como la debida

⁹² Decreto 1229, R.O. 270 de 6 de Septiembre de 1999, "**PRIMERA.-** Para que pueda realizarse la transferencia de dominio de un piso, departamento de vivienda o local comercial, así como para la constitución de cualquier gravamen o derecho real sobre ellos, será requisito indispensable que el respectivo propietario compruebe estar al día en el pago de las expensas o cuotas de administración, conservación y reparación, así como de los seguros. Al efecto, los Notarios exigirán como documento habilitante la certificación otorgada por la persona que ejerza la Administración del inmueble constituido en condominio o declarado en propiedad horizontal. Sin este requisito no podrá celebrarse ninguna escritura ni inscribirse. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad, serán personal y pecuniariamente responsables, en caso de no dar cumplimiento a lo que se dispone en esta disposición."

sustentación documental de la actual y real situación jurídica del bien, se precavería no solamente el inicio de acciones legales por falta de un simple documento, sino que se discutirían temas jurídicos de profundidad, que verdaderamente se constituyan en retos para un litigio que sea un reto para los conocimientos jurídicos de los defensores de las partes y del juzgador.

En esta virtud, si, por ejemplo, quiero vender un lote de terreno que se desmembrará a futuro de otro de mayor extensión, la seguridad jurídica que debe dar el instrumento promesa de compraventa es la incorporación de información que determine la real factibilidad de subdividir el inmueble en uno de menor extensión, así como las posibles afectaciones o gravámenes que pudiese sufrir a futuro. En este caso el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal competente es la institución que debe proporcionar dicha información.

Actualmente los Registros de la Propiedad Cantonales han pasado a ser administrados por los GADM y a través de los avances tecnológicos contemporáneos, la proyección futura es intercambiar información entre la dos entidades de manera que al realizarse la transferencia de dominio de un bien raíz, los Promitentes Vendedores y los Promitentes Compradores, puedan contar con información integral del bien. Inclusive, en la actualidad las Notarías deben sistematizar todas sus actuaciones y remitir dicha información al Estado para su verificación y control.

En la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (R.O. S. 162, de 31 de Marzo del 2010) se crea y regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, en entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros. Precisamente el objeto de esta ley es: garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información, así como: la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías.

Más aún, en el Art. 3 de esta Ley se determina que la información podrá ser entregada por escrito o por medios electrónicos. Consecuentemente, al momento de la suscripción de cualquier contrato, y por intermedio del Notario, independientemente de los documentos proporcionados por las partes, debería ser

posible obtener de una base de datos una “radiografía” de la situación del bien inmueble materia del contrato. Inclusive, el Notario quedaría respaldado de cualquier situación irregular a futuro con esta información proporcionada por el Estado.

Posteriormente, se realizará un análisis pormenorizado de intentos importantes de regularizar la actividad inmobiliaria de compañías dedicada a esta actividad a través del “Reglamento de funcionamiento de las compañías que realizan actividad inmobiliaria”, expedido en Registro oficial No. 146 de 18 de Diciembre del 2013 (Resolución SC.DSC.G.13.014 de la Superintendencia de Compañías) y R.O. No.296 de 24 de Julio del 2014 (Resolución No.SCV.DSC.G.14.012) de la S. de Compañías). En esta Reglamentación, que justamente trata de ser preventiva, se exige el cumplimiento de determinadas condiciones antes de la suscripción de la escritura de promesa de compraventa.

Consecuentemente, la exigencia de información o documentos habilitantes de la propiedad, según su situación jurídica, aunque puede resultar molesto para efectos comerciales, proporcionaría gran seguridad a las partes intervinientes. Tanto más cuanto que inclusive el propietario, en ocasiones, desconoce de los gravámenes, afectaciones o impedimentos que pueden recaer sobre el bien para efectuar una transferencia de dominio inmediata.

2.2.4. La cláusula penal

Según el Art. 1551 C.C., “Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento”.

En fallo de triple reiteración⁹³, emitido por la, en ese entonces, Corte Suprema de Justicia, se ha establecido que la cláusula penal es una estimación anticipada que las partes hacen en la promesa de compraventa, de los perjuicios que pueda experimentar el acreedor por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Por el hecho de estipulársela no pierde el acreedor el derecho de pedir el pago de

⁹³ 12-XI-1998 (Expediente No. 712-98, Primera Sala, R.O. 103, 7-I-1999)

daños y perjuicios, pero, lo que no puede, es pedir al mismo tiempo o acumulativamente la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse así estipulado expresamente; siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena conforme lo ordena, de manera clara y expresa el artículo 1559 del Código Civil.

Como aclaración importante, se debe señalar que el Art. 1505 C.C. establece que “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.”

La promesa de compraventa de bienes raíces es una obligación de hacer, según el artículo 1569 del Código Civil, al haberse constituido en mora la deudora, queda a elección de los actores, junto con la indemnización de la mora, pedir: 1. Que se les autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas de la deudora. 2. Que la deudora le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. En último caso, nada obsta a que se faculte a los mismos actores inclusive para que gestionen y obtengan las autorizaciones correspondientes para celebrar el contrato prometido, y que sea el Juez quien otorgue la escritura pública de venta, ocupando el lugar de la demandada, al tenor de lo que dispone el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil. Si estas autorizaciones no son otorgadas, el cumplimiento no podrá ser exigido, porque el contrato habrá concluido por imposibilidad superviniente, pero únicamente en este caso; en lo demás, ha de buscarse que se lleve a cabo.

Del Art. 1505 C.C., se desprende que en un contrato bilateral, quien ha cumplido puede exigir del contratista incumplido la resolución o el cumplimiento, es decir cabe la posibilidad de que elija cualquiera de estas dos acciones principales, pero lo improcedente es reclamar únicamente la cláusula penal.

En este punto, es necesario recalcar que el tráfico jurídico no se nutre de contratos fallidos, sino de negocios que se cumplen y ejecutan, principio que debe estar claro para el juzgador, quien en el momento procesal correspondiente, debe utilizar las facultades que posee para lograr un avenimiento y conciliación entre las partes.

Lamentablemente, la carga procesal, a pesar de las reformas implementadas por el Consejo de la Judicatura, impide en la mayoría de los casos, que la intermediación del Juez logre la aplicación debida de la justicia, en cuanto a celeridad, y economía procesal. No toda controversia debería judicializarse y más bien, en una etapa previa, debería insistirse en una conciliación.

Básicamente, la cláusula penal es un recurso compulsivo que obliga al deudor a cumplir con lo pactado, pues corre el peligro de tener que satisfacer esta pena, que puede llegar a ser más gravosa que la obligación contraída. La cláusula penal es un modo de fijar anticipadamente, los daños e intereses que se pagarán al acreedor en caso de incumplimiento total o de retardo.

En cuanto al monto de la penalidad, el Art. 1560 del Código Civil establece la posibilidad de que ora se pague solo ésta o conjuntamente con la obligación principal, su cuantía no supere el doble de ésta, es decir, si vendo una casa por cien mil dólares, lo que el promitente acreedor podría recaudar del promitente incumplido, es un valor de hasta doscientos mil dólares.

Se han dado casos, interesantes (APENDICE 1), como el de un Promitente Comprador que, habiendo suscrito un contrato de promesa de compraventa de un bien raíz, por instrumento privado, ha demandado el respeto a sus derechos económicos, aplicando las disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento. En este caso en particular, el Juez Competente (Intendente General de Policía de Pichincha), ordena la devolución de los dineros entregados a la Promitente Vendedora, sumados los intereses respectivos hasta la efectiva devolución del dinero al Promitente Comprador. Se puede asumir que esta es la penalidad inicial, pues hay que tomar en cuenta que la ley deja a salvo la reclamación de los daños y perjuicios causados al perjudicado, duplicando de esta forma la sanción al obligado.

El Art. 30 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece: “Resolución.- La mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor de bienes o servicios, permitirá al consumidor pedir la resolución del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieren corresponder.”, en concordancia con el Art. 28 del Reglamento a la LODC “La resolución del contrato a la que alude el Art. 30 de la ley

operará cuando el proveedor sea constituido en mora, y cuando el consumidor hubiere cumplido con sus pagos y demás obligaciones contractuales, asumidas al momento de la adquisición del bien o servicio.”

En el caso mencionado, al Promitente Comprador se intentó cobrarle intereses por el supuesto atraso en el precio del bien inmueble prometido en venta, lo cual fue rechazado por la autoridad y más bien emitió una sentencia desfavorable para la Promitente Vendedora.

Esta demanda se la planeó justamente como una provisión de bienes o servicios y la resolución, sin tomar en cuenta que se trataba de la venta de un bien raíz, falló a favor del demandante. Al no haber elevado a escritura pública el documento, se convierte en un documento privado, contentivo de una transacción comercial sobre un simple bien o servicio, que puede ser demandado con procedimientos como el mencionado. Sin embargo, a pesar de todo, no se cumple con la celeridad, simplificación y economía procesal deseables. A pesar de tratarse de un proceso especial, tarda en su resolución, más aún cuando se apela de la sentencia, independientemente de que es ratificada por el superior.

Otro ejemplo (APENDICE 2) en el cual el Promitente Comprador demanda al Promitente Vendedor el pago de la multa únicamente, por vía ejecutiva, es aceptado en primera instancia por el Juez de lo Civil, y rechazado en segunda instancia, porque el Superior razona con lógica al evidenciar que el demandante exige solamente el pago de la multa, cuando según las normas mencionadas anteriormente, debió exigir el cumplimiento de la obligación principal y posteriormente el pago de la penalidad. Al verse derrotado, el demandante interpone acción extraordinaria de protección, de conformidad con lo estipulado en el Art. 88 de la Constitución, que igualmente lo pierde. El tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda y la ejecutoriedad de la sentencia, es excesivo, como ocurre en la mayoría de los casos, normalmente. Finalmente, el desgaste tanto para las partes como para el Estado, por el tiempo y recursos invertidos en este proceso son un atentado contra los principios de un proceso eficiente y rápido.

Un previo análisis de la procedibilidad, complementado con la aplicación de un proceso con las características del utilizado en las reclamaciones por pensiones

alimenticias, con citación por boleta única, y resolución en una sola Audiencia, lo habría evitado y agilizado de forma importante, tomando en cuenta que en la generalidad de los casos, los recursos económicos involucrados en este tipo de negociaciones, son de gran cuantía, y la inmovilización de los mismos afecta no solamente a la economía en general, sino y de forma especial a las partes.

Ramiro Bejarano Guzmán⁹⁴ , Profesor de las Universidades Externado de Colombia y Universidad de los Andes, en referencia a la oralización de los procesos en el año 1970, en este país, resume la experiencia vivida: “Ciertamente, todo indica que en un momento determinado, en el interior de la comisión se pensó en volver oral el mayor número de procesos, eventualidad que fue recibida por jueces y abogados con desconfianza y preocupación, toda vez que implicaba cambiar costumbres centenarias de utilización del proceso escrito y de la dictadura del papel sellado. Como hubo una fuerte reacción frente a esta propuesta, la comisión ideó entonces un proceso declarativo intermedio entre el ordinario y el verbal, para que temporalmente sirviera como vía procesal para dirimir varias controversias que tenían trámites autónomos, y por tanto dispersas”.

Consecuentemente, en relación a la cláusula penal y su contenido, la controversia será muy discutida por todo lo que está en juego, más aún cuando al pedir indemnización de daños y perjuicios, esta posibilidad comprende el daño emergente y el lucro cesante, de conformidad con lo determinado en el Art. 1572 C.C. ya sea que provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

⁹⁴ Ramiro Bejarano Guzmán, Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, Quinta Edición, Editorial Temis S.A., 2011, Bogotá Colombia, 125.

CAPÍTULO TERCERO
RECURSOS PROCESALES Y EL DERECHO COMPARADO

3.1. EL TRÁMITE PARA LA EJECUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. LA BUENA FE Y EL ABUSO DEL PROCESO. CASOS PRÁCTICOS.

3.1.1. Concepciones previas

El Maestro Carnelutti expresa: "... el significado de ejecución se concreta en el acto o conjunto de actos necesarios para determinar la situación conforme al mandato mismo."⁹⁵, y producto de ello encuentra dos tipos de ejecución: la voluntaria y la forzosa, según se produzca por parte del obligado (cumplimiento conforme al precepto) o contra él (cumplimiento conforme a la sanción).

El Art. 1562 del C.C. determina que "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella." En concordancia, con el Art. 722 C.C. el cual dice que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En Fallo de Casación dictado por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, (28-I-2003 Res. 20-2003, Primera Sala, R.O. 58, 9-IV-2003), y en relación a las normas citadas, menciona que éstas se refieren a negocios jurídicos bilaterales en general, "pero son aplicables a toda obligación sea cual sea la fuente de la que dimanen ya que contienen un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial, esto es, que las obligaciones han de cumplirse de buena fe, ya que es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental que sirve de base para la justificación de la potestad de la que se halla asistido todo acreedor para acudir ante el Estado a solicitarle y alcanzar de éste que ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de tal acreedor"

⁹⁵ Francisco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil (Introducción y función del Proceso Civil), Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Argentina, 1944,213.

Y a continuación dice: la ausencia de la buena fe en el comportamiento de las partes unidas por una relación obligatoria, abre la posibilidad de que el Estado imponga compulsivamente el cumplimiento de su deber jurídico al deudor, el que adicionalmente será responsable de todo daño y perjuicio que sufra la parte acreedora y, “en ciertos casos en que este comportamiento injurídico afecta al interés de la sociedad toda, causando alarma y provocando sentimiento de inquietud que incide en el bienestar colectivo, vulnerando así un bien social, inclusive llega a tipificarlo como delito penal; pero de la misma manera, si la parte acreedora no actúa de buena fe y pretende alcanzar beneficios exorbitantes, más allá de aquellos que se hallan justificados por la causa de la relación creditoria, o trata de imponer al deudor su voluntad abusiva, pretendiendo rebasar los límites que le señalan no solamente la declaración de voluntad que ha originado la relación obligatoria (cuando ésta nace de un negocio jurídico) sino también la ley, la costumbre y la propia naturaleza de la obligación, el Estado no puede acudir en auxilio de este acreedor que no pide se le ampare en el ejercicio de su derecho sino que pretende abusar de él. El comportamiento de las dos partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad ... Como lo viene sosteniendo la doctrina francesa contemporánea, la buena fe descansa en un deber moral que se transforma en obligación jurídica de lealtad entre las partes.” (énfasis añadido)

Carnelutti, de igual manera, expresa que es necesario el proceso ejecutivo junto al proceso jurisdiccional, a fin de asegurar el orden jurídico. En el caso de que la razón no sirva por sí sola, se deberá usar la fuerza. “La finalidad característica del proceso ejecutivo consiste, pues, en procurar al titular del derecho subjetivo o del interés protegido la satisfacción sin o contra la voluntad del obligado.”⁹⁶

La ejecución implica el uso de la fuerza para llevar a cabo las sanciones: restitución y pena. La ejecución civil es aquella que tiene que ver con la restitución y la otra con la ejecución penal.

⁹⁶ Francisco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, 218.

En la ejecución civil estamos ante una parte que pretende algo y otra que no la quiere dar, por lo cual, el Juez se la quita para dársela a la otra. De igual manera, el incumplimiento de una de las partes debe ser determinado por aquel, una vez que se han cumplido con todos los pasos procesales, pero el tiempo que transcurre entre la presentación de la demanda y la resolución final, produce perjuicios a las partes, especialmente en lo económico, al contratante cumplidor de sus obligaciones.

A fin de evitar estos reveses, en ocasiones se inserta en los contratos de promesa de compraventa de un bien raíz, cláusulas resolutorias que pretenden evitar el inicio del procedimiento (requerimiento, juicio ejecutivo y eventualmente un juicio ordinario por daños y perjuicios), sin embargo, y a pesar de que el contrato es ley para las partes, éstas deben sujetarse a seguir los pasos establecidos para cuando surja el incumplimiento, y para que tengan valor sus planteamientos ante el problema, ya que de lo contrario caeríamos en anarquía y desacato a la normativa, por querer apresurar el finiquito del contrato respectivo. Debe entenderse en este punto, que el incumplimiento tiene que ser demostrado de forma fehaciente, ya que está en juego el pago de una penalidad plasmada en la cláusula penal de la promesa de compraventa del bien raíz.

Carnelutti hace un interesante análisis respecto a la utilidad de las medidas coercitivas, (cautelares en nuestro medio). Las concibe como toda forma de coacción en cuanto a las obligaciones de hacer o de no hacer, con el fin de que el obligado haga o cumpla con lo que tenía que hacer o abstenerse de lo que no debía hacer. De esta manera, no se llega a una ejecución en sí, más bien a un cumplimiento tardío pero evidentemente más rápido que el propio juicio en sí.

Este autor concibe que el proceso funciona mediante el interés de las partes y no en interés de ellas. El interés en conflicto es aprovechado para la composición del conflicto. Debido a que las partes tienen como fin tener la razón, la finalidad del proceso es dar la razón a quien la tenga, y aunque el mismo nunca va a desarrollarse en interés de ellas, esto no implica que no puedan obtener un cierto provecho, dentro de ciertos límites. En el caso del juicio ejecutivo, el proceso sirve, por lo menos a una de las partes, pero sin embargo sirve también al interés público, cuando soluciona conflictos económicos que pueden desembocar en alteraciones de la paz social.

A este respecto, de forma inteligente, abre las puertas a posibilidades alternativas de solución al manifestar que en la actuación de un proceso jurisdiccional, no siempre el litigio ha de estar presente; basta, dice al autor, que exista el peligro del litigio, y, por tanto, se evita dicho litigio. La función procesal debe concebirse no solo como composición sino también como prevención del litigio.

El proceso ejecutivo supone discutir sobre el perjuicio causado, y no discutir sobre la pretensión. Cabe notar la diferencia con un proceso ordinario y un ejecutivo, ya que en el primero, para que se inicie, el actor no necesita proporcionar prueba alguna, pero en el ejecutivo, desde el comienzo, se debe anexar a la demanda el título ejecutivo, con lo cual, al actor, desde un principio se lo llama acreedor y al demandado, deudor.

Podría darse el caso de que el título ejecutivo esté constituido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, misma que podría ser revocada posteriormente por nulidad, dilatando la posibilidad de una pronta solución.

Por estas consideraciones y recalcando la adopción de medidas previas como forma de presión para solucionar el conflicto, es necesario que de parte de la ley, y por intermedio del operador de justicia, se busque una solución inmediata y efectiva. A este respecto, Carnelutti⁹⁷ hace una interesante comparación entre la composición del litigio por obra del juez y la composición por obra de las partes. En el primer caso, se buscará imperativamente alcanzar la justicia a través de la sentencia, pero en el segundo, esto es, entre las partes, (y hagamos analogía con los Promitentes contratantes en un contrato de un bien raíz), se buscará satisfacer necesidades propias a través de una transacción, que si bien puede no revestirse de buena fe, ni justicia, irá en beneficio de la conciliación y paz entre los litigantes.

Es evidente que esto solamente puede ocurrir en lo civil, pues en lo penal no se puede transar el atentado contra la fe pública, la vida, etc., en que, de oficio, hay que obtener justicia, independientemente del acuerdo entre querellante y querellado

⁹⁷ Francisco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, 284.

La transacción entre las partes, durante el proceso ejecutivo, que tiene como fin su terminación y archivo, tiene una desventaja: que podría ser alterada por las partes de mutuo acuerdo, a diferencia que la sentencia pronunciada por el Juez, no se puede alterar.

Todo el proceso judicial debe armarse en función de la consecución de la justicia, a fin de mantener la buena convivencia social, esto es, evitar distanciamiento o rencor entre las partes por pensar que una resolución determinada favoreció indebidamente al otro. Precisamente en este aspecto, la transacción oportuna, siendo mutua y satisfactoria para las dos partes, evita el temor de crear una sociedad poblada de individuos resentidos unos o satisfechos otros, con la sensación de que la justicia es maleable y puede acomodarse, a través del uso de la misma ley, a conformidad de intereses particulares, y esto, por cuanto si bien el fin de todo proceso es la justicia, no siempre es su resultado final, ya que al ser manejado por el hombre, existe la posibilidad de que no sea perfecto y justo.

Un proceso o transacción justos, de buena fe, satisfactorio para los litigantes, servirá de ejemplo para que en otros casos similares, las partes y los operadores de justicia, obren de forma análoga, con el convencimiento de que de ello, habrá un beneficio para todos.

En definitiva el proceso debe llegar a lo que Carnelutti denomina la “Paz con justicia”⁹⁸. Para este autor, procesalmente no existe lo uno sin lo otro.

3.1.2. El trámite de ejecución de la promesa de compraventa incumplida. Análisis crítico.

⁹⁸ Francisco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, 287.

En la práctica profesional diaria, la iniciación de un procedimiento de ejecución de una promesa de compraventa, desde el requerimiento, hasta la emisión de la sentencia correspondiente y firma de la escritura posterior por parte del Juez, inclusive con oposición del demandado de por medio, generalmente toma más tiempo del conveniente para la aplicación de la justicia debida.

En el juicio ejecutivo, cuando se trata de una letra de cambio, un pagaré, y todos aquellos señalados en el Art. 413 del C.P.C., excepto el título escritura pública, la sentencia se obtiene de forma relativamente ágil, pero el inconveniente surge al momento de proceder al embargo y remate de los bienes que se prohibieron de enajenar para asegurar el cumplimiento de la obligación.

En el caso de la ejecución de la escritura pública de promesa de compraventa de un bien raíz, habíamos analizado con anterioridad, que previo al inicio de la acción principal, se realiza un requerimiento ante un Notario o Juez, a la parte incumplida, el mismo que tiene por objeto hacerle saber, que la otra parte está sufriendo ya un perjuicio a sus intereses por este motivo.

Hay que recordar que el juicio ejecutivo, tal como su nombre lo indica, no es un procedimiento de debate, ya que no declara derechos dudosos o controvertidos. Simplemente es un proceso de ejecución que se dirige a hacer cumplir una obligación contenida en un título al que la ley le da el carácter de ejecutivo. Esta es la diferencia fundamental con los procesos de conocimiento. La defensa debe limitarse únicamente a situaciones meramente formales, tales como los requisitos del título y de la obligación, y no pueden tocarse puntos como el origen o causa de la obligación, pues no interesan al Juez, quien solamente limita su accionar al análisis del título y la presunción de legitimidad que la ley le otorga.

Si bien, en honor al principio de economía procesal y por desconocimiento de la acción ejecutiva, se sostiene por parte de algunos, que es necesario discutir la causa de la obligación; con ello se desnaturalizan sus fines. El deudor únicamente puede excepcionarse, atacando las formalidades externas del título, a menos que aparezca de forma indiscutible, evidente, e indudable la causa ilegítima por así aparecer en el documento o hallarse prohibido por la ley.

En el caso de la promesa de compraventa de un bien raíz, como título ejecutivo, cabría cuestionar su forma, argumentando la falta de los requisitos establecidos para ella en el Capítulo II de la Ley Notarial, especialmente el Art. 29, y el incumplimiento del mandato del Art. 1740 del C.C. que exige la escritura pública para este tipo de actos jurídicos. Sin embargo de lo cual, el contrato suscrito por las partes valdría como instrumento privado, y los derechos contenidos en éste, (que ya no son ni la obligación del Promitente Vendedor de vender el bien, ni del Promitente Comprador de adquirirlo), pueden exigirse en Juicio Ordinario.

Las etapas que se siguen en un proceso de este tipo, que tiene carácter ejecutivo constan detalladas en el Apéndice 3 y se efectuará un comentario crítico de ellas.

3.1.3. El requerimiento

Respecto a este tema, existe un fallo de triple reiteración⁹⁹, que en la parte pertinente establece: -“En la especie, la recurrente razona erróneamente en cuanto asegura que, por haberse vencido el plazo, para constituirle en mora, el requerimiento realizado no tenía ningún valor y por ello mal podía el Tribunal ad quem condenarle a cumplir con la promesa, razonamiento que no tiene fundamento porque, como se ha señalado en el considerando que antecede, en aquellas obligaciones bilaterales en las que se ha señalado un plazo para su cumplimiento como sería en este caso las nacidas de este contrato de promesa de compraventa, el deudor se constituye automáticamente en mora por el solo hecho de llegar ese plazo y no haber cumplido con la prestación debida. En el caso sub lite, en la escritura de promesa de compraventa (...) las partes han señalado en la cláusula quinta un plazo de cinco meses para la celebración de la escritura definitiva, objeto de este contrato preparatorio, por lo que al vencerse este plazo, la parte que manifestó su voluntad de cumplir con su obligación puede exigir que se lleve a cabo dicha celebración definitiva a la otra parte que no quiso suscribir la escritura del contrato de compraventa prometido, sin tener que requerir judicialmente al deudor para constituirle en mora. En otras palabras, en este caso no era necesario el requerimiento judicial, porque la demandada (hoy recurrente) se constituyó automáticamente en mora una vez llegado el plazo del cumplimiento, como bien lo

⁹⁹ [29-III-2001](#) (Resolución No. 144-2001, Primera Sala, R.O. 352, 21-VI-2001)

dice al comienzo de su considerando cuarto el fallo del Tribunal de última instancia (...) mientras que la parte actora ha demostrado conductas significativas de su voluntad de cumplir, como lo acreditan las probanzas que han sido tomadas en cuenta por el Tribunal ad quem para en su resolución declarar que no procede la excepción de contrato no cumplido alegada por la demandada, como la testimonial constante a fojas 18 y el propio requerimiento judicial realizado por los actores, que no era necesario para constituir en mora a la demandada, evidencia de forma indubitativa su deseo de llevar a cabo el objeto del contrato de promesa.” (énfasis añadido)

En fallo posterior¹⁰⁰, y haciendo referencia al Art. 1567 C.C. que habla de cuándo el deudor está en mora, se contraponen lo siguiente:

“3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor; esta disposición legal se refiere a los casos en que el deudor está en mora de cumplimiento de una obligación, por tanto su aplicación al cumplimiento del contrato de promesa de compraventa es perfectamente pertinente, tanto más que el casacionista es el que lo utiliza como fundamento de derecho para pedir la diligencia de requerimiento que tiene la finalidad de constituir en mora al promitente vendedor, de tal manera que no existe aplicación indebida de esta norma. El Art. 1595 del Código Civil (actual 1568), dice: ‘En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos’; en este caso también, la norma se refiere a la forma de caer en mora en los contratos bilaterales, como es el caso del contrato de promesa de compraventa, cuyo cumplimiento es exigido por los promitentes compradores mediante el requerimiento al que se refiere el fallo del Tribunal de última instancia cuando invoca el Art. 1595, de tal manera que la norma está debidamente aplicada.” (énfasis añadido).

En nuestra legislación, el requerimiento aplicado a la promesa de compraventa de un bien raíz, se lo realiza por escrito, a pesar de que la ley no lo establece así, con el fin de que quede constancia expresa de su realización y no quede ninguna duda al respecto.

¹⁰⁰ 5-VI-2007 (Resolución No. 215-2007, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 366-S, 24-VI-2008)

En el proyecto del Código Orgánico General de Procesos, dentro del Libro II, Actividad Procesal, Capítulo II, De las Notificaciones, en el Art. 79, se habla por primera vez, y de forma específica, del requerimiento al que se refiere el numeral 3 del Art. 1567 C.C., estableciendo que se realizará en persona o a través de tres boletas o a través de una publicación en un medio de comunicación, y en todo caso, dentro del Art. 151 de este cuerpo legal, se dispone que todo proceso comienza con la presentación de la demanda y cuyos requisitos están establecidos en el Art. 152, que básicamente son los mismos del actual, pero con la adición del anuncio de medios de prueba, o acceso a la prueba, debidamente fundada.

En la actualidad, no existe en nuestro Código de Procedimiento Civil tal mención, menos aún el procedimiento a seguirse. El requerimiento de este tipo puede ser realizado por un Notario o un Juez, con los mismos efectos, aunque por la jurisprudencia citada, se evidencia un aparente conflicto entre la necesidad o no de realizar esta diligencia. Sin embargo, ha pesado el criterio de que con este aviso, se le constituye en mora al deudor y se debe dejar constancia de que el interesado o bien cumplió con la obligación producto del acuerdo de voluntades o se somete al cumplimiento de los mismos, y esto con el fin de que no se produzcan los efectos del Art. 1568 C.C. de que la mora, purga la mora, y el demandante no vea mermado su derecho a exigir el cumplimiento de lo que se adeuda. El simple vencimiento del plazo no es suficiente para constituir en mora a la parte, sino que este elemento es necesario para establecer su estado moratorio y los efectos posteriores del mismo.

En el caso de la promesa de compraventa de un bien raíz, por mayoría de criterios, se establece que el requerimiento es necesario para demostrar que la obligación ha sido fallida. En todo caso, el judicializar este trámite, es innecesario, al estar rodeado de inconvenientes y dilatorias, pues ponen a funcionar al sistema judicial entero y más aún cuando el deudor evade el ser citado o no se presenta, a fin de no ser notificado con el requerimiento y no caer en mora.

Al contrario, el autor, Emilio Velasco Céleri, se cuestiona si esta diligencia es necesaria para el inicio de la acción principal, que se gestionará por la vía ejecutiva, concluyendo en que se puede iniciar directamente la acción ejecutiva para el cumplimiento de la promesa de celebrar un contrato.

De conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de justicia, el requerimiento no cabe de forma general, sino siempre y cuando no se haya estipulado un plazo o la condición resulte fallida.¹⁰¹

En otro fallo de triple reiteración se ha establecido aún con más claridad: “...Igualmente la carga de la prueba recae sobre el actor, la probanza se practicará acreditando esta declaración de voluntad, acompañada de actuaciones positivas encaminadas a dar principio a la ejecución, generalmente realizada ante un Juez y que constituye una típica diligencia de jurisdicción voluntaria a la que en nuestro medio se le conoce con el nombre de “requerimiento”, debiendo advertirse que no es la diligencia contemplada en el numeral 1ro. Del Art. 1594 del Código Civil, y normada, entre otros, por el Art. 1050 del Código de Procedimiento Civil; es una declaración unilateral de voluntad, idónea para explicitar la voluntad seria de dar cumplimiento a la prestación en la obligación bilateral que realiza una de las partes en el evento de que el cumplimiento previo no sea posible o exigible o fue de que no prospere en su contra la excepción de contrato no cumplido por ambas partes.”¹⁰²

En conclusión, constituye un elemento definitivo para constituir en mora al deudor, pues lo que se intenta, es dar a conocer al requerido, la inconformidad con el no cumplimiento y la exigencia para que cumpla con el convenio. El requerimiento se hace, actualmente, indispensable puesto que la obligación de hacer que genera una promesa de contrato, de manera general y especialmente cuando el contrato prometido debe celebrarse por escritura pública, no se la puede cumplir de manera individual o separada, sino única y exclusivamente en unidad de acto, con la concurrencia conjunta de todos los promitentes, por lo que no se puede determinar sin requerimiento judicial previo que no se ha cumplido por culpa de uno de los contratantes con la obligación generada.

Sin embargo el procedimiento que se establece en el Art. 412, del nuevo Código Orgánico General de Procesos, para los trámites de jurisdicción voluntaria, no

¹⁰¹ Gaceta Judicial, Seri XVII, No.15, Mayo-Agosto, pág. 4831, “Mora en las obligaciones bilaterales a plazo. Requisito para constituirla.”

¹⁰² Gaceta Judicial, Seri XVII, No.15, Mayo-Agosto, 2004 pág. 4835, “Mora en los contratos bilaterales a plazo. Prueba del allanamiento al cumplimiento de la obligación y definición de requerimiento.”

aporta, en cuanto a honrar los principios de celeridad y economía procesal. Se inicia con la presentación de la demanda, acompañando los medios de prueba de que disponga el demandante, y solicitando los que requiera, con la novedad de que el interesado debe declarar bajo juramento los nombres de las personas que deban intervenir en el proceso, así como de aquellas que tengan interés en el mismo o puedan resultar afectadas; luego viene la citación, y finalmente una Audiencia en la que el Juez aprobará o negará lo solicitado. Solamente se permite apelar de la providencia que inadmita el trámite o lo niegue y se podrían presentar recursos de ampliación, aclaración y revocación.

Si bien nuestra tradición normativa, busca permanentemente normar todos y cada uno de nuestros actos y comportamientos, cierto también es que la realidad supera con creces este desatino. En un contrato de promesa de compraventa de un bien raíz, a las partes se les podría asegurar, previo a la suscripción de cualquier instrumento (público o privado), con la presentación de ciertos documentos que reflejan la situación legal del bien inmueble, lo cual, en muchos casos se obvia por los intervinientes, para obtener apresuradamente el dinero que el Promitente Comprador puede entregar, y luego, ya suscrito el convenio, y habiéndole atado por las circunstancias, dejar en manos de éste la obtención de dichos documentos o saneamiento del bien.

La informalidad campea entre quienes más necesitan de un bien raíz, a tal punto que obligados por la necesidad, y convencidos por traficantes de tierras, constructores, o solamente algunos avispados, suscriben documentos privados que no tienen forma de ser ejecutados, en lo que respecta al otorgamiento del contrato definitivo, pues la ley no los considera válidos; menos aún podrán requerir por el procedimiento ya citado, al incumplido, para hacer que se respeten sus derechos.

El requerimiento, por lo que se ha analizado, como diligencia previa e independiente de la acción principal, retrasa la realización de la justicia inmediata a favor del perjudicado, sin tomar en cuenta que si se la realiza mediante un Notario, esta tiene un costo que debe ser asumido por el perjudicado.

El tratadista Couture intentó ser práctico en sus ideas y sus propuestas. Respecto a lo expuesto expresó: "Los procedimientos particulares de la ejecución, en su

conjunto, se hallan encaminados más hacia el obrar que hacia el decidir. El derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante las transformaciones de las cosas; si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble, se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta este momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras; a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos.”¹⁰³ (énfasis añadido)

La urgencia y practicidad, guían a la eliminación del requerimiento en el caso del contrato materia de este estudio, y su implementación dentro del proceso principal, (que también debería ser abreviado y resumido, según se tratará posteriormente).

3.1.4. El trámite judicial para la ejecución de la promesa de compraventa de un bien raíz

Roberto Mac Lean, consultor del Banco Mundial, haciendo una comparación de los sistemas de justicia a nivel mundial manifiesta que las diferencias fundamentales entre un país con un sistema de administración de justicia eficiente y uno que no lo es, parte de la conciencia asumida por jueces y auxiliares, de que la misma es un servicio, la “cultura del servicio”.¹⁰⁴

Agrega, que en los países en vías de desarrollo, a la administración de justicia se la concibe más como un modelo, como el ejercicio de un poder de autoridad, como un apostolado lleno de sacrificios y sinsabores, pero no como un servicio social; y en este caso, lo que interesa es únicamente el resultado final, el servicio prestado. Si éste es eficiente, no se habla de él, pero en caso contrario, independientemente de que causan perjuicios y sufrimiento al usuario, los critican y buscan alternativas de

¹⁰³ Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición Póstuma, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, 442.

¹⁰⁴ Roberto Mac Lean, Algunas consideraciones sobre los efectos de la administración de justicia en la propiedad y los contratos, en: La Economía Política y la Reforma Judicial, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo Editores, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, 147.

solución a los mismos, empezando por la negociación, mediación y conciliación, arbitraje, y en el peor de los casos, anarquía y violencia.

El citado consultor, entrega datos reveladores respecto a la visión que empresarios y hombres de negocios a nivel internacional, tienen sobre la justicia latina. Al tener que calificarla sobre diez, el país que mayor calificación obtuvo, es Chile con un 5 sobre 10, otros 2 o 1, y en otros casos, ni siquiera merecieron calificación.

Los términos lentitud, corrupción, desigualdad, influencias, sin amparo, rondan constantemente a la administración de justicia en América Latina, y esto produce en efecto negativo entre quienes piensan realizar algún tipo de inversión.

Si bien el sistema romano civil que se maneja en varios países, tiene limitaciones, los jueces podrían hacer uso del poder que tienen, con el ejercicio de la discreción judicial.

El cobro de una deuda origina demoras, gastos y pérdidas. Alcanzar eficacia en los procedimientos, no solo acrecentaría la credibilidad en el sistema, sino que provocaría un crecimiento en la economía, al permitir que los agentes económicos amplíen sus operaciones. Una capacitación o entrenamiento a los jueces, en temas que les permitan percibir las proyecciones económicas sociales y políticas de las decisiones que pronuncian sobre propiedad y contratos disminuiría la posibilidad de que el sistema se desprestigie, y el usuario se desengañe del mismo, se frustre y finalmente aflore la violencia social.¹⁰⁵

El Juez debe reflexionar acerca su misión, ya que no puede simplemente ser quien aplique la ley de forma automática y general, sino un servidor que enmarcado en la Ley, dé soluciones adecuadas con los recursos disponibles, y procurar que los litigantes se beneficien con la obtención de la paz, crecimiento y una distribución más justa de la riqueza. Al interés por dar eficiencia al derecho procesal se lo ha denominado activismo judicial o publicismo, el mismo que “es aplaudido por sectores del neo constitucionalismo y corrientes procesales neoinquisitivas que apoyan amplios poderes de los jueces –lo que decanta en más procedimiento y menos

¹⁰⁵ Roberto Mac Lean, Algunas consideraciones sobre los efectos de la administración de justicia en la propiedad y los contratos, 153.

proceso-, preocupándose en mayor medida por la autoridad que imparte justicia que por las personas que recurren a ella ... la crisis del sistema legalista crea la necesidad en nuestro días de un juez poderoso, que en la práctica desde un caso concreto ... termina excediendo su clásica tarea de juzgar.”¹⁰⁶ El activismo judicial confía en los jueces, y por ello, su preparación es vital.

Estas reflexiones, preparan la visión con la que debe mirarse el proceso ejecutivo actual y cuyo proceso se describirá a continuación.

Una vez cumplido el requerimiento por parte del Notario o el Juez, el cual es inmediato en la práctica, y si el requerido no se ha acercado a dar cumplimiento con su obligación ante la autoridad competente, da comienzo el proceso principal, con la presentación de la demanda respectiva (Arts. 413, 415 y 419 C.P.C.), adjuntando la escritura pública de promesa de compraventa, como título ejecutivo, el mismo que es el reconocimiento legal previo de un derecho.

Si para cubrir un mayor universo y respeto de derechos, como sería lo deseable según los conceptos vertidos anteriormente, se observan las tendencias del derecho natural y neconstitucionalista, dando validez a las promesas privadas de promesa de compraventa, se avanzaría grandemente en el cumplimiento de los fines de la Ley Suprema. Este instrumento privado, no siendo título ejecutivo, carece de los privilegios de aquel elevado a escritura pública, y lo menos que los firmantes pueden exigir es que se realice la transferencia de dominio de un bien raíz, sin embargo, se debería considerar, lo estipulado en el Art. 1576 C.C.: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.” (Concordancia: Arts. 184, 185 y 186 Código de Derecho Internacional Privado). Se debe hacer énfasis, en algo que este artículo señala: INTENCION DE LAS PARTES.

El profesor Fernando J. López de Zavalía sobre este tema manifiesta: “Lo típico del negocio jurídico, lo que le da su fisonomía especial, es contener una intencionalidad dirigida a un fin jurídico. Así aparece puntualizada en un célebre pasaje de Pothier, en el que afirma que ´solo las promesas que hacemos con la intención de obligarnos

¹⁰⁶ Gustavo Calvino, La Procedimentalización Posmoderna, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A.Cárdenas Guzmán, Carlos Sodi Serret, coordinadores del Volumen, Editorial Porrúa, México 2012, 137, 138.

y de conceder a aquel a quien las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento pueden formar un contrato y una convención. Esta es la llamada doctrina de la intención jurídica que enseñaron Savigny, los comentaristas del Código Napoleón, los del C. Alemán Enneccerus, Von Thur, Heddeman, los del C. Ital. Messineo y Gorla y entre nosotros Orgaz y Orla ... cuando la voluntad se actúa en el negocio no crea modifica o aniquila derechos por el puro placer de afectar las formas jurídicas, sino en la medida en que ellas permiten la obtención de una finalidad práctica de la vida. La voluntad actuando no persigue fantasmas, sino realidades a través de una forma jurídica.”¹⁰⁷ (énfasis añadido)

En definitiva, si las partes tuvieron la intención de celebrar un contrato de promesa de compraventa, eso es lo que todos deben respetar. El ritualismo o formalismo jurídico no deberían alterar el deseo de las partes. Y precisamente de este desfase es que han surgido, repetitivamente, casos en los cuales (generalmente los promitentes compradores del bien raíz) son perjudicados pues no se puede ejecutar el instrumento suscrito, mas sí existe la opción de recuperar los dineros entregados, a través de un procedimiento ordinario.

3.1.5. El proceso

Respecto el juicio ejecutivo, y especialmente el referido al que involucra la promesa de compraventa de un bien raíz, es poco lo que se ha escrito a profundidad. Autores como el Dr. Vladimiro Villalva, y Emilio Célleri hacen un amplio análisis de este procedimiento.

En lo procesal, es destacable la opinión de Célleri, quien en base a su conocimiento y experiencia, afirma que el juicio ejecutivo debería ser de naturaleza breve y sumaria, por lo menos en la fase de discusión. Sin embargo, la realidad es otra, pues aunque son cortos los términos para contestar la demanda, para la prueba, concluir efectivamente con un juicio ejecutivo, es algo muy largo en el tiempo y conflictivo en el procedimiento, más aún, tomando en cuenta que no se trata de la

¹⁰⁷ Fernando J. López de Zavalía, Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica, citado el 20 de Septiembre del 2014, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-doctrinas-de-la-intencion-juridica-y-de-la>

declaración de un derecho, pues únicamente es la condena a una prestación, sumariamente, basado en un título ejecutivo con los requisitos de ley.

La demanda se la propone ante un Juez de lo Civil, quien por el principio de congruencia, observará las excepciones, prueba e incidentes que se planteen dentro del juicio. La demanda una vez que ha cumplido con lo establecido por los Arts. 67 y 68, 413, 415 y 419 del C.P.C., inicia el trámite procesal. Para el caso tratado, se debe adjuntar a la demanda, el requerimiento efectuado con anterioridad y la escritura pública de promesa de compraventa, o título ejecutivo. En virtud de la realidad actual, las implicaciones sociales y humanas expuestas, excepcionando a este procedimiento, este paso podría unificarse en uno solo, de tal manera que únicamente por haber transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la escritura se demande la acción judicial pertinente, obviando el paso del requerimiento, el mismo, que si bien establece la inconformidad del acreedor al verse perjudicado con el incumplimiento, podría realizarse dentro de la misma diligencia de citación. Evidentemente que este proceso debe transformarse en especial.

El juicio ejecutivo, al tratarse de una demanda de prestación, debe ser fundamentado de una forma particular, pues los hechos que se relaten deben ser los requeridos para que aparezca el derecho del actor vulnerado por el demandado, tanto en las acciones de dar como en las de hacer. Los hechos exigidos establecen los límites en base a los cuales, el Juez se pronunciará.

En el caso del juicio ejecutivo por promesa de compraventa de un bien raíz, se exige la realización de un hecho, como es el otorgamiento del contrato definitivo de compraventa, esto es, se exige la constitución de un derecho. En base a los hechos, el juez aplicará el derecho, de forma congruente, conforme lo determinado en el Art. 273 C.P.C. El Art. 440 C.P.C. determina claramente que "Si el hecho consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará la jueza o el juez en representación del que deba realizarlo. Se dejará constancia en acta, suscrita por la jueza o el juez, el beneficiario y el secretario, en el respectivo juicio."

Al respecto tenemos el siguiente fallo jurisprudencial: (2-VI-1980 , G.J. S. XIII, No. 9, p. 1896) "PRIMERO.- Lo que se demanda es ...el cumplimiento de la obligación

contractual, esto es, la celebración del contrato de compra-venta del lote de terreno ... Es en definitiva, el otorgamiento de la escritura de compra-venta, en cumplimiento de la promesa, más el pago de la multa estipulada por la mora ... No se trata de la devolución del dinero anticipado por el dicho concepto. SEGUNDO.- Previamente, el accionante debió constituir en mora al promitente vendedor -requerirlo- y luego demandar el otorgamiento del instrumento como lo prevé la última parte del Art. 476 (440) del Código de Procedimiento Civil, para el caso de que éste no lo hubiese efectuado, lo haga el juez en su representación. Como no se han cumplido los presupuestos previos, la demanda es improcedente ...".

Cabe mencionar, que en caso de violación del trámite, se anula el proceso (Art. 1014 C.P.C.), pero siempre que este desfase influya en la decisión final. Si este aspecto lo trasladamos al análisis de la procedibilidad de una promesa de compraventa de un bien raíz, privada o realizada por escritura pública, en el primer caso, deberá utilizarse el juicio ordinario, (con todas las desventajas que representa en cuanto a reconocimiento de derechos, tiempo y desgaste para todos los involucrados) y en el segundo caso, el ejecutivo. Como se ha analizado en líneas anteriores, deberían hacerse valer los dos instrumentos de promesa de compraventa, eliminando su diferenciación por la ejecutividad de los mismos, y estableciendo un trámite especial para los dos casos SIEMPRE QUE INVOLUCREN NEGOCIACIONES DE BIENES RAICES.

La Ley exige determinados y abundantes requisitos a fin de que el proceso siga como por ejemplo: que todo escrito presentado ante un juez, contenga la firma del peticionario y del abogado que le patrocina, y que se acompañen las copias suficientes (1007 C.P.C.) según las partes que intervengan y deban ser citadas; si uno de los comparecientes no supiese firmar, debe estampar la huella digital del pulgar derecho ante el secretario del respectivo juzgado; si se comparece con poder, deberá otorgarse procuración judicial a un Abogado en libre ejercicio (Art.49 Ley de Federación de Abogados); la firma de un abogado inscrito en la matrícula de un colegio de Abogados o en el Foro de Abogados; el Art. 330 No.7 del COFJ determina que todo escrito debe estar firmado por un profesional inscrito en el Foro. La falta de cualquiera de ellos, tendrá como efecto que el Juez sea incompetente para el conocimiento de la causa y por tanto que se anule el proceso.

Para el caso del juicio ejecutivo, se debe adjuntar el título ejecutivo, según dispone el Art. 419 C.P.C., esto es, la escritura de promesa de compraventa del bien raíz, que es el documento que da fe de la relación jurídica, esto es, de la obligación de hacer.

A este respecto, Luis Pásara, en un estudio sobre la justicia en América Latina, expresa: "...contamos con aparatos de justicia que padecen una 'incapacidad adiestrada –arropada en legalismo, formalismo y ritualismo- para responder a esas demandas. De allí, la crisis, y de allí, también, el otro vector presente en la realidad de la justicia actual en la región: numerosas actividades de reforma."¹⁰⁸

Es justamente el proceso de reforma que se ha emprendido actualmente por el Consejo Nacional de la Judicatura y la próxima expedición del Código General de Procesos.

Una vez aceptada la demanda a trámite, el Juez ordenará, en el auto de pago, que el deudor pague o dimita bienes en 3 días, evidentemente que de forma previa se habrán implementado las medidas cautelares, que en este caso, comprendería fundamentalmente, la inscripción de la demanda en el Registro de la Propiedad y la prohibición de enajenar el bien raíz, cuando el actor ha acompañado a la demanda, el certificado de gravámenes del bien raíz en disputa. A este respecto, cabe anotar que en nuestra legislación, no se ha regulado el aseguramiento de las obligaciones de hacer, pero en la práctica, todos los jueces aceptan la petición de prohibir la enajenación del bien prometido en venta.

El auto en el juicio ejecutivo direcciona el proceso, pues resuelve las cuestiones que van apareciendo, pero no decide sobre el fondo del litigio, lo que sí se hará en la sentencia.

El auto en el juicio ejecutivo resuelve temas como: mandamiento de pago, extinción de la obligación, nulidad, calificación de las posturas presentadas, de calificación, de adjudicación, de quiebra del remate, divergencias surgidas con motivo de la tradición material del bien. El auto puede ser desvirtuado en primera o segunda instancias.

¹⁰⁸ Luis Pásara, La Reforma Judicial y la Sociedad Civil, en: LA Economía Política de la Reforma Judicial, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, editores, 164.

Con la citación de la demanda, el deudor, por lo general propone excepciones con el fin de dilatar el proceso y ganar tiempo. En el evento de que no contestase a la demanda, el juez debe dictar sentencia en 24 horas (Art. 430 C.P.C) ordenando el pago inmediato de la deuda. Esta última situación es excepcional pues no ocurre frecuentemente.

Igualmente ocurre con las excepciones de puro derecho, ya que el juez correrá traslado con las mismas a la otra parte por tres días, e inmediatamente dictará sentencia.

Hay que resaltar una gran diferencia con los procesos comunes, ya que la falta de contestación en el juicio ejecutivo, se considera como aceptación tácita de la obligación, a diferencia del juicio ordinario, en que la falta de contestación se la considera como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho.

La dilación empieza cuando se presentan excepciones que ameriten hechos a justificarse, pues este es el inicio de la fase más prolongada del juicio ejecutivo. El Art. 486 C.P.C. permite plantear reconvencción, siempre que se planteen al momento de proponer las excepciones y fundadas en título ejecutivo.

Las excepciones en el juicio ejecutivo (Art.429 C.P.C.), en la actualidad, se consideran inconvenientes, tanto más cuanto que el ejecutante tiene su derecho establecido en el título, el mismo que está rodeado de una presunción de autenticidad. Al crear el título ejecutivo, intervienen la voluntad y conformidad de acreedor y del deudor. Consecuentemente, deberían aceptarse solo aquellas excepciones ocurridas, con posteridad a la creación del título ejecutivo, entendiendo lo que debe entenderse por defensa y excepción, y todo esto, para evitar confusión y dilación de los juicios.(Jurisprudencia)¹⁰⁹

¹⁰⁹ 20-III-1989 (G.J. S. XV, No. 5, p. 1334) "SEGUNDO.- Resulta ilógico que el ejecutado doctor xxxxxxx, por una parte, opone a la demanda excepciones que impugnan el valor de la letra de cambio cuando desconoce su ejecutividad, cuando afirma que está adulterada y adolece de ilegalidad, y por otra, alega: Plus petitio, exceso de intereses y abonos parciales. A la luz de la sana crítica es indudable que estas últimas excepciones llevan implícito el reconocimiento por parte del demandado de la obligación contraída. Pues ningún suscriptor de una cambial va a verificar pagos parciales a un documento adulterado ... CUARTO.- Huelga decir que el hecho de haberse llenado la letra de cambio con dos tipos de máquina, como informan los peritos, no es prueba de la adulteración invocada por el ejecutado. Existe al respecto abundante jurisprudencia. QUINTO.- El demandado en términos generales impugna la letra de cambio cuando plantea las excepciones de: ?Inejecutividad del título y de la obligación? e ?ilegalidad del documento?, inobservando el numeral

En algunas legislaciones extranjeras, las excepciones que se pueden proponer en el juicio ejecutivo, son puntuales, mas en la nuestro se admiten toda clase de ellas, sin limitación, y se resolverán en sentencia, aunque anteriormente, en el Código de Enjuiciamiento Civil, se establecía que debían resolverse ordinariamente y por separado, algo que, felizmente se eliminó.

Gustavo Calvinho hablando de los derechos y garantías de un sistema social, político y jurídico, expresa que, entre éstas últimas, "...sobresale la garantía de garantías: el proceso, al que se arriba desde un derecho fundamental – el de peticionar a las autoridades, que abre las puertas de acceso a la justicia- para convertirse en el ámbito natural de resguardo y ejercicio pleno de otro derecho humano: el de defensa en juicio. Sin embargo, esta perspectiva no se impone aún en el procesalismo latinoamericano, que –al no lograr despojarse de estructuras construidas con anterioridad a la generación del derecho internacional de los derechos humanos- pone el foco en la autoridad que imparte justicia"¹¹⁰

Respecto a la promesa de compraventa de un bien raíz, podrían plantearse entre otras, excepciones típicas como: nulidad relativa del acto o contrato (Jurisprudencia)¹¹¹, la existencia del derecho del demandado para negarse a ejecutar una prestación, por cuanto el acreedor no ha cumplido con sus obligaciones, que el actor ha dejado de cumplir lo pactado en el contrato bilateral y no se ha allanado a cumplirlo (la mora purga la mora Art. 1568 C.C.), el demandado puede alegar la existencia del derecho a negarse a ejecutar la prestación, como cuando haya prescripción de la acción, prórroga de plazo, derecho de retención, orden o excusión y pluspetición, error acerca de la naturaleza del contrato. Estas

segundo del Art. 106 (102) del Código de Procedimiento Civil que le ordena a quien contesta la demanda un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor ?con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega?, así, si niega la ejecutividad del título y afirma su ilegalidad, debió indicar el por qué de esta negativa y de esta aseveración".

¹¹⁰ Gustavo Calvinho, La Procedimentalización Posmoderna, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A. Cárdenas Guzmán y Carlos Sodi Serret, Coordinadores del Volumen, Editorial Porrúa, México, 2012, 140,141.

¹¹¹ G.J. IV S. No. 106: "1o. Ningún principio ni ley prohíbe que se deduzca, como excepción la nulidad relativa de los actos y contratos; y 2o. Por el contrario es indudable que el demandado, al hacer valer sus medios de defensa, puede acogerse a la nulidad así relativa del acto o contrato en el cual se funda el título del derecho del demandante".

excepciones no cuestionan la validez del contrato, sino el hecho de que pudo haber sido suscrito con engaño, o está pendiente una condición para su cumplimiento.

Una excepción que se la plantea en forma general es la de inejecutividad del título y de la obligación. Esta excepción, puede anular el proceso. Otras excepciones pueden ser: defectos extrínsecos del título, nulidad o falsedad manifiesta de un instrumento público, falta de instrumento público, y respecto a esta última, no se puede reemplazar el título con ninguna otra prueba. Al tratarse de excepciones de puro derecho, el juez ni siquiera debe abrir la causa a prueba, y emitirá su resolución de forma inmediata. La regla es que solamente las excepciones sobre hechos, necesitan prueba. La extinción de una obligación no admite prueba testimonial.

A propósito de que la propuesta de excepciones, es una etapa importante para que se trabaje la litis, cabe mencionar lo dicho por Calvino: "...el proceso es el medio de debate por excelencia para el resguardo pleno de los derechos, que debe aplicarse siempre que éstos se encuentren en litigio ... Es el método que necesariamente se debe respetar a fin de lograr una decisión acorde al derecho ... El único camino que conduce a que una sentencia tenga la aspiración de alcanzar la justicia es el respeto del derecho de defensa en juicio en igualdad jurídica de condiciones de ambos contendientes, dictada luego de un proceso y bajo condiciones de imparcialidad aseguradas desde el sistema mismo."¹¹²

En los procesos gobernados por el sistema dispositivo "...la delimitación de los hechos litigiosos es carga y potestad de las partes. Sin perjuicio de algunas voces que propician la flexibilización de la regla de la congruencia, sigue siendo la condición de legitimidad de la sentencia que exista completa correspondencia entre lo debatido y lo decidido."¹¹³

Contestada la demanda y planteadas las excepciones, se puede entablar una reconvencción, misma que puede ser conexa o inconexa, dependiendo de si esta reclamación tiene o no relación con la reclamación original. Al contrario de que se

¹¹² Gustavo Calvino, , La Procedimentalización Posmoderna, 148, 149.

¹¹³ Andrea A. Meroi, Proceso y Contrato ¿oxímoron de nuevo sentido?, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A. Cárdenas Guzmán y Carlos Sodi Serret, Coordinadores del Volumen, Editorial Porrúa, México, 2012, 178, 179.

podría pensar que la reconvencción es una forma más de entorpecer y alargar el proceso, en un fallo de Casación de 23-IV-1996 (Res. 49, R.O. 1.005, 7-VIII-1996) se expresa: “...La reconvencción se sustenta en la imperiosa necesidad de disminuir el número de litigios, y bien podría el reconventor plantear su acción por separado, pero la Ley, en cierta clase de juicios, le viabiliza la oportunidad de hacerlo en la misma causa en que ha sido demandado. No es pues la reconvencción o contrademanda una simple alegación o reclamación subsidiaria condicionada a que sea considerada ante el infortunio o la adversidad del resultado de la demanda inicial...” En una reclamación por incumplimiento de promesa de compraventa de un bien raíz, una de las más probables causas de reconvencción del demandado, sería el incumplimiento del actor, (que también habrá demandado incumplimiento) y solicitar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente, si primeramente no se pudiese suscribir el contrato respectivo, de tal manera que se aplicaría el principio de “la mora purga la mora”, pero es importante destacar que en este tipo de contratos, los Magistrados priorizan la intención de las partes para cumplir o no cumplir con el contrato, y las acciones que cada uno haya efectuado para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales.

La siguiente etapa dentro del juicio ejecutivo, es la Junta de Conciliación (1012 C.P.C.), a pesar de que no está prevista en el capítulo respectivo del C.P.C., y a este respecto Rubén Elías Morán manifiesta: “... probablemente por cuanto se considera que en esta clase de juicios no hay derecho en disputa, hay un derecho inmerso en una obligación perfectamente establecida, a la que el demandado debe someterse exclusivamente a su cumplimiento. Nada más alejado de la realidad, pues todo asunto que se somete a la intervención de los Jueces, tiene la posibilidad de que las partes discutan circunstancias, orígenes, causas del asunto que lo pueden tornar en controvertido. Si sabemos que hasta los asuntos voluntarios se pueden tornar en contenciosos, con mayor razón la exigencia de una obligación que no puede ser tal, que es simulada, inexistente, falsa, etc.”¹¹⁴

Es importante señalar la diferencia entre Junta y Audiencia de Conciliación. En la primera únicamente se busca que las partes lleguen a un acuerdo, más la segunda contiene actuaciones procesales más delicadas y determinantes en el proceso,

¹¹⁴ Rubén Elías Morán Sarmiento, Derecho Procesal Civil Práctico. Principios Fundamentales del Derecho Procesal, 217, 218.

como la contestación a la demanda, reconvención y planteamiento de cualquier cuestión adicional.

Si en la Junta se llega a un acuerdo, y éste es lícito, el Juez lo aprobará en todas sus partes, dando por terminado el juicio. En la práctica, la Junta de Conciliación en el juicio ejecutivo, constituye una pérdida de tiempo, criterio compartido por autores como Emilio Céleri y William López Arévalo, ya que normalmente las partes no concurren, lo hace una sola de ellas, o si las dos están presentes, no se llega a un acuerdo, considerando que inclusive los Jueces no le han sabido dar la importancia que esta diligencia comporta. Si bien la idea de esta fase ha sido concluir el proceso de mutuo acuerdo entre los litigantes, en honor a los principios de celeridad y economía procesal, hoy no es más que una actuación estéril y de simple referencia procesal.

Previo a la iniciación de la etapa de prueba, y para que se produzca una perfecta relación procesal entre los contendientes, en este juicio se pueden plantear algunos incidentes como:

- Cambio de la acción sobre que versa la demanda, antes de contestarla;
- Reforma de la demanda, antes que principie el término probatorio; (Art. 70 C.P.C.)
- Paso del juicio ordinario al juicio ejecutivo;
- Reforma de las excepciones, antes de recibida la causa a prueba y deducción de otras perentorias. (Art. 104 C.P.C.)

Sobre estas fases, que pueden considerarse, excesivas en el proceso, Raúl B. Canelo Rabanal expresa: “De hecho, sin celeridad procesal, o mejor dicho, con las debidas dilaciones que se producen a lo largo del proceso, resulta imposible lograr paz social. En tal sentido, la búsqueda de la paz social en justicia parte desde el hecho de apaciguar el litigio antes que profundizarlo. Al respecto, hay que tomar en cuenta que la celeridad procesal, como un ideal que la administración de justicia, tiene manifestaciones concretas en el proceso, tanto por parte del Poder Judicial como por parte del ciudadano, quien muchas veces es el que contribuye a la lentitud procesal con la interposición dilatoria de escritos innecesarios o demandas que

carecen de fundamentos que comúnmente se utilizan como parte de una estrategia fantasma para fines oscuros¹¹⁵ (énfasis añadido)

Las concepciones procesales actuales buscan procesos dinámicos, breves y sencillos, que eviten dilaciones y que simplifiquen los formulismos propios del derecho procesal romano.

Concluida la Junta de Conciliación y si no se ha llegado a un acuerdo, el Juez concederá seis días de prueba (433 C.P.C.), misma que en todo proceso, se rige por dos principios básicos:

1. La carga de la prueba corresponde a quien afirma. Si el demandado únicamente ha negado los hechos no debe probar nada, pero si alega, por ejemplo falsedad de la escritura de promesa de compraventa o que ha cumplido con sus obligaciones, deberá demostrarlo; y,
2. La prueba debe ser apreciada en su conjunto. El juzgador está en la obligación de valorar de esta manera, todas las pruebas, para garantizar, de esta forma, el principio de imparcialidad.

Los principios que rigen la prueba judicial son muchos pero, los fundamentales, según Azula Camacho son: adquisición, contradicción, inmediación, preclusión, unidad, veracidad, publicidad, igualdad de oportunidades, libertad, interés público, necesidad, licitud, originalidad.¹¹⁶ Por no ser materia de este trabajo no se los explicará al detalle.

La valoración de las pruebas puede darse por tres sistemas: el de libre criterio judicial, muy criticado porque se prestó para muchas arbitrariedades; el de la prueba tazada o valorada que fue muy útil históricamente, cuando en los inicios del derecho procesal, suministró criterios, de los cuales carecían los jueces, para valorar la prueba; y el de la sana crítica que "...consiste en dejar al juez la facultad de

¹¹⁵Raúl B. Canelo Rabanal, Falencia y exceso de celeridad en el proceso: discriminación procesal, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A. Cárdenas Guzmán y Carlos Sodi Serret, Coordinadores del Volumen, Editorial Porrúa, México, 2012, 199.

¹¹⁶ Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales, Tercera Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 2008, 5, 6, 7, 8.

establecer el grado de convicción o credibilidad de cada medio probatorio y de todos en conjunto, pero no de manera arbitraria, sino mediante análisis racional y lógico, exponiendo, desde luego, los fundamentos de su conclusión.”¹¹⁷ . Este último es el que ha adoptado nuestra legislación, pues se lo ve como justo y moderado al recoger lo mejor de los dos primeros.

Otorgar e incentivar la utilización de mayores facultades a los jueces, sería adecuado, al punto de que no solamente lo hagan con mayor frecuencia con aquellas que ya tienen, como por ejemplo la facultad otorgada en el Art. 118 C.P.C., para ordenar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. En un juicio por incumplimiento de promesa de venta de un bien raíz debido por ejemplo, al no otorgamiento de un préstamo, el Juez podría solicitar al Banco, que informe los procedimientos seguidos y las circunstancias en que le fue negado el crédito al demandado, o si, en otro caso, el vendedor demandado alega que su demora se debió a un evento de fuerza mayor como el no otorgamiento de permisos indispensables, por parte del Municipio, el Juez, igualmente podría solicitar de oficio, que la entidad edilicia informe al respecto para establecer la veracidad de la información proporcionada por el demandado.

Esta facultad es muy poco utilizada por los jueces, porque, debido a la carga procesal que soportan y respaldados en el hecho de que las partes son quienes deben impulsar y proveer al proceso, de los elementos y argumentos necesarios para su avance, evitan normalmente complicarse con pruebas adicionales y juzgan solamente con las provistas por las partes. Por la estructuración del proceso, es irónica la posibilidad de que una mayor intervención del Juez, en la parte probatoria, signifique una dilación extra al mismo.

Augusto Morello, al respecto expresa: “Los poderes del juez se refuerzan en la gestión probatoria a fin de acceder a la verdad jurídica objetiva, en el prudente impulso de oficio, en el juego más permeable de la preclusión, en la valorización de la prueba con sujeción a las reglas de la sana crítica y de la experiencia, todo lo cual en nada reduce la plena libertad postulatoria, ni el derecho constitucional a probar, de impugnación y, sobremanera y permanentemente, del control de las partes (en

¹¹⁷ Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo VI, Pruebas Judiciales, 66.

buen romance, de sus abogados). Tan señor del juicio es el juez, como las partes mismas (sus abogados) en un equilibrio dinámico, de inteligente colaboración...”¹¹⁸

Adicionalmente este autor hace algunas sugerencias e ideas modernas, desde la perspectiva de nuestra idiosincrasia y realidad, en cuanto a la prueba:¹¹⁹

1. Relativización de los principios procesales,
2. Reforzamiento del juez en sus poderes probatorios, y no solamente dejarlos en manos de las partes;
3. Libertad razonada y controlable del juez en la valoración de la prueba, con un manejo prudente y flexible de las reglas de la sana crítica, enriquecidas con elementos de la ciencia, de la experiencia de los operadores de justicia,
4. Aparte de la técnica y la lógica, considerar un fuerte componente sociológico;
5. Práctica temprana de la prueba relevante, y creación de una audiencia específica para estos efectos;
6. Jerarquización de la prueba científica o pericial sobre la testimonial;
7. Deber de colaboración de los ciudadanos (usuarios) con la justicia.
8. Habla adicionalmente, de un “adecuado y razonable” régimen de sanciones, para cuando se utilice prueba alterada, resistencia de la parte a cooperar, peso indiciario, rol de inferencias presuncionales, etc.

El término de prueba en el juicio ejecutivo, al igual que en otros procesos, tiene las siguientes características: es único porque hay uno solo; es común para las dos partes, es perentorio pues tiene un corto tiempo de duración, y es fatal, porque indefectiblemente, se cumple.

En un juicio ejecutivo típico, cuando se trata de una letra o un pagaré a la orden, el actor, en el término de prueba, únicamente reproducirá el título ejecutivo y con eso será suficiente, pues éste contiene la presunción legal de legitimidad. El ejecutado, en cambio, sí debe empeñarse en demostrar y fundamentar todas y cada una de sus excepciones.

¹¹⁸ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, 296.

¹¹⁹ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, 369, 370.

En el caso de un juicio ejecutivo por promesa de compraventa incumplida, la prueba para cada una de las partes, quizá requiera más cuidado y dedicación, por la gran variedad de elementos que contiene la escritura pública, como condiciones, plazos, formas de pago, entrega del bien, etc., lo cual podría complicar y dilatar la resolución. En el caso del actor, éste puede limitarse a reproducir en su favor, única y exclusivamente la escritura pública de promesa de venta, así como la diligencia posterior de requerimiento Notarial o Judicial al incumplido. El demandado, por su parte, en la práctica debe presentar una prueba mucho más elaborada y puede consistir en la demostración de la validez o invalidez del requerimiento efectuado; de que el inmueble estuvo en condiciones óptimas para ser vendido, lo cual implica comprobar su saneamiento, y se demuestra con el certificado de gravámenes respectivo, conferido por el Registro de la Propiedad del Cantón al que pertenezca el inmueble. Se podría solicitar además la información constante en los registros informáticos del catastro municipal para saber si se produjo o no la transferencia de dominio del bien raíz; así como tratar de demostrar si por lo menos hubo o no la intención de cumplimiento de lo pactado en el contrato. Sobre este último punto, existe jurisprudencia certera (8-XI-2007 (Resolución No. 332-2007, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 601, 29-V-2009)).¹²⁰

¹²⁰ “En la especie, la parte actora (hoy recurrente), frente al incumplimiento de la demandada, quien no ha removido las prohibiciones legales que pesan sobre el inmueble para su enajenación, ha optado por ejercer el derecho alternativo de pedir el cumplimiento, y le ha demandado para que se proceda a la suscripción del contrato de compraventa prometido, es decir, ha demostrado su intención de persistir en la contratación. La demandada, por su parte, reconviene a los actores con la resolución del contrato (fojas 18-19 del cuaderno de primer nivel), por cuanto dice que no le han cancelado la totalidad del precio pactado, pero -hay que reiterar-, esta no era una obligación dimanante de la promesa de compraventa. Y a lo largo del proceso, señala que por su situación económica, había procedido a esta contratación, porque sobre el inmueble materia de la controversia pesaban numerosos gravámenes y que no pudo levantarlos porque los actores no le habían cancelado todo lo que le debían, afirmación que no pasa de ser tal, y que no le da derecho a demandar vía reconvencción la resolución del contrato, pues para ejercitar esa facultad, debía demostrar que cumplió o estuvo dispuesta a cumplir, lo que no sucede en la especie. Como se trata del incumplimiento de una obligación de hacer, según el artículo 1569 del Código Civil, al haberse constituido en mora la deudora, queda a elección de los actores, junto con la indemnización de la mora, pedir: 1. Que se les autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas de la deudora. 2. Que la deudora le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. En último caso, nada obsta a que se faculte a los mismos actores inclusive para que gestionen y obtengan las autorizaciones correspondientes para celebrar el contrato prometido, y que sea el Juez quien otorgue la escritura pública de venta, ocupando el lugar de la demandada, al tenor de lo que dispone el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil. Si estas autorizaciones no son otorgadas, el cumplimiento no podrá ser exigido, porque el contrato habrá concluido por imposibilidad superviniente, pero únicamente en este caso; en lo demás, ha de buscarse que se lleve a cabo.”

3.1.6. Alegatos y audiencia de estrados

Vencido el término probatorio, y, a diferencia de lo que ocurre en los juicios ordinario y verbal sumario, en el juicio ejecutivo se debe solicitar expresamente y por escrito, un término para alegar, que es de 4 días, de conformidad con lo establecido en el Art. 434 C.P.C.

Para el Dr. Emilio Velasco Célleri, “El alegato es la demostración de las razones que tiene cada uno de los litigantes para contrarrestar la tesis de su adversario”.¹²¹

A su vez, el Dr. Rubén E. Morán Sarmiento, concibe al alegato como el “Medio procesal por el cual las partes pueden hacer valer su DEFENSA OBRADA EN EL JUICIO, a través de una argumentación técnico-científica, acerca del hecho que se discute y del derecho que está en controversia. Convocatoria al Profesional para que esgrima todo su conocimiento, en relación con lo que obra del proceso.”¹²²

Posteriormente a la presentación del alegato escrito, se prevé, opcionalmente la presentación de un alegato verbal en Estrados, (Art. 1016 C.P.C.) en el período comprendido entre la finalización del término probatorio principal y pedidos autos para sentencia mismo que por su naturaleza, en la actualidad, ha perdido absoluto significado, ya que solo se remite a cumplir una formalidad, de la cual ni siquiera queda constancia escrita, solamente una razón de la comparecencia de las partes.

Rubén Morán Sarmiento atribuye este desfase, a 4 factores¹²³:

1. La mecánica procesal lo permite;
2. No queda nada en el proceso, de una diligencia de tanta importancia;
3. Los Jueces, por lo general no le prestan la debida atención, y por todo lo señalado, inclusive los Abogados de las partes prefieren no ejercerla, ya que se constituye en definitiva, en una pérdida de tiempo o un elemento adicional para dilatar el proceso, tanto más cuanto que se podría solicitar un diferimiento de la

¹²¹ Emilio Velasco, “Sistema de Práctica Procesal Civil”, Editorial Pudeleco, Quito, Ecuador, 1994, 7 tomos.

¹²² Rubén Elías Morán Sarmiento, Derecho Procesal Civil Práctico. Principios Fundamentales del Derecho Procesal, 115.

¹²³ Rubén Elías Morán Sarmiento, Derecho Procesal Civil Práctico. Principios Fundamentales del Derecho Procesal, 115, 116.

diligencia por una sola vez; y por la carga procesal el segundo señalamiento es muy probable que se lo realice luego de un período prolongado de tiempo;

4. No se da lugar a un verdadero debate jurídico, por cuanto la diligencia se agota con la réplica que la otra parte realice. Morán inclusive llega a generalizar la falta de capacidad o experiencia de los Abogados, cuando manifiesta que no solicitan esta diligencia, por cuanto en ellos existe el temor que provoca la réplica y la imposibilidad de alguna respuesta por parte de quien promovió la alegación en Estrados.

En todo caso, si esta etapa no fuese abierta por el Juez o no se solicitase por las partes, no sería causal de nulidad del proceso, según lo determinado en el siguiente fallo: 21-II-84 (G.J. S. XIV, No. 6, p. 1509) "PRIMERO.- ... El hecho de que el juez de origen no haya abierto término de alegar no afecta a la validez procesal, que expresamente se la declara".

3.1.7. La sentencia

La sentencia, de conformidad con lo establecido en el Art. 269 del C.P.C. es la decisión de la jueza o el juez acerca de los asuntos principales del juicio. Si se trata de la decisión de una Corte, la sentencia debe ser debidamente motivada, y no únicamente invocar el fallo del inferior.

El tiempo para dictarla, se establece en el Art. 288 C.P.C., y es de doce días, mas se ha vuelto común que los jueces, por exceso de trabajo en unos casos, despreocupación en otros, y otros factores varios que vician la administración de justicia, se tomen mucho más tiempo para emitirla, afectando a los usuarios de este servicio público. Hay fallos que se dictan luego de varios años de haber concluido todas las etapas del proceso, inclusive luego de insistir de todas las formas posibles al actuario o al Juez que se sirva tomar en cuenta un proceso específico, hecho del cual los profesionales del derecho en ejercicio libre, pueden dar fe absoluta. En todo caso, los cambios que en la actualidad se están implementando en la administración de justicia, han logrado agilizar en alguna forma estos retrasos, sin embargo de lo cual, debe complementarse con una mejor calidad de los fallos dictados. El numeral 8 del Art. 108 COFJ establece como infracción grave el no fundamentar debidamente una sentencia, o violar los derechos y garantías constitucionales, según lo previsto en los Art. 75, 76 y 77 de la Constitución de la República.

El Reglamento sobre Arreglo de Procesos y Actuaciones Judiciales contiene algunas normas sobre el tiempo necesario para dictar una sentencia. El Art. 31 determina que si un Juez hubiese demorado la resolución, sin motivo justificable, se le impondrá multa, pero si este retraso fuere superior a seis meses calendario, en un juzgado de primera o segunda instancia, se considerará una falta grave para efectos de remoción o destitución del funcionario.

Se debe considerar que para el momento de promover un Juez o designarlo como Magistrado de las Cortes, la cantidad y calidad de las sentencias emitidas en el ejercicio de su cargo influirá favorable o desfavorablemente para el aspirante. (Art. 177 COFJ).

En el juicio ejecutivo, la sentencia se dictará inmediatamente de vencido el término para alegar. El Dr. Wilson López Arévalo manifiesta: "... la sentencia a más de estar fundamentada netamente en el proceso, debe recoger los más altos valores de la justicia, como son la imparcialidad, la celeridad, y la sana crítica; porque solo así, la sentencia tendrá un verdadero sustento, de tal manera que no genere frustraciones ni dudas."¹²⁴

Del texto del actual Art. 448 del C.P.C., se desprende que, si bien las sentencias en los juicios declarativos, producen efectos irrevocables, los ejecutivos permiten que pase al juicio ordinario, para que se estudien las excepciones que no han sido materia del fallo. Por esta razón, no cabe intentar la nulidad de la sentencia pronunciada en juicio ejecutivo, lo que sí es factible en los juicios ordinarios por los motivos señalados en el Art. 299 del actual C.P.C. Si no existe juicio ordinario, de cuya sentencia se haya pedido la ejecución sino únicamente un juicio ejecutivo, no cabe seguirse la acción de nulidad de la sentencia. La sentencia pronunciada en un juicio ejecutivo, se halla en el caso del actual Art. 286 del C.P.C., que dice: las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley.- G.J. X S. No. 8 Pág. 2835.

¹²⁴ William López Arévalo, El Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2007, 162, 163.

De la sentencia emitida en juicio ejecutivo, el afectado puede solicitar aclaración, ampliación, dentro de los tres días posteriores a la notificación de la misma, y con previa notificación a la otra parte. (Arts. 281 y 282 C.P.C.)

Igualmente, procede el recurso de apelación de la sentencia. En este punto, vale recordar lo establecido en el Art. 436 del C.P.C.: el ejecutante puede interponer todos los recursos que se conceden en los ordinarios, pero el ejecutado solamente puede apelar de la sentencia.

El Juez, es un ser humano, y por tanto, su criterio, falible. Por ello, el fin de los recursos es corregir cualquier error, y lo puede hacer el mismo juez que emitió la sentencia, o las Cortes Superiores, que analizarán y estudiarán el fallo, para emitir uno nuevo, más cercano al ideal de justicia.

En todo caso, y como sucede en muchas ocasiones, los recursos son ejercidos sin fundamento por cualquiera de las partes, generalmente el perdedor, únicamente con el fin de dilatar y entorpecer el avance del proceso. En esta circunstancia, el juzgador debe analizar el pedido, especialmente de los recursos horizontales de aclaración y ampliación de la sentencia y resolverlo rápidamente, utilizando su buen criterio. Sería importantísimo que se fundamenten razonadamente por el peticionario, pues es la única forma de que la buena fe impere en el trámite. Por ejemplo: si el Juez ordenase que el demandado cumpla con su obligación de hacer, esto es, suscribir la escritura pública de compraventa de un bien inmueble y ordene también el pago del precio acordado por el mismo, sin decidir acerca del pedido del pago de daños y perjuicios solicitado por el afectado, éste debe solicitar que se aclare y amplíe la sentencia, resolviendo sobre este pedido, el cual implica la aplicación de la cláusula penal que las partes hayan estipulado en el contrato de promesa de compraventa.

El recurso de apelación será resuelto por el Superior, por el mérito de los autos, al igual que el verbal sumario, ya que el juicio ejecutivo es un juicio “en relación” y lo único que las partes podrían solicitar en segunda instancia, es que se les permita alegar en Estrados, de conformidad con el Art. 1016 C.P.C. En esta Audiencia, el solicitante fundamentará su recurso y hará valer su derecho, bajo apercibimiento en rebeldía.

3.1.8. La casación en el juicio ejecutivo

Este recurso está previsto en el Art. 320 del C.P.C. y; en el Art. 2 de la Ley de Casación se determina que procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

El Dr. William López lo define: “Casación es el recurso que pueden interponer las partes procesales cuando en la sentencia dictada por el juez, se ha violado la ley.”¹²⁵

López cita al Dr. Simón Fernández Jaramillo, quien señala que la casación es “un recurso Supremo, Extraordinario y Formal, de impugnación, limitado, especial. Es extraordinario y se diferencia del recurso de apelación porque la Casación se concede solo por motivos que expresamente la ley señala.”¹²⁶

Este recurso procede únicamente cuando existen errores de derecho, en los casos establecidos en el Art. 3 de la Ley de Casación, y cuyo conocimiento corresponde únicamente a la Corte Nacional de Justicia.

El Recurso de Casación, de una forma lógica y respetuosa de los derechos del ejecutante, se rige por un fallo de triple reiteración, en cuya parte principal expresa que no procede contra las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos.¹²⁷

¹²⁵ William López Arévalo, El Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia, 167.

¹²⁶ William López Arévalo, El Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2007, citando a Simón Fernández Jaramillo, “Casación y Jurisprudencia Civil, Editorial Jurídica, Machala, Ecuador, 2003.

¹²⁷ 29-VII-1998 (Resolución No. 526-98, Primera Sala, R.O. 85, 10-XII-1998, Fallo de triple reiteración) “PRIMERO:...Actualmente se abusa del recurso en una forma muy preocupante, especialmente en los juicios, que son aquellos en que se da cumplimiento a ‘lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de ejecución norma’, es decir, en los que el recurso de casación se ha convertido en un mecanismo para postergar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto es necesario limitar el recurso en ese sentido. Por ello se sugiere principalmente aumentar en el Art. 2 de la reforma después de la palabra ‘...procesos’ la frase ‘de conocimiento’...’; el Plenario de las Comisiones Legislativas se allanó al veto parcial y de esta manera admitió la propuesta del señor Presidente de la

3.1.9. La acción extraordinaria de protección

La Carta Política de nuestro país, al igual que la de muchos países, brinda a los ciudadanos, instrumentos procesales destinados a la protección y garantía de los derechos humanos.

La acción extraordinaria de protección está establecida en el Art. 88 de la Constitución de la República, en concordancia con los Arts. 86 y 87 del mismo cuerpo normativo y el Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Anteriormente se la denominaba acción de amparo constitucional y, al respecto existe un fallo jurisprudencial que explica la naturaleza de la misma: - 25-X-2001 (Caso No. 458-2001-RA, Segunda Sala, R.O. 465, 30-XI-2001):

“La acción de amparo constitucional es el instrumento jurídico oportuno de defensa y protección frente a los excesos de la autoridad que violenta derechos subjetivos garantizados por la norma sustantiva o constitucional; es llamada acción porque no tiene un precedente jurídico; puede ser ejercitada por cualquier persona a efecto de que a través de ella, se adopten medidas urgentes para suspender provisionalmente el acto actual o inminente que afecta o pone en peligro los bienes protegidos por la Constitución, y a través de su resolución disponer el que se eviten, cesen o sean reparados los derechos ciudadanos conculcados; ello no obstante tener el afectado la posibilidad de recurrir por la vía judicial, que bien conocemos sujetarse a ella, implica una larga y costosa tramitación, mientras que a través de este procedimiento especial, por ser ágil y eficaz, y basado en los principios de preferencia y sumariedad, se pretende proteger de manera inmediata cualquier lesión actual o posible de los derechos constitucionalmente reconocidos”

República por las razones por él expuestas. Por lo tanto, en el sistema procesal ecuatoriano, el recurso de casación está limitado única y exclusivamente a las sentencias y autos que pongan fin a los procesos sustanciados por las vías ordinaria y verbal sumaria, de donde se concluye que no procede el recurso extraordinario contra las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos.”

Según el Art. 94 de la Constitución vigente, la acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

De igual manera, el Art. 437 de la Constitución establece que esta acción la puede proponer cualquier ciudadano en forma individual o colectiva contra: sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Consecuentemente, también procede contra el Juicio Ejecutivo, lo cual se constituye en una forma adicional de dilatar el proceso, independientemente de que por el hecho de iniciarlo no se suspende la ejecución de la sentencia, y que las normas aplicables a este procedimiento (Art.8 LOGJCC) son las de sencillez, rapidez, eficacia, oralidad, notificación por medios eficaces, inclusive electrónicos, y no se puede incidentar. Sí provoca en la mayor parte de los casos, un desgaste innecesario para las partes, ya que algunos profesionales del derecho utilizan hasta el último resquicio legal para demostrar a su cliente que lo han defendido, cuando en el fondo el resultado final es generalmente negativo.

Cabe señalar que, en la mayor parte de los casos, esta acción es rechazada por falta de fundamentación, al no demostrarse la vulneración al debido proceso o a los derechos constitucionales.

3.1.10. La ejecución de la sentencia en las obligaciones de hacer y el juicio ordinario posterior

La ejecución de la sentencia difiere según la naturaleza de la obligación: de dar, hacer o no hacer. Es una continuación del juicio ejecutivo, y corresponde al Juez de primera instancia realizarla (Art.302 C.P.C. y 142 C.O.F.J.). Las únicas alegaciones que podrían plantearse en la fase de ejecución, y que hayan surgido posteriormente a la emisión de la sentencia, son las relacionadas con un error de cálculo y la relativas a pagos o pactos que modifiquen la obligación, que además deben constar en un documento público o privado judicialmente reconocido o confesión judicial (489 C.P.C.).

La sentencia civil se ejecuta “in rem”, y la sentencia penal “in personam”, esto es, existe responsabilidad patrimonial del ejecutado.

Arévalo expresa “Así como el juez está investido de la facultad (jurisdicción) para conocer el litigio “notio” y resolverlo “indicium”, dicha facultad conlleva inmersa la potestad de hacer cumplir lo ordenado en la sentencia “executio”. Consecuentemente, el juzgador podrá inclusive hacer uso de la fuerza coercitiva del Estado para hacer cumplir su fallo.”¹²⁸

Cabanellas interpreta a la ejecución de la sentencia como “El acto de llevar a efecto lo dispuesto por un juez o tribunal en el fallo que resuelve una cuestión o litigio... la ejecución de la sentencia civil debe ser solicitada por la parte a quien interese, mientras que se procede de oficio cuando a penas atañe. En materia civil, el juez o tribunal competente para conocer de un pleito lo es también para la ejecución de sentencia.”¹²⁹

Son varios los requisitos que debe reunir la sentencia para ejecutarse:

¹²⁸ William López Arévalo, El Juicio Ordinario Posterior al Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2009, 12.

¹²⁹ Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, 21 ava Edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1989, 386.

- Hallarse ejecutoriada, firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, de conformidad con lo establecido en el Art.296 C.P.C. ;
- Si en la sentencia se hubiese establecido un plazo para su cumplimiento, éste debe hallarse vencido, por ejemplo cuando ordena que se pague el precio del bien raíz vendido, o se suscriba la escritura pública de compraventa del bien ofrecido en la promesa correspondiente. Si la parte requerida no cumple con lo ordenado por el Juez, éste procederá a ejecutar, obteniendo el precio a pagarse, en los bienes del deudor o suscribiendo la escritura pública respectiva;
- Que exista petición de parte interesada, en consideración a que en lo procesal, nos rige el principio dispositivo.

Se mencionarán muy rápidamente los pasos puntuales en el procedimiento de ejecución en las obligaciones de dar a fin de compararlos con los que se deben seguir en el de las obligaciones de hacer:

1. Liquidación de capital, intereses y costas;
2. Mandamiento de ejecución, que consiste en requerir al deudor el pago respectivo;
3. Mandamiento de embargo, esto es afectar, un bien del deudor para pagar el crédito en ejecución;
4. El avalúo pericial que es la determinación del valor comercial de la cosa;
5. El remate, esto es, la venta de los bienes al mejor postor;
6. Adjudicación de los bienes rematados;
7. Tradición material de los bienes rematados;
8. Pago al acreedor.

Conforme se analizó con anterioridad, la obligación de hacer es aquella por el cual el deudor se compromete a realizar un hecho material como construir un mueble o jurídico como firmar una escritura pública.

Si en una obligación de hacer, el deudor se constituye en mora (Jurisprudencia)¹³⁰, el acreedor puede solicitar, a su elección, cualquiera de estas dos cosas (Art. 1569 C.C.):

¹³⁰ 2-VI-1980 (G.J. S. XIII, No. 9, p. 1896): "PRIMERO.- Lo que se demanda es el cumplimiento de la obligación contractual, esto es, la celebración del contrato de compra-venta del lote de terreno ... Es en definitiva, el otorgamiento de la escritura de compra-venta, en cumplimiento de la promesa, más el pago de la multa estipulada por la mora ... No se trata de la devolución del dinero anticipado por el dicho concepto. SEGUNDO.- Previamente, el accionante debió constituir en mora al promitente vendedor -requerirlo- y luego demandar el otorgamiento del

- Que se le autorice hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor. El Art. 440 C.P.C., en su segundo inciso, determina: "Si el hecho consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará la jueza o el juez en representación del que deba realizarlo. Se dejará constancia en acta, suscrita por la jueza o el juez, el beneficiario y el secretario, en el respectivo juicio." (Jurisprudencia)¹³¹;
- Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. (Jurisprudencia)¹³²

El mandamiento de ejecución en las obligaciones de hacer, y específicamente aquella contenida en la de promesa de compraventa de un bien raíz, se diferencia de la correspondiente a las obligaciones de dar, en cuanto no se liquida capital, intereses ni costas. Evidentemente suponemos que el ejecutante, que puede ser

instrumento como lo prevé la última parte del Art. 476 (440) del Código de Procedimiento Civil, para el caso de que éste no lo hubiese efectuado, lo haga el juez en su representación. Como no se han cumplido los presupuestos previos, la demanda es improcedente ..."

¹³¹ 1-III-1977 (G.J. S. XII No. 15, p. 3385) "SEXTO: De admitirse la tesis sostenida en el fallo de segunda instancia, estaría expidiéndose una sentencia imposible de ejecutarse; pues, en tratándose de una obligación de hacer y concretamente la de otorgar y suscribir un instrumento, la forma de ejecutarla se halla prevista en el inciso 2o. del Art. 476 (440) del Código de Procedimiento Civil, debiendo ser el Juez en representación del demandado quien intervenga en dicho otorgamiento, y, en el presente caso, por falta del requisito indispensable como es la autorización municipal previa, no sería posible ejecutar la condena, y el permiso del municipio no podría ser concedido si antes la propietaria del edificio de propiedad horizontal no realiza las dos obras que faltan de acuerdo a la ley y reglamento pertinentes, o en su defecto, lo hace un tercero de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 1596 (1569) numeral 1o. del Código Civil, si fuere el caso. Por todo lo expuesto ... aceptándose el recurso de tercera instancia interpuesto por la demandada y su excepción perentoria de improcedencia de la acción, se revoca la sentencia venida en grado y se declara sin lugar la demanda en la forma como se halla propuesta ..."

¹³² 26-VIII-1974 (G.J. S. XII, No. 6, p. 1296)

"6a) La otra reclamación es la de indemnización de daños y perjuicios, que también impugna el demandado, fundándose en el hecho de que el demandante no ha pagado lo convenido, en la forma y en los plazos previstos en el contrato. Este segundo requerimiento del demandante ha dado margen a la confusión que induce al demandado a alegar la indebida ?acumulación de acciones? al considerar que el actor está planteando las dos exigencias que contempla el mencionado Art. 1596 (1569) del Código Civil, en que se apoya la demanda. Sin embargo, el demandante solicita se tome ?en cuenta el daño emergente y el lucro cesante?, poniendo en evidencia la acumulación de dos acciones, reclamación inadmisibles la segunda. En consecuencia, aceptada la facultad del actor para elegir su reclamación es obvio considerar que la primeramente enunciada por él debe ser decidida y consecuentemente no procede examinar la segunda, como tampoco es del caso entrar a juzgar lo que subsidiariamente demanda. 7a) La ?indemnización de la mora?, que acompaña a cualquiera de las peticiones determinadas en el referido Art. 1596 (1569) del Código Civil, no aparece solicitada en esta demanda y por lo mismo no puede ser considerada en este fallo, no obstante la tardía explicación que hace el demandante en su exposición presentada en esta instancia, en el parágrafo 6); de su misma aclaración se desprende que la demanda de daños y perjuicios, con daño emergente y lucro cesante, no se puede confundir con la petición adicional y simple de la indemnización de la mora".

cualquiera de los promitentes contratantes, ha cumplido con sus obligaciones y solamente falta que el demandado pague o suscriba la escritura pública definitiva de compraventa.

El Juez debe ordenar al vencido que suscriba la escritura correspondiente, bajo apercibimiento de que si no lo hace, lo hará él, como Autoridad, a su nombre. Si el ejecutado aún así, no cumple lo ordenado por el Juez, señalará día y hora para que concurra la otra parte a una Notaría y firmen conjuntamente el documento respectivo.

Básicamente deben cumplirse 5 requisitos para que el Juez suscriba la escritura a nombre del vencido:

- Que la sentencia esté ejecutoriada;
- Que exista mandamiento de ejecución;
- Que no se haya cumplido el mandamiento de ejecución;
- Que lo haya pedido expresamente el ejecutante;
- La manifestación del Juez para intervenir en la suscripción del documento.

Normalmente, el Juez es quien suscribe la escritura, y no el ejecutado vencido. De esta diligencia se deja constancia en un acta que detallará las circunstancias en las que se procedió a realizarla. Una vez inscrita la escritura en el Registro de la Propiedad, el interesado deberá remitir una copia certificada de la misma al Juzgado, con lo cual se dará por terminado el proceso.

Posteriormente, el perjudicado con el incumplimiento puede solicitar lo establecido en el Art. 1569 C.C., esto es, las indemnizaciones a las que se crea con derecho. El Juez debe fijar el monto respectivo, el cual se entregará al acreedor ejecutante.

En el evento de que no se cumpla con lo ordenado, se inicia otro procedimiento para el cobro, empezando con el embargo de bienes, a partir del cual, se sigue el mismo camino que para la ejecución de las obligaciones de dar: avalúo pericial de los bienes embargados; el remate, adjudicación de los bienes rematados; tradición material de los bienes rematados; pago de la indemnización al acreedor.

3.1.11. El juicio ordinario posterior

En el juicio ejecutivo no se declara un derecho, sino únicamente se pretende dar cumplimiento a una obligación contenida en un título ejecutivo. El Juez no analiza la causa de la obligación, sino únicamente que el título cumpla los requisitos para ser ejecutivo, salvo que la falta de causa sea evidente, ilegítima o se halle prohibida por la ley. Presume que el título es legítimo; en este caso, que la escritura de promesa de compraventa del bien raíz ha sido otorgada con todas las formalidades de ley.

Considerando que el ejecutado no tiene las mismas posibilidades que el actor, de excepcionarse, al momento de contestar la demanda ejecutiva, una vez finalizado este proceso y ejecutoriada la sentencia, tiene la posibilidad de iniciar un juicio ordinario, con el fin de rectificar errores cometidos en el proceso ejecutivo. Inclusive desde el Derecho Romano ya se establecía la posibilidad de revisar lo sentenciado en juicio ejecutivo, mediante un proceso ordinario posterior.

Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no son definitivas. La cosa juzgada, en todo caso, no se ve afectada; y a pesar de que no procede la acción de nulidad ni el recurso de casación en estos procesos, sí cabe discutirlos en el proceso ordinario posterior, cuya sentencia sí es definitiva pues no caben recursos contra ella y no puede modificarse con otro juicio.

El juicio ordinario lo puede plantear cualquiera de los promitentes contratantes a los que no se les ha dado la razón, ante el mismo Juez que conoció del proceso ejecutivo, pero la única limitante es que no se pueden plantear o discutir nuevamente las excepciones que se conocieron en el juicio ejecutivo.

Según el Art. 448 C.P.C., la acción para proponer la acción ordinaria, prescribe en 30 días. William López Arévalo¹³³ resume las condiciones para que opere dicha prescripción:

- a. Si el ejecutado no paga las condenas, puede proponer el juicio ordinario desde que se ejecutorió la sentencia dictada en el proceso ejecutivo hasta antes de la ejecución de la misma;

¹³³ William López Arévalo, El Juicio Ordinario Posterior al Juicio Ejecutivo, 95.

- b. Si el ejecutado paga las condenas impuestas, puede plantear la acción ordinaria dentro de 30 días desde que se verificó el pago;
- c. El ejecutado puede plantear la acción ordinaria desde que se ejecutorió la sentencia del juicio ejecutivo hasta después de diez años, según lo dispuesto en el Art. 2415 del C.C.

Para el caso de un juicio ejecutivo basado en la escritura de promesa de compraventa de un bien raíz, si el demandado fuese el promitente comprador, podría por ejemplo, reclamar en el juicio ordinario, la devolución del dinero que el Juez le ordenó pagar por el bien que prometió adquirir; y en el caso del promitente vendedor podría reclamar la devolución del bien raíz que se le obligó a entregar a la otra parte, ofertando, a su vez, reintegrar el precio percibido por él, siempre que dichos puntos relacionados a estos aspectos, no hayan sido tratados en el juicio ejecutivo previo, por el principio de la cosa juzgada.

De todas maneras, las causas de nulidad que no se discutieron en el juicio ejecutivo, pueden ser planteadas en el juicio ordinario.

López expresa: “Considero que en el proceso ordinario, la materia de la controversia, a más de las excepciones no discutidas en el juicio ejecutivo, debe centrarse esencialmente en la causa de la obligación.”¹³⁴

Se debe tomar en cuenta que si en el juicio ordinario, finalmente se resuelve que en el juicio ejecutivo no hubo razón del ejecutante para promoverlo, éste deberá devolver todo lo percibido, así como las costas que el ejecutado hubiese pagado. Igualmente, si el ejecutante tuvo resolución en contra, en el juicio ejecutivo, y obtiene sentencia favorable en la acción ordinaria, podrá solicitar el pago de la obligación.

Concluyendo, en el juicio ordinario posterior podría solicitarse en la demanda lo siguiente:

1. Nulidad de lo actuado en el juicio ejecutivo, de conformidad con las causales del Art. 299 C.P.C. Si fuese una promesa de compraventa de un bien raíz, el título, se

¹³⁴ William López Arévalo, El Juicio Ordinario Posterior al Juicio Ejecutivo, 97.

podría alegar que el documento no cumplió con las formalidades de ley para ser ejecutivo.

2. El ejecutado puede solicitar que el ejecutante la devuelva los valores que obtuvo como consecuencia del juicio ejecutivo;
3. La reparación de daños. El ejecutado puede iniciar la acción ordinaria sin necesidad de pagar lo que se le haya ordenado en sentencia, pues no es requisito previo, como en otras legislaciones sí se exige (Uruguay y Argentina); pero esto implica también que mientras tanto, continúe el proceso de ejecución, hecho que puede ser muy complicado, si al final del juicio ordinario, el ejecutado obtiene la nulidad de lo actuado.

Hay que anotar además, que una vez finalizado el juicio ordinario, si es que se nulita lo actuado en el proceso ejecutivo, el juez deberá proceder a ordenar la reparación del daño causado.

El Art. 448 C.P.C. establece que el acreedor debe rendir fianza, antes de que se le pague, si es que el deudor expresa al Juez que seguirá la acción ordinaria, y en la posibilidad de que éste último obtenga un fallo favorable a sus intereses. El acreedor puede solicitar que en vez de fianza, se deposite el dinero.

La sentencia en el juicio ordinario posterior al ejecutivo produce las siguientes consecuencias: deja inválida la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, se debe restituir al ejecutado lo que el actor hubiese recibido indebidamente y se debe proceder a la reparación de daños y perjuicios, siguiendo el procedimiento del Art. 488 C.P.C., esto es, de la misma forma que en la sentencia dictada en el juicio ejecutivo.

Luego de lo analizado, vemos que el procedimiento para ejecutar la promesa de compraventa y hacer respetar los derechos de las partes, implica una muy larga y desgastante intervención para las partes y sus Abogados, ya que la misma Ley permite amplias dilatorias procesales.

3.2. REALIDAD, NECESIDAD Y ADECUACIÓN DE LA NORMA SUSTANTIVA Y ADJETIVA, AL TRÁFICO INMOBILIARIO.

Según lo expuesto hasta el presente momento, en función de la realidad fáctica y normativa vigente en la República del Ecuador, es por demás claro que se hace indispensable estudiar, proponer, analizar, discutir, y adoptar medidas preventivas y procedimientos de ejecución más adecuados a las necesidades prácticas de todos quienes, de alguna manera, están vinculados al proceso de compraventa de un bien raíz, de tal forma que el derecho de propiedad, los principios que rigen el proceso, y los anhelos de justicia que llenan a nuestra joven Constitución, vayan de la mano con lo que sucede en la realidad.

Es así que, la Superintendencia de Compañías, como ente controlador de las sociedades constituidas al amparo de la Ley de Compañías, y sin que haya sido una actividad que le corresponda propiamente, se hizo eco de los frecuentes problemas y denuncias relacionados con la venta de inmuebles en forma irregular, por parte de sociedades que si bien cumplían con los requisitos para su funcionamiento legal ante el Estado, aprovecharon de ciertas falencias de nuestra normativa, para realizar contratos sin las debidas formalidades legales y, en varios casos, que son públicos y notorios, perjudicar a miles de personas y familias, cuya necesidad les obligó a suscribir documentos inválidos de promesa de venta y creer en las promesas y ofertas que los representantes de dichas empresas efectuaron, especialmente para la adquisición de una vivienda a costos irrisorios y en condiciones sospechosamente cómodas.

3.2.1. Las resoluciones sc.dsc.g.13.014, sc.dsc.g.14.002 y scv.dsc.g.14.012 emitidas por las Superintendencia de Compañías.

Conforme lo dicho, la Superintendencia de Compañías, expide el “Reglamento de funcionamiento de las Compañías que realizan actividad inmobiliaria”, con fecha 4 de Diciembre del 2013, publicada en el Registro Oficial No.146 de 18 de Diciembre del 2013, el mismo que para su expedición considera principalmente:

- El derecho a un hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica; (Art. 30 Const.)

- El derecho a la propiedad en todas sus formas, (Art.66 Const.)
- Que las Superintendencias deben controlar las actividades y servicios de entidades públicas y privadas, a fin de que se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general, especialmente de aquellas que están bajo su supervisión, según el Art. 431 de la Ley de Compañías;
- Que la Superintendencia de Compañías podrá intervenir a una compañía **sujeta a su control y vigilancia en caso de que ésta hubiera realizado alguna invitación para obtener dinero de terceros en base a planes, sorteos, promesas u ofertas generales de venta, entrega o construcción de bienes muebles o inmuebles y no hubiere constituido garantías suficientes para respaldar el dinero recibido, y tal situación implicare riesgos para terceros;**
- Que es necesario reglamentar las actividades que realizan las compañías dedicadas a la construcción de viviendas y otras edificaciones y promoción inmobiliaria, cuando para el desarrollo y la ejecución de estos proyectos reciban dinero de clientes anticipadamente a la entrega de inmuebles;
- Igualmente establecía como considerando, lo establecido en el Art. 446 de la Ley de Compañías, esto es, que si de los informes del Departamento de Inspección y Análisis aparecieran hechos presuntamente punibles, se pondrían en conocimiento del Ministro Fiscal, para efectuar la investigación correspondiente. Sin embargo este considerando, desgraciadamente se eliminó en la Resolución SCV.DSC.G.14.012, lo cual implica que si hay sospecha, el ente controlador no envía el expediente para su investigación y juzgamiento penal;
- En dos considerandos adicionales se mencionaba lo relativo a los negocios fiduciarios pues, inicialmente se previó la constitución de un fideicomiso para los proyectos inmobiliarios.

3.2.2. La Resolución inicial, SC.DSC.G.13.014 publicada en el R.O. No. 146 de 18 de diciembre del 2013

Aquí se establecieron reglas puntuales, que de forma acertada, limitaron, regularon y respondieron a las necesidades y realidades que se vivían en el medio inmobiliario y lo que se evidencia de su lectura, es la pretensión de asegurar al promitente comprador y su dinero, destinado a la adquisición de un bien raíz a una compañía inmobiliaria.

Lo más destacable de este Reglamento inicial consiste en la obligatoriedad de su cumplimiento por parte de las compañías cuyo objeto social contemple la actividad inmobiliaria en cualquiera de sus fases: promoción, construcción, comercialización u otras, y que para ello reciban dinero de los interesados en forma anticipada a la entrega de las edificaciones.

Previo a la ejecución de un proyecto inmobiliario se estableció que las compañías deben:

1. Ser propietarias del terreno donde se desarrolle el proyecto, o titular de derechos fiduciarios en el fideicomiso que sea propietario del terreno;
2. Obtener las autorizaciones y permisos respectivos para la construcción;
3. Contar con el presupuesto económico para cada proyecto, debidamente sustentado, con plazos, nivel del punto de equilibrio, de rentabilidad, y estudios sobre la factibilidad técnica, financiera y económica del proyecto inmobiliario. Estos recursos pueden provenir de inversión propia, créditos y de lo que se recaude del valor estipulado en las promesas de compraventas suscritas;
4. Construir dentro de los plazos establecidos en la promesa de compraventa;
5. Suscribir las escrituras públicas de promesa de compraventa, siempre que se hayan obtenido los permisos de construcción respectivos.

Si bien nuestra legislación civil establece que la promesa de compraventa de un bien raíz, debe elevarse a escritura pública, no especifica puntualmente el contenido de la misma, quedando a la voluntad de las partes la determinación de las cláusulas que regirán la negociación correspondiente.

Por ello, a continuación en este Reglamento, y en un sano intento de proteger los derechos del promitente comprador, antes que de limitar el derecho a la libre contratación, se puntualizan los parámetros mínimos del contenido de la promesa de compraventa de un bien inmueble:

- Ubicación, identificación y características del inmueble,
- El precio pactado,
- Las condiciones de pago;
- El plazo para la entrega del bien, una vez que se haya obtenido el certificado de habitabilidad;
- El plazo para la suscripción de la escritura pública de compraventa definitiva.

Si bien parece obvio que este conjunto de cláusulas deben constar en el contrato, en muchos de los casos en que han resultado perjudicados los promitentes compradores, una o varias de ellas han faltado.

Como se analizará posteriormente, esta Resolución fue reformada, eliminando algunos de los numerales anotados, que sin embargo de ser importantes, la Autoridad los eliminó, desprotegiendo al promitente comprador, y menoscabando el espíritu de la reglamentación inicial.

Adicionalmente, este Reglamento dispuso un estricto control a las compañías que realicen actividad inmobiliaria, a través de requerimientos de información realizados por la Superintendencia de Compañías o entes públicos cuya competencia involucre al tema inmobiliario. Estas solicitudes, pueden realizarse en cualquier momento, para constatar el cumplimiento de la normativa y ordenanzas vigentes.

En esta reglamentación, originalmente se dispuso que si una compañía quisiera percibir dineros provenientes de una promesa de compraventa, debía constituir un encargo fiduciario, con el fin de que una administradora de fondos y fideicomisos administre esos recursos y, si no se llegaba al punto de equilibrio suficiente para desarrollar el proyecto, dichos recursos los devolvería directamente la administradora al promitente comprador, eliminando la probabilidad de que se susciten abusos en cuanto al monto y tiempo de devolución de lo pagado. Esta disposición tenía lógica en cuanto que la gran mayoría de los problemas suscitados con los incumplimientos, se ha debido al mal manejo de los dineros entregados al promitente vendedor constructor.

Se recalca en varias ocasiones, el hecho de que el terreno en el que se vaya a construir el proyecto inmobiliario, sea de propiedad de la compañía, así como respecto a la obtención de autorizaciones y permisos de construcción y uso de suelo.

A pesar de que la ley es clara en cuanto a que la promesa de compraventa de un bien raíz debe otorgarse por escritura pública, y que se asume que la ley debe ser conocida por todos, es curioso el hecho de que se haga referencia expresa a la prohibición de suscribir promesas de compraventa por instrumento privado y de

prometer en venta a otras personas, un bien inmueble sobre el cual se haya suscrito ya una promesa de venta anterior.

Se hace referencia, además, a la observancia por parte de los contratantes, de las normas contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, entendiéndose que se busca potenciar métodos y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Con las facultades de control de la Superintendencia de Compañías, ésta deja abierta la posibilidad de inspeccionar el cumplimiento de estas disposiciones por parte de la compañías sujetas a su control, y en caso de que existiesen observaciones a este respecto, se le da un término de cinco días, (que en las reformas posteriores e amplía a 30), para que presente los descargos. En caso de no hacerlo, puede solicitarse, conforme lo establecido en el Art. 354 de la L.C., su intervención, y si aún así, no se lograra desvirtuar y corregir las observaciones realizadas, la compañía podría ser declarada disuelta.

Como se puede apreciar, el Reglamento originalmente fue duro y gravoso para las compañías, pero protector de los derechos del promitente comprador, pero como veremos, algunas disposiciones se flexibilizaron.

3.2.3. La Resolución reformativa, SC.DSC.G.14.002 de 4 de Febrero del 2014

Este conjunto de reformas, analizado en su conjunto, flexibilizaron algunas de las exigencias que constaban en la Resolución anterior, a favor de las Compañías Promitentes Vendedoras, constructoras y promotoras de proyectos inmobiliarios.

Es así, que se determinó que la entrega de los dineros administrados por una administradora de fondos o fideicomisos se realizará alcanzado el punto de equilibrio no solamente del proyecto, sino solamente de UNA ETAPA; adicionalmente dicho punto de equilibrio puede ser verificado por la Junta General de Accionistas o Socios o el Directorio de la Compañía. A la Junta también se le dio la facultad de aprobar el presupuesto económico de cada proyecto. En estos dos casos, se convierte a la Compañía en juez y parte, desnaturalizando el espíritu de control y preventivo de la Resolución inicial.

Otro de los cambios consistió en permitir que se oferten proyectos inmobiliarios en terrenos que no sean de propiedad de las compañías, siempre que los dueños se obliguen para con los promitentes compradores, suscribiendo la escritura de promesa de compraventa correspondiente.

A pesar de ser obvio, se agregó un numeral que determinaba la obligación del representante legal de la compañía, de suscribir las escrituras públicas definitivas de compraventa, de los inmuebles prometidos en venta.

De forma sorpresiva, se eliminaron algunas obligaciones que debía cumplir la Compañía vendedora:

- La obligación expresa del Vendedor, de obtener los permisos, aprobaciones y certificado de habitabilidad de los organismos competentes en uso de suelo y construcciones; quizá como una forma de que las Compañías dueñas de los bienes raíces no se sientan presionadas y puedan actuar con mayor libertad, sin embargo de que lo eliminado es un conjunto de obligaciones que constan ya en la Ley, y que no dependen de su mención en esta resolución;
- Increíblemente, se estableció la posibilidad de que la Compañía Vendedora pudiese percibir hasta un dos por ciento del precio total de la unidad habitacional, PREVIO A LA SUSCRIPCION de la escritura pública de promesa de compraventa;

De la prohibición inicial de destinar el dinero percibido por la suscripción de las promesas de compraventa, a otros proyectos inmobiliarios de la Compañía, se aclaró que sí podría destinarse a la ejecución de obras comunes de un mismo proyecto inmobiliario. Esto no era necesario mencionarlo, pues tácitamente se podía interpretar lo dicho aquí, en la resolución inicial, pero lo que, en definitiva se dejó en claro con esta reforma, es la intención de tranquilizar a las Compañías que inicialmente protestaron por la emisión de la primera Resolución , argumentando las dificultades de implementación de los fideicomisos, el tiempo y los costos que esto implicaría, y que únicamente se traspasarían a los promitentes compradores, encareciendo de esta manera, los costos de construcción.

Finalmente, se amplió de 5 a 30 días el término para que las Compañías presentasen los descargos, por cualquier observación realizada por la Superintendencia de Compañías, al aplicar esta normativa.

3.2.4. La Resolución reformativa, SCV.DSC.G.14.012 publicada en el R.O. No. 296, de 24 de Julio del 2014

Esta Resolución, básicamente es un compendio y codificación de las dos resoluciones anteriores y que, de novedoso contiene lo siguiente:

- La obligación de la Compañía de contar con un presupuesto DETALLADO de cada proyecto;
- Se insiste, de forma peligrosa, en la posibilidad de la compañía, de recibir dinero previo a la suscripción de la promesa de compraventa, pero se aclara, que será contra la firma de un soporte documental. Aquí vale la pena, reflexionar: si la ley establece claramente, que el único documento válido para formalizar la promesa de venta de un bien raíz, es una escritura pública; con lo dicho en la Resolución, forzosamente, se está reconociendo de forma tácita, la necesidad de que un documento privado sea válido en la negociación de estos bienes, por la dinámica con la que se realizan estos negocios. De alguna manera también se reconoce que la suscripción de la escritura pública adolece de dificultades prácticas como figura jurídica única para este tipo de negociaciones.
- Los términos o plazos para cumplir con las disposiciones de la Superintendencia de Compañías y Valores, ya no son específicos, sino que se deja a criterio del órgano de control el establecerlos. Sin embargo, se contradice, pues en el Art. 6 se habla de 30 días de término para cumplir con las observaciones que emita el inspector de la Superintendencia de Compañías, sin especificar el tipo de irregularidades que se someten a este término.
- Contradictoriamente a lo analizado, en los literales c y d del Art. 3 de esta Resolución se dice que la Compañía debe abstenerse de recibir cuotas o anticipos en especie o dinero sin contar con las autorizaciones previstas en los Arts. 470 (fraccionamiento o subdivisión) y 477 (Derogado por la Disposición Derogatoria Décimo Primera del Código Orgánico Integral Penal, R.O. 180-S, 10-II-2014) del COOTAD.; y abstenerse de suscribir contratos de promesa de compraventa por instrumento privado. Solamente el hecho de mencionar que es suficiente la entrega de un documento cualquiera por el anticipo de hasta el 2%

del valor total del bien, como anticipo, ataca la normativa civil vigente hasta el momento, aunque es evidente que la necesidad práctica ha obligado a intentar dar el paso siguiente: reconocer al instrumento privado de promesa de compraventa de un bien raíz, como válido.

- Se flexibiliza aún más el destino que se puede dar a los dineros percibidos de los promitentes compradores, para un proyecto determinado, permitiendo que puedan ser utilizados en otra etapa del mismo proyecto, si existiese un excedente recibido o por recibir. En este punto, es difícil que el ente de control supervise constantemente y al detalle, las inversiones de la compañía, déficits o excedentes, ya que sería un trabajo de hormiga. La intención que se percibe, es que queda abierta la posibilidad de que la compañía dueña del proyecto inmobiliario tenga un respiro y libertad discrecional en el uso de los dineros, y no tenga inutilizados esos valores existentes en sus cuentas.

Algo interesante y necesario que se incluye en esta última Resolución, es lo establecido en su Art. 7, esto es, la notificación a la municipalidad del Cantón correspondiente, del hecho de que una Compañía haya percibido cuotas o anticipos en especie o en dinero de los promitentes compradores, sin contar con las autorizaciones de construcción respectivas. Se esboza en estas líneas un principio de colaboración interinstitucional, prevención y sanción administrativa en contra de las Compañías transgresoras. Todo esto, con el fin de proteger los intereses y el patrimonio de los promitentes compradores.

Se podría ampliar la notificación de estas irregularidades, al Registrador de la Propiedad del Cantón respectivo, más aún cuando en la actualidad son entes que administrativamente dependen de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales. Los Registros de la Propiedad, son organismos que conservan todo el historial de dominio de los bienes inmuebles, y al obtener el mismo a través del certificado de gravámenes, se pondría en alerta a los nuevos interesados en adquirir un bien inmueble determinado, en el proyecto de la Compañía en problemas, y así el inmueble no podría ser vendido fácilmente a otro comprador. Esto se puede traducir en una sanción grave para el promotor, ya que existiría la posibilidad de dejar de percibir recursos económicos, ante lo cual estarían anticipados en no cometer estas transgresiones.

Preveiendo las lagunas existentes en esta reglamentación, y la generalidad de ellas, se determinó en el Art. 9, que el Superintendente de Compañías y Valores podrá interpretar los casos de duda que surgieren de la aplicación de la misma. Y, en verdad que los hay y los habrán más a futuro.

3.2.5. La normativa general: civil y procesal

Las continuas y más frecuentes transformaciones que están ocurriendo desde el siglo XIX, en todas las áreas del conocimiento, y en particular, en el jurídico, permiten avizorar diversas perspectivas en función las necesidades de quienes están sujetos al cumplimiento de las leyes vigentes.

Las reformas en la legislación ecuatoriana no han respondido en forma inmediata a la realidad del día a día, al punto, que en algunas áreas, los cuerpos normativos contenían o contienen disposiciones anacrónicas que no tienen relación con lo que ocurre en la realidad.

En el caso de las resoluciones de la Superintendencia de Compañías, estudiadas anteriormente, se advierte la necesidad de parte de la autoridad, de asegurar primeramente, la formalización correcta del instrumento jurídico promesa de compraventa de bienes raíces, y las condiciones contenidas en éste, por parte de las compañías inmobiliarias y en defensa de los promitentes compradores. Sin embargo, posteriormente en las reformas a dichas resoluciones, flexibiliza las exigencias que contractualmente, deberían cumplir las compañías, ante la posibilidad de una eventual crisis de éstas, y al tener que esperar más tiempo para la obtención de permisos, autorizaciones, constitución de encargos fiduciarios y, especialmente, la recaudación y obtención de recursos económicos para la construcción de un determinado proyecto inmobiliario.

Es como haber dado un paso grande en la regularización de estos contratos y ventas, pero después dejar la posibilidad abierta para que se incumpla nuevamente lo estipulado.

Gustavo Calvino habla del fenómeno de excesiva juridificación, esto es una gran influencia normativa en la vida de las personas, y en proporciones antes impensadas, a tal punto que ante el incumplimiento reiterado de los derechos , han

convertido al Poder Judicial, en la alternativa final para una persona común y corriente.¹³⁵

Carnelutti, señalaba que en el proceso, el tiempo vale más que el oro, es justicia y que la lentitud, la turgurización, la incapacidad y a veces la corrupción de los operadores jurídicos impide su correcto desarrollo, y con esto se vulnera la posibilidad de acceder al mismo y que se resuelva el conflicto, acorde con la realidad.¹³⁶

Las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Compañías, en materia de negocios inmobiliarios, que a pesar de no ser el órgano que puede insertar modificaciones más sólidas, debatidas, reales y consensuadas en esta materia, (pues esta labor le corresponde a la Asamblea Nacional), únicamente contrarían las actuaciones erráticas y de mala fe, en algunos casos, de quienes se dedican a la actividad inmobiliaria.

En el actualmente debatido, Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, en el Libro IV, Título II, referido a los Procesos de Ejecución, dentro del Capítulo I Proceso Ejecutivo, se establece el procedimiento para este tipo de procesos. La reforma más importante en cuanto al tiempo de duración del proceso, está en el Art. 376, y consiste en el establecimiento de la Audiencia Unica, que procederá únicamente si hay oposición fundamentada del deudor y dentro de los veinte días posteriores al vencimiento de la fecha para presentar la oposición o contestar la reconvencción. Esta Audiencia tiene dos fases: la primera de fijación de puntos de debate y conciliación; y la segunda es de pruebas y alegatos. Finalizadas estas etapas, el Juez dictará su veredicto y posteriormente notificará la sentencia, de la cual únicamente cabrá la apelación con efecto suspensivo. En caso de que el deudor quisiera suspender la ejecución debe rendir garantía suficiente, consignando o caucionando el valor total de la obligación.

Ahora bien, la sentencia emitida en el proceso ejecutivo, debe ser ejecutada. El proceso ejecutivo tal como se plantea en el nuevo Código, comparado en duración

¹³⁵ Gustavo Calvino, La Procedimentalización Posmoderna, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, 136.

¹³⁶ Raúl B. Canelo Rabanal, " Falencia y exceso de celeridad en el proceso: discriminación procesal, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A. Cárdenas Guzmán y Carlos Sodi Serret, Coordinadores del Volumen, Editorial Porrúa, México, 191.

de tiempo, con la fase de ejecución, es relativamente rápido. En el Art. 451, inciso sexto del Proyecto mencionado, se determina que si la obligación es de hacer, específicamente suscribir un instrumento público, lo hará el Juez, por aquel que debió suscribirlo y no lo hizo. En este caso, la ejecución no debería significar un tiempo exagerado para su cumplimiento.

Mas, el litigio sobre una promesa de compraventa no siempre suele referirse a la suscripción de la escritura pública únicamente, sino también a otras situaciones como pago del precio, saneamiento del bien raíz (obtención de permisos, autorizaciones, levantamiento de embargos, hipotecas o prohibiciones de enajenar), entrega en un tiempo determinado, realización de obras de infraestructura que dejen al bien en un estado de ser entregado en buenas condiciones, etc. En estos casos, el tiempo de resolución del proceso, se alargará, como sucede en la actualidad, pues las etapas de ejecución se conservan en el nuevo Código: liquidación de la deuda, avalúo de bienes del ejecutado, embargo de los bienes, remate y adjudicación.

Este Proyecto trae también como novedad al Proceso Monitorio, el cual se aplicaría para el cobro de deudas de dinero que sean líquidas, exigibles y de plazo vencido, pero únicamente si su valor llega hasta las 50 remuneraciones básicas unificadas. Al valor actual de dicha remuneración, significaría solo montos de hasta 17.000 USD, y bien sabido es que un bien raíz en los actuales momentos cuesta mucho más que este valor. Consecuentemente, este rápido procedimiento no sería aplicable al momento de demandar la ejecución a la promesa de venta respectiva.

El proceso Monitorio propuesto, es sumarísimo, ya que una vez presentada la demanda y aceptada por el Juez, el deudor tiene 15 días para pagar, y si no se opone, el auto interlocutorio emitido quedará firme y con efecto de cosa juzgada y se iniciará la ejecución, empezando con el embargo de los bienes del deudor. En caso de que el deudor se oponga dentro del término de 15 días, acompañando la prueba que esté en su poder o anunciándola, se seguirá el proceso sumario, el mismo que se diferencia del monitorio, en cuanto la Audiencia Unica, en el sumario, se realizará en el término de 45 días a partir de la contestación a la demanda y esta resolución es apelable.

Algo que vale la pena destacar del proceso Monitorio, para el tema de este trabajo, es que en el numeral 1 del Art. 361 del Proyecto, se establece que la demanda para el cobro de la deuda, puede ser planteada con un documento, cualquiera sea su forma, firmado por el deudor o con su sello, impronta o marca, o señal física o electrónica del mismo, sin señalar ninguna otra formalidad, como por ejemplo la de que esté elevada a escritura pública. En el numeral 2 se habla de instrumentos como un telegrama, telefax, documentos electrónicos; en definitiva, de documentos privados, algo que se hace en el Código de Procedimiento Civil actual, pero flexibilizando y recalando las formalidades de las cuales podrían estar investidos o las circunstancias en las que fueron emitidos, de tal manera que la prueba del crédito sea menos complicada para el acreedor.

En el Código Civil se deben realizar reformas, especialmente en cuanto a la validez de los documentos privados de promesa de compraventa de un bien raíz, a fin de que no solamente éstos sirvan, como sucede en la actualidad, como simples recibos de dinero, que únicamente obligan al Vendedor, luego de varios meses o años de juicio, a devolver al Promitente Comprador, el valor recibido como precio o su anticipo, más los intereses de ley. Los múltiples casos vividos en nuestro país deberían obligar a una evolución para adecuar lo que consta en la Ley con la práctica cotidiana. (Jurisprudencia)¹³⁷

Igualmente, y con mucho sentido común y practicidad, la Resolución de la Superintendencia ha señalado ciertos elementos que deberían constar en la promesa de compraventa, complementando lo establecido en el Art. 1597 C.C., y que resumidamente son: Ubicación, identificación y características del inmueble, el precio pactado, las condiciones de pago, el plazo para la entrega del bien, una vez que se haya obtenido el certificado de habitabilidad, y el plazo para la suscripción de la escritura pública de compraventa definitiva. Si bien la legislación civil habla

¹³⁷ **16-V-2001 (Resolución No. 188-2001, Primera Sala, R.O. 362, 5-VII-2001)**“...En definitiva ambas normas establecen la solemnidad de escritura pública para la validez de una promesa de venta, cuando el contrato que se promete requiera de tal solemnidad para su validez, como se exige para la compraventa de bienes raíces, que es el caso que se analiza en esta causa. Por esta razón en la sentencia se concluye que al no haberse celebrado la promesa de venta en escritura pública, no se produjo para las partes obligación alguna, conclusión que el recurrente rechaza en su escrito, pues considera que sí surgió para el vendedor una obligación natural. En realidad, el documento en el cual el recurrente sustenta su punto de vista (...) es un documento privado firmado por uno de los actores, según el cual éste vende al demandado un bien inmueble, una oficina situada en el edificio A., en la ciudad de Guayaquil. No se trata, por cierto, de una promesa...”

claramente de la libertad de contratación, también debe proteger los intereses de los contratantes, cuando una de las partes no procede de buena fe, elemento sustancial de este acuerdo de voluntades, y en este tipo de contrato en particular, se vuelve necesario legislar, justamente en defensa de los intereses y recursos económicos de los promitentes contratantes. Esta es la forma en que se podría disminuir la cantidad de estafas que se producen y controlar de mejor manera este tipo de negociaciones.

Si consideramos a la Promesa de Compraventa de un bien raíz, como una auténtica garantía, podemos compararla con un título ejecutivo como la letra de cambio o el pagaré, sobre los cuales se ha legislado extensamente en el Código de Comercio y escrito miles de páginas. Mas, sobre dicha promesa poco es lo dicho o legislado, sin embargo de constituirse en la única garantía en transacciones comerciales que involucran inversiones de decenas o centenas de miles de dólares, a diario.

La puntualización de los parámetros básicos que debe contener este instrumento, de acuerdo a la realidad comercial que se vive actualmente, es necesaria en las normas sustantivas, no para caer en el excesivo formalismo jurídico, sino para dar seguridad y practicidad al contrato que se suscriba.

La evolución continua del derecho sobre los bienes, especialmente a partir de la teoría patrimonialista de Brinz y la tesis teleológica en la obra de Hartmann, permite conceptualizar de una forma más realista una relación obligatoria, que considere los diversos elementos que la integran. La obligación es una situación más compleja, que se halla compuesta por una serie de elementos que provoca diferentes consecuencias jurídicas, entre deberes, derechos y otras situaciones. Esta relación jurídica de compraventa es un proceso o estructura, que deberá extinguirse completamente, una vez satisfechos los intereses de ambas partes contratantes. Este es uno de los parámetros generales de los cuales nacerán las reformas a la legislación civil.¹³⁸

La concepción del concepto contrato ha mutado constantemente, de acuerdo a las costumbres y formas de pensar. El derecho se ha ido acomodando a las circunstancias sociales, aunque no a la velocidad requerida.

¹³⁸ Mariano Alonso Pérez, *El Riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, 33.

El contrato de promesa de compraventa de un bien raíz, es un documento que prevé el futuro, utilizando la voluntad de las partes, y que depende fundamentalmente del entorno y circunstancias particulares, en base a las cuales se elaboró.

Lo ideal sería que las partes utilicen al contrato sin intentar aprovecharse de sus ventajas particulares, siendo justas, a fin de evitar las discusiones sobre blindaje y seguridades para el cumplimiento del mismo.

Las reformas al derecho sustantivo deben apuntar fundamentalmente a que el acuerdo de voluntades debe ser obligatorio siempre que garantice utilidad social y justicia contractual. Así, el contrato debe ser una "... unión de intereses equilibrados, un instrumento de coordinación legal, la obra de la mutua confianza, y se sitúa en la égida de un juez que deberá saber ser, cuando corresponda, juez de equidad.... En la actualidad, más que un problema de crisis lo que afrontamos es uno de ajuste y de límites, es la adecuación a las normas de orden público, la moral, las buenas costumbres y a las nuevas realidades. ”¹³⁹

Generalmente el más débil de la relación jurídica es el Promitente Comprador, por lo cual, cualquier reforma debe apuntar a proteger sus intereses. El contrato debe tener un fin ético y social, mas no solamente constituirse en un instrumento de realización de intereses económicos para las partes.

Para Garrido Cordobera, el derecho del siglo XXI, debe ser un derecho armónico, consensuado e interrelacionado, dinámico y con una vocación a la globalización, que ya está presente en los negocios internacionales. Mencionando el Proyecto Lando (Principios de Derecho Europeo), éste aborda, en resumen, una serie de reglas generales (deberes, interpretación), la formalización de los contratos (oferta, aceptación, condiciones no negociadas, ruptura, etc.), representación, validez e invalidez, interpretación, contenido, y efectos, cumplimiento, incumplimiento, acciones frente al incumplimiento, pluralidad de partes, cesión de créditos, compensación y prescripción.¹⁴⁰

¹³⁹ Lidia Garrido Cordobera, Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV, Volumen I, 101, 102.

¹⁴⁰ Lidia Garrido Cordobera, Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado, Tomo IV, Volumen I, 104.

El Código Civil y el de Procedimiento Civil, deben contener normas que vayan de la mano y sean coherentes entre sí. Las ya mencionadas Resoluciones de la Superintendencia de Compañías han establecido parámetros reales para modificar algunas disposiciones del Código Civil referentes a la promesa de compraventa de un bien raíz. Ha detallado el contenido del contrato, las cláusulas más importantes que deben estar presentes, tomando en consideración la realidad de las negociaciones de bienes raíces.

El literal c) del Art. 2 de la Resolución SCV.DSC.G.14.012, tiene un gran parecido con lo establecido en el Art. 1570 C.C., en cuanto los dos hablan de los requisitos mínimos del contrato de promesa. La única diferencia es que la Resolución trata de responder a las necesidades reales de los involucrados en este tipo de contratos, con el fin de reconocer de mejor manera los Derechos Constitucionales de los contratantes, y proteger sus intereses económicos, así como ejercitar la facultad de control de la Superintendencia sobre las compañías.

El ampliar las regulaciones civiles y los condicionamientos para que un contrato determinado de promesa sea válido, no implica, como se podría pensar, una demora o alargamiento de los tiempos de ejecución de este tipo de contratos, sino que debe verse como una intención preventiva, ante el posible cometimiento de irregularidades y perjuicios en contra de los contratantes, especialmente los promitentes compradores.

Augusto Morello, al hablar de la realidad en la que se desenvuelve el proceso civil, y refiriéndose puntualmente a las partes involucradas en el mismo, expresa que "... esos sujetos –ricos, pobres, cultos o no tanto, respetuosos del derecho y de los usos sociales o francamente divorciados de ellos- llevan motivaciones diversificadas, ritmos y pasos vitales individuales y de conjunto que están lejos de ser homogéneos."¹⁴¹ Continúa, y dando importancia a la seguridad jurídica, la cual evita desorden y sorpresas en el sistema judicial, da a entender, con razón, que es partidario de que el Derecho en general y las técnicas procesales, en particular, evolucionen a la par con los cambios sociales, pero de una forma equilibrada, esto

¹⁴¹ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, 109..

es, ni de forma desbocada, ni cayendo en una parálisis o inmovilismo. Tanto el Código Civil como el Procesal, no pueden, ni deben ser únicamente favorables al acreedor.

La buena fe con la que se supone, deben elaborarse y ejecutarse los contratos, en la actualidad debe ser reforzada con expresiones más concretas respecto a los términos de la negociación. Hoy en día, por la variedad de modalidades de negociación y garantías para la ejecución de un contrato, no se puede hablar con certeza que un Juez pueda, como dice el Art 1576 C.C., interpretar la intención de las partes, antes que lo literal de las palabras. Esto, es dejar un campo demasiado amplio para que el Juez imagine, con su muy humano criterio, lo que pudo haber sido o no, la intención de las partes.

3.3. REQUISITOS PREVIOS QUE PODRÍA REUNIR LA ACCIÓN. EL INCUMPLIMIENTO Y EL POSTERIOR REQUERIMIENTO. ESTRUCTURA DEL NUEVO PROCESO. SU RELACIÓN CON OTROS PROCESOS ESPECIALES. SENTENCIA Y EJECUCIÓN.

3.3.1. Requisitos previos de la acción. El incumplimiento.

Augusto Morello habla de organizar y armonizar los procesos ejecutivos, que originalmente nacieron para hacer valer los derechos de los comerciantes y tutelar efectivamente el crédito, aunque deja ver que las garantías legales para el acreedor son excesivas, en comparación a las otorgadas al deudor. Aún así, continúa el autor, evalúa al proceso de conocimiento como costoso, demorado, lento y complicante, haciendo que la recuperación de los perjuicios ocasionados, por la vía ejecutiva, no sea beneficiosa para el perjudicado. Ante ello, propone una acción simultánea de ejecución-conocimiento, caucionando la ejecución. Las nuevas normas deben tener cualidades de estabilidad y proyección hacia el futuro, y siempre con una comunicación permanente entre la norma y la sociedad.¹⁴²

¹⁴² Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, 427, 428, 429.

Para iniciar un procedimiento ejecutivo relacionado con una promesa de compraventa, se cumplirían los siguientes requisitos, previo al inicio de la etapa judicial:

1. El documento privado de promesa de compraventa de un bien raíz, acorde a las necesidades prácticas actuales, crearía obligaciones entre las partes y se constituiría en título ejecutivo, sin necesidad de que se cumpla la solemnidad de elevarla a escritura pública, lo que implica reformar principalmente los Arts. 1570, y 1740 del Código Civil, pues deberá establecerse que los documentos de promesa de venta privados de bienes raíces, sean tan válidos como los otorgados por escritura pública, cuando se demande el cumplimiento de los mismos a través de un proceso de ejecución específico. Se debe considerar la reforma, tomando en cuenta las resoluciones de la Superintendencia de Compañías, sobre las promesas de venta, analizadas anteriormente.

El numeral 1 del Art. 1554 del Código Civil Chileno establece: la promesa produce obligación solamente por el hecho de constar por escrito, en todo caso en el Art. 1801 del mismo cuerpo legal, se mantiene el hecho de que la venta de bienes raíces, se reputará perfecta solamente cuando se otorgue por escritura pública.

Igualmente en el Código Civil Argentino, se establece en el Art. 1026 que los documentos privados reconocidos judicialmente, tienen el mismo valor que un instrumento público. Se nota que en el Art. 1028 de ese cuerpo normativo está determinado que el reconocimiento de la firma en el instrumento, también implica el reconocimiento del cuerpo del mismo.

En las legislaciones Alemana y Austríaca, un proceso ejecutivo se inicia sin necesidad de apoyo documental, ni determinación de cuantías máximas para iniciar estos procesos, e inclusive, en ciertos casos, sin la firma o representación de un Abogado. Este es el procedimiento monitorio puro.

2. No sería necesario efectuar un requerimiento judicial para hacer caer en mora al incumplido, antes del inicio de la acción principal, ya que se lo realizaría dentro de dicha acción, con la sola citación de la demanda, esto, como un paso

importante en el respeto a los principios de economía, y celeridad procesal. No existiría duplicación de procedimientos y el alargamiento de los mismos.

El requerimiento, si bien nuestra normativa lo determina como necesario, puede compararse con un incidente dentro de un proceso normal, pues lo retarda, no es funcional y lo complica. Es de aquellas etapas, que si bien no pueden eliminarse, cabe que sean minimizadas procesalmente y hacerlas parte de otras más importantes o complementarias, más no individuales, como sucede actualmente;

3. La inscripción obligatoria de la promesa de venta del bien raíz, en el Registro de la Propiedad del Cantón correspondiente, sin necesidad de que se constituya en un gravamen o prohibición, sino como sucede en la actualidad, una advertencia de la situación jurídica en la que se encuentra el bien ofrecido en venta, a quien pretenda realizar alguna transacción con la propiedad respectiva. Al obtener la certificación de gravámenes, cualquier interesado en su adquisición, tomaría las prevenciones necesarias al enterarse que está prometido en venta a otra persona.

3.3.2. Estructura del nuevo proceso

Como se ha señalado con anterioridad, el procedimiento ejecutivo principal no es el que demora, sino la ejecución del mismo.

De conformidad con lo establecido en el Proyecto del Código Orgánico General de Procesos, a partir del Art, 361, se habla del denominado Proceso Monitorio, para el cobro de deudas, pero con las siguientes limitaciones: que sean líquidas, exigibles y de plazo vencido; que no superen las 50 remuneraciones básicas unificadas y que no consten de título ejecutivo. En caso de no oponerse el demandado, el auto interlocutorio quedará firme y tendrá el efecto de cosa juzgada, y se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes; posteriormente se procede al avalúo de los bienes embargados y su venta en pública subasta; para finalmente proceder el pago de los acreedores con el producto del remate.

Este proceso, en cuanto ágil y resumido, podría aplicarse para el caso de la ejecución de promesas de compraventa incumplidas.

En el nuevo proceso, se procedería con las siguientes fases:

1. Demanda y requerimiento. Prohibición de enajenar.
2. Mandato de cumplimiento de la obligación,
3. Notificación a los deudores;
4. Oposición del demandado;
5. Ausencia de oposición (aquí no hay apelación y termina el proceso monitorio con la adquisición de un título ejecutivo)
6. Audiencia Única y sentencia
7. Apelación
8. Ejecución: en cuanto en el incumplimiento de la promesa, se deben pagar indemnizaciones por daños y perjuicios.

DEMANDA, REQUERIMIENTO Y MANDATO DE PAGO: la proposición de la demanda por incumplimiento de la promesa de compraventa, en la que se plantee también el requerimiento al demandado a responder por las obligaciones pendientes, especialmente cuando se trate de empresas inmobiliarias o constructoras en calidad de Promitentes Vendedoras, aceleraría el proceso y, por la gravedad del acto jurídico y sus consecuencias, el demandado - incumplido debería reaccionar inmediatamente. Hay que notar que, si previamente se inscribió la promesa de compraventa (otorgada por instrumento público o privado) en el Registro de la Propiedad, se oficiaría a este ente, a fin de que sienta razón de la prohibición de venta del inmueble materia del litigio. La citación se haría en la misma forma en la que se hace en los procedimientos para la fijación de alimentos: por una sola boleta entregada por intermedio de un agente de la fuerza pública, quien sentará razón de la diligencia; por un Notario o en último caso, a través de la oficina de citaciones, aunque esta última posibilidad debería descartarse, pues de lo que se trata es de aliviar carga de trabajo a la función judicial. Con la calificación de la demanda, se adjunta el oficio respectivo dirigido al Registrador de la Propiedad. Todo este proceso no debería tomar más allá de 7 días, pues no se trata de un grupo de procedimientos de mucho análisis.

3.3.3. El mandato de cumplimiento de la obligación

En la calificación de la demanda, igual que hoy en día se estila, se ordenaría al demandado que pague o proponga excepciones en 3 días. Si no se propusiesen excepciones, fácilmente el Juez, prevalido de las facultades de las que dispone, dictaría sentencia, disponiendo el pago del precio, la suscripción de la escritura y finalmente liquidando y ordenando el pago de los daños y perjuicios causados por el incumplido. Si el incumplimiento proviniese del promitente comprador se ordenaría de oficio, sin necesidad de petición expresa del perjudicado, el embargo de cuentas que tenga en el sistema financiero, o el de bienes inmuebles, hasta por el monto que cubra la obligación y un aproximado de los daños y perjuicios a pagarse.

Para los casos en que se haya ofrecido vender un inmueble, previo a la obtención de permisos o autorizaciones de subdivisión, habitabilidad, declaratoria de propiedad horizontal, hay que recordar que la promesa previamente, deberá haber sido inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo cual, la verificación y cumplimiento de estos requisitos debería asumirse que fue hecha previamente y no ser materia de discusión profunda en este juicio.

OPOSICIÓN DEL DEUDOR: si el obligado pretendiere interponer excepciones, éste las presentará igualmente dentro de hasta 7 días de haber sido citado con la demanda,

AUDIENCIA ÚNICA Y APELACIÓN: posteriormente a la recepción de las excepciones, el Juez señalará día y hora para la realización de una Audiencia Única, en la que se resolverán primeramente las cuestiones previas, se presentarán las pruebas, y finalmente se dictará la resolución respectiva en la misma Audiencia, de la cual solamente cabría el recurso de apelación con efecto devolutivo y no suspensivo. En esta fase, el Juez debe hacer uso de todo su poder, conocimiento y experiencia, pues en tratándose de temas civiles que comprometen a bienes inmuebles, los intereses económicos en juego son grandes, así como los perjuicios que la parte vencida pueda sufrir.

MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN: esta fase no se detiene, ya que se ha establecido que la apelación únicamente será con efecto devolutivo, así que el Juez o Jueza

procederá a suscribir inmediatamente la escritura pública, a ordenar el pago de daños y perjuicios, mismos que se habrán liquidado conjuntamente con el capital, los intereses, y costas previamente, inclusive el Juez o Jueza estaría facultado a ordenar a cualquier institución pública, de la cual dependa el otorgamiento de un permiso o autorización, siempre dentro de la normativa, a que se pronuncie al respecto, en un término prudencial, que no rebasaría de los 15 días. Luego, de ello con plenas facultades, si la institución pública (normalmente GADM) no otorgase el instrumento requerido, se procedería inmediatamente a realizar la venta del inmueble, conforme a los parámetros y condicionamientos establecidos en el instrumento promesa de compraventa, inclusive con la posibilidad de sancionar económicamente, al particular o funcionario o autoridad público o que no remitió el informe.

EJECUCIÓN: si bien se han sugerido ya las modificaciones al proceso principal, y como queda manifestado en repetidas ocasiones, la fase de ejecución de la sentencia es a veces más larga, especialmente cuando el acreedor debe sortear todos los pasos contemplados en la Ley, hasta llegar a la adjudicación de bienes rematados, en el caso de la promesa de venta de bienes inmuebles, los bienes ejecutados podrían responder a una obligación de pago por indemnización de daños y perjuicios, inclusive en el caso de la firma de la escritura por parte del Juez, pues el perfeccionamiento del contrato de compraventa no implica el cobro automático o inmediato de la penalidad económica que se haya establecido en la promesa.

Procesalmente, el cobro de rubros económicos a las partes se haría disponiendo su pago en un término de 15 días, conjuntamente con los daños y perjuicios liquidados en forma sumaria por un perito, bajo apercibimiento de que inmediatamente se iniciará el juicio por insolvencia y, si fuere del caso, la remisión del expediente a la Fiscalía para la investigación de la insolvencia que podría ser calificada como fraudulenta, de conformidad con lo establecido en el actual Art. 205 del COIP.

El embargo y avalúo de bienes se realizará en un término no mayor a 15 días, anticipando ya en providencia, la venta en pública subasta y el día y la hora en que se efectuaría, diligencia que se cumpliría máximo dentro de un término de 30 días posteriores a la presentación de los informes periciales respectivos, evidentemente que una vez cumplidos en este mismo término, los trámites previos de publicación

del remate y la recepción de las ofertas. Estos términos, que aparentemente son apretados, tienen el único fin de dar cumplimiento fiel a los principios de celeridad, economía procesal y una real tutela judicial a los derechos de los perjudicados.

Utilizando los avances tecnológicos actuales, y considerando que se eliminarán los casilleros judiciales físicos, para efectuar las notificaciones vía electrónica, se establecería un espacio de acceso público en la WEB del Consejo de la Judicatura, para la publicación de los extractos de remates de bienes. Dicha publicación sería automática, al momento en que el auxiliar judicial a cargo del proceso elabore el mismo, en la misma forma que sucede actualmente con las actas de las Audiencias que son publicadas en el sistema una vez que se han llevado a cabo ante la autoridad y las partes han suscrito el Acta de constancia respectiva, de tal manera que se ahorrarían tiempo y recursos importantes en su redacción y publicación. Este tiempo ahorrado, habrá de utilizarse en otras diligencias para el estudio y despacho e otros procesos.

Igualmente las ofertas y las adjudicaciones al mejor postor se recibirían vía electrónica, realizando el depósito o transferencia electrónica de los valores dineros en una cuenta del Juzgado a cargo. Los oferentes llenarían en la misma página web, un formulario con todos sus datos, señalando una dirección de correo electrónico en la que recibirían los resultados del remate, principalmente, el auto de adjudicación a favor del mejor postor, cumpliendo lo establecido en los Arts. 463, 464 y 465 del actual C.P.C.

Posteriormente, el adjudicatario deberá completar el precio en los mismos 10 días conforme se señala actualmente, y si no lo hiciese, se le cobrará por apremio real o se notificará al siguiente postor para que pague la cantidad ofrecida, y así sucesivamente.

En general, los incidentes en esta segunda fase de ejecución de la sentencia deben evitarse a toda costa. El Juzgador, con las facultades que le concede la Ley, y en conocimiento de que su poder es exclusivo y determinante en la solución final del proceso, aceptará aquellos que fueren pertinentes y que si fuesen ignorados, afecten a una de las partes.

Es importante, por ello, que el Juez o Jueza tengan una preparación acorde a las nuevas exigencias de este procedimiento, ya que muchas de las actuaciones dependerán de su sabio y justo criterio. Esto se ha desarrollado con suficiencia anteriormente.

Ya lo dijo Morello: “ Los poderes del juez se refuerzan en la gestión probatoria a fin de acceder a la verdad jurídica objetiva, en el prudente impulso de oficio, en el juego más permeable de la preclusión, en la valorización de la prueba con sujeción a las reglas de la sana crítica y de la experiencia, todo lo cual en nada reduce la plena libertad postulatoria, ni el derecho constitucional a probar, de impugnación y, sobremanera y permanentemente, del control de las partes (en buen romance, de sus abogados). Tan señor del juicio es el juez, como las partes mismas (sus abogados) en un equilibrio dinámico, de inteligente colaboración como ya lo demostró Grasso en 1966”¹⁴³

El Art. 451 del Proyecto del Código General de Procesos contiene un procedimiento similar al vigente en el C.P.C., para la ejecución de las obligaciones de hacer, de tal manera que una reforma es necesaria, independientemente de que aquel sea aprobado, como parece que sucederá próximamente.

3.4. EI PROCESO Y SU RELACIÓN CON OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Al momento de suscribir cualquier tipo de contrato, las expectativas de los suscriptores del mismo, se dirigen a cumplir con sus obligaciones y que la otra parte haga lo mismo, de tal manera que concluya, perfeccionándose en los términos acordados.

En todo caso, se prevé que en el evento de surgir divergencias o litigios, éstos puedan solucionarse con la aplicación de los procedimientos establecidos en la Ley. Estas estipulaciones constan en la, generalmente denominada, cláusula de Jurisdicción y Competencia o Mediación y Arbitraje.

¹⁴³ Augusto M. Morello, El Proceso Civil Moderno, 296.

La Constitución de la República del año 2008, dio un paso adelante en este aspecto, al reconocer en su Art. 190, al Arbitraje y a la Mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos, en un intento por dar a las partes, opciones más ágiles y prácticas para este objeto. Hay que considerar que el tiempo en el proceso significa justicia, y su lentitud, a veces incapacidad y corrupción impiden su recto desarrollo, afectando de esta forma, las posibilidades de obtener una sentencia real para los litigantes.

El Arbitraje y Mediación tienen su Ley, promulgada en el RO No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

A raíz de su expedición, y hasta la presente fecha, proliferaron los Centros de Mediación y Arbitraje, cada uno de ellos, en muchos casos, especializado o dedicado al tratamiento de una o varias materias transigibles conexas como: temas de familia y alimentos, comerciales, inmobiliarios, societarios, de contratación pública, técnicos, de protección a sectores vulnerables de la población, etc.

Con el fin de hacer atractiva la utilización de estos métodos y de los Centros dedicados a aplicarlos, han sido creados con el respaldo de prestigiosas instituciones privadas y públicas. Además, su plantilla de mediadores, se ha nutrido con respetables figuras en el ámbito del derecho, de vastos conocimientos y experiencias en distintas especialidades, (Arts. 52 y 53 LAM). En algunos de estos Centros, se han expedido Reglamentos propios de funcionamiento (Art.53 LAM), que determinan el cobro de valores determinados, según la cuantía que se demande en el reclamo, para prestar el servicio de Mediación y Arbitraje solicitado.

Esta Ley ha sido uno de los intentos más destacables para disminuir la carga procesal del sistema judicial, pues con su utilización, solamente una parte de los conflictos ingresarían para ser resueltos por la justicia ordinaria. Uno de los inconvenientes prácticos, es que se utiliza y aplica únicamente a voluntad de las partes, no es obligatoria la participación del invitado.

La Ley de Arbitraje y Mediación busca cultivar una cultura de paz, pero lógicamente que esto nace de la intencionalidad de las partes de no prolongar el litigio más de lo

debido y de querer solucionarlo prontamente, con la aplicación de la normativa existente.

En el Perú, con el fin de agilizar los procesos, se expidió el Decreto Legislativo No.1070, que instituyó la obligatoriedad de acudir a la conciliación antes de iniciar el proceso judicial. El Art. 6 de éste establece: “Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el Artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”.

En ocasiones, se ha dicho que en Latinoamérica estamos acostumbrados a litigar, a diferencia de los Estados Unidos de América. Pero la explicación a esto es que en este último país se prefiere conciliar antes que iniciar el proceso judicial, ya que éste es muy costoso pues los Abogados deben ocupar casi todo su tiempo en la defensa de un solo caso. En cambio, entre los sistemas procesales latinos, por regla general los costos judiciales y el acceso a la justicia son gratuitos y los profesionales del derecho difícilmente podrían subsistir en base a la defensa de un solo caso.

Si bien la Mediación y el Arbitraje, en el Ecuador tuvieron un auspicioso comienzo, no ha bastado para aliviar el trabajo de los operadores de justicia.

En el caso del Arbitraje, son muy pocos casos los que se someten a la decisión de los árbitros. Se hace necesario un cambio de actitud mental para lograr un descongestionamiento de los Juzgados y Tribunales del Estado, así como para lograr un mutuo beneficio entre las partes en desacuerdo.

3.4.1. LA MEDIACIÓN

El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”

En este procedimiento, es decisiva la intervención del mediador, cuyo papel se puede definir de la siguiente manera: “El mediador no actúa como juez, pues no

impone decisiones, sino que ayuda a las partes a identificar los puntos de controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses, dando un resultado rápido y económico.”¹⁴⁴

Dentro de los contratos de promesa de compraventa de bienes raíces, quienes suscriben estos convenios, pueden determinar dentro de la cláusula respectiva, que en caso de conflicto, los promitentes vendedor y comprador resolverán sus diferencias y litigios en base a la mediación. En esta virtud, y según el literal a) del Art. 46 de la LAM, si en base a dicho contrato se inicia un juicio ejecutivo ante la justicia ordinaria, el Juez o Jueza competente no podrá conocer de dicho caso, salvo que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al proceso de mediación.

En este análisis de la mediación, y considerando que el objetivo del procedimiento es buscar un acuerdo con la ayuda de un tercero imparcial, cabe hacer una analogía con lo que estipula el Art. 1012 C.P.C., esto es, que en cualquier juicio contencioso, los jueces de primera o segunda instancia, previo a la apertura del término de prueba, convocarán obligatoriamente a una Junta de Conciliación, en la que procurarán “...POR TODOS LOS MEDIOS ACONSEJADOS PRUDENTEMENTE POR LA EQUIDAD, HACER QUE LOS CONTENDIENTES LLEGUEN A UN AVENIMIENTO”. Como se puede apreciar, el objetivo es prácticamente el mismo de la mediación. La única diferencia, es que en este caso, el Juez es el Mediador, proponente e impulsor de la posible solución entre las partes. Esta Junta está prevista también para el Juicio Ejecutivo.

La Junta de Conciliación se ha desnaturalizado en cuanto a su verdadero objeto, pues es común que en la práctica, y en el mejor de los casos, a ella concurren las partes y con el auxiliar del Juzgado de por medio, únicamente se deje constancia de la participación de las mismas, sus exposiciones verbales y de la imposibilidad de llegar a un acuerdo definitivo; cuando la verdadera naturaleza de esta diligencia es

¹⁴⁴ Vinicio Palacios Morillo, La Mediación, citado el 3 de Noviembre del 2014, disponible en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/arbitrajeymediacion/2014/08/19/la-mediacion>

la de concluir el proceso con la intermediación y participación directa del Juez o Jueza, quien, haciendo uso de todo su conocimiento y experiencia, debe insistir y procurar que las partes finalicen su litigio, UTILIZANDO TODOS LOS MEDIOS a su alcance y que estén dentro de la equidad. Canelo Rabanal dice al respecto: “Al respecto, como era de esperarse, esto ha fracasado, se utiliza la conciliación como un medio que únicamente se debe agotar a fin de acudir al Poder Judicial”¹⁴⁵

Existe además la AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN (Art. 833 C.P.C.), misma que se da en el juicio verbal sumario y es de carácter eminentemente oral. Esta oralidad se dio con el fin de agilizar este procedimiento, pero solamente se circunscribe a esta etapa, siendo el resto del proceso, eminentemente escrito.

Existen jueces que sí hacen conciencia del fin de esta diligencia y utilizan todas las facultades que la ley les proporciona, y como resultado, en muchos casos logran que las partes lleguen a un acuerdo, pero estos son la excepción, de tal manera que fuera de lo poderes de que disponen, es necesario precaver o prevenir en otras etapas previas, el inicio de los procesos legales ante la justicia ordinaria.

El literal c) del Art. 46 L.A.M. prevé la posibilidad de que el Juez Ordinario, de oficio, disponga la realización de una Audiencia de Mediación ante un Centro autorizado, pero esto, en muy raras ocasiones se da, ya que únicamente a pedido expreso de una de las partes, el Juez o Jueza direcciona el caso al Centro de Mediación de la Función Judicial para los fines correspondientes.

La Mediación, por este motivo, aún es un procedimiento relativamente joven en el Ecuador y quienes lo ponen en práctica, los Mediadores, tienen en sus manos, la gran posibilidad de convertirse en una de las grandes soluciones para descongestionar en parte, el atestado sistema judicial. Cómo? Capacitando e incluyendo desde un principio a los mejores profesionales en este campo, educando y direccionando a los usuarios del sistema judicial a que primeramente agoten las

¹⁴⁵ Raúl B. Canelo Rabanal, Falencia y exceso de celeridad en el proceso: discriminación procesal, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, 192,193.

opciones de negociación directa asistida, y destruyendo el paradigma de que si no es a través de un juicio no se puede solucionar adecuadamente un problema.

La obligatoriedad de mediar en cualquier proceso, y particularmente en aquellos surgidos de la ejecución de una promesa de compraventa, permitiría un ingente ahorro de recursos para los particulares y el Estado. Por ello, un ítem que pudo haberse incluido en las ya analizadas Resoluciones de la Superintendencia de Compañías a este respecto, es el que: debería ser obligatorio estipular en la promesa de compraventa de bienes raíces, la utilización de un procedimiento previo de Mediación, antes del inicio de la acción judicial propiamente dicha, pues como se sabe, la concurrencia a un proceso de Mediación es voluntaria, de tal manera que por más connotado que sea el Mediador, nada se obtiene si una de las partes no asiste a la Audiencia y la otra impulsa unilateralmente este procedimiento.

Por ello se establecería como obligatoria la concurrencia personal de las dos partes a la Junta o Audiencia respectiva, mas no solamente de sus Abogados Defensores, pues el verdadero conocimiento de la pretensión y el alcance que se le quiera dar, yace solamente en el Promitente Vendedor o el Promitente Comprador. Luego de la exposición oral de cada una de las partes, el Juez o Mediador de forma directa, usando todo su poder, debería direccionar a los litigantes para alcanzar un acuerdo; y que no suceda que esta actuación se realice en un ambiente de falta de compromiso en el cual las partes (si concurren) solamente se ratifican en sus posiciones divergentes.

Si eventualmente se llegase a un acuerdo, dentro de la Mediación, en la junta respectiva, los comparecientes suscriben un acta en la que constan todos los puntos del acuerdo, acta que, suscrita por el Mediador de un Centro calificado y de las partes, pasa a tener toda la fuerza legal de una SENTENCIA EJECUTORIADA Y COSA JUZGADA, de la cual no cabe recurso alguno.

Una de las ventajas más notorias de la Mediación, es la rapidez con la que las partes pueden alcanzar un acuerdo parcial o total, y evitarse mutuamente el desgaste de un juicio ante la justicia ordinaria.

Siendo la Mediación un proceso extrajudicial, al que se puede asistir de forma voluntaria, y todo lo que se trate en él es de carácter confidencial, al no alcanzar un acuerdo, las partes quedan plenamente libres para demandar el respeto a sus derechos, por la vía judicial, sin que se pueda mentar siquiera, alguna de las opciones de arreglo planteadas. Esto permite una gran libertad para que las partes realicen cualquier tipo de propuestas y psicológicamente no se sientan presionados por lo que hacen o dicen, ya que dentro de una acción judicial, en cambio, todo puede ser utilizado en contra de su autor.

Más aún, el proceso de Mediación es huérfano de las formalidades que revisten al proceso judicial, de tal manera que inclusive, las partes por sus propios derechos, pueden defenderse o acudir con cualquier tipo de asesor, sea o no Abogado.

Por tanto, existen dos tipos de Mediación, según se realicen con la participación del Juez o de un Mediador independiente o bajo la tutela de un Centro de Mediación autorizado: la Intraprocesal y la Extraprocesal.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 130.11, habla de la Mediación Intraprocesal, cuando al mencionar las atribuciones Constitucionales y legales de los jueces, establece como una de sus facultades, provocar la conciliación, inclusive disponiendo que el expediente pase a conocimiento de una oficina de Mediación Intraprocesal, en aquellos casos que permitan transacción. Precisamente, los derechos y obligaciones discutidos en la ejecución de una promesa de compraventa, por ser de carácter real, material, pueden negociarse con toda libertad, algo que no sucede con derechos como el de alimentos de un menor de edad o los laborales de los trabajadores o el derecho a la vida.

Rubén Morán Sarmiento sugiere 3 requisitos de fondo en la Mediación¹⁴⁶:

- 1) Las partes deben agotar los fundamentos de sus posiciones, tanto en los hechos como en el derecho, esto es, por qué insisto o no en perfeccionar el contrato de compraventa del bien raíz?; por qué exijo el pago de la penalidad?, y las razones para ello;

¹⁴⁶ Rubén Elías Morán Sarmiento, Derecho Procesal Civil Práctico. Principios Fundamentales del Derecho Procesal, 238..

- 2) En el caso de que únicamente estuviese el apoderado o representante, tener la capacidad suficiente para disponer de cualquier forma de la cosa materia del juicio;
- 3) Hacer réplica y dúplica, acerca de la posición de la contraparte, para agotar las diferencias, y encontrar puntos comunes de entendimiento.

3.4.2. ARBITRAJE

En la Constitución de la República, la Ley de Arbitraje y Mediación y en el Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 17) se establece al Arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos.

De igual manera que la Mediación, el Arbitraje es un método de resolución de controversias cuyo propósito es impedir la intervención de la Justicia Ordinaria, la cual únicamente prestará ayuda a los árbitros en la ejecución del laudo.

El Arbitraje surge a partir de los cambios que se dan internacionalmente, a inicios del siglo XX, con la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y la Convención de Panamá de 1975.

Para someterse a este procedimiento, de mutuo acuerdo en los contratos, se inserta una cláusula, la misma que determina, que en caso de un conflicto, las partes someterán sus divergencias a un proceso arbitral administrado por uno de los Centros especializados y autorizados legalmente a operar en el Ecuador o fuera del País.

Puede también pactarse el arbitraje en un documento por separado, pero lo esencial es que sea cuidadosamente redactado, a fin de que sus efectos sean los más beneficiosos para las dos partes. Por lo general, y por ser la última de las cláusulas, es en la que menos atención y cuidado se pone, pues a esas alturas, ya se han estipulado todos los demás términos contractuales como en el caso de la promesa de compraventa de un bien raíz: comparecientes, antecedentes, objeto, precio, forma de pago, entrega, saneamiento, etc., Consecuentemente, es la cláusula que menos o de ninguna manera se negocia. El profesional encargado de su redacción, en muchas ocasiones no conoce a fondo de arbitraje y lo que hace, es tomar el texto

que encontró en otro contrato, el que le recomendó un amigo o lo que pudo rescatar de algún reglamento de arbitraje, modificándolo a las particularidades de la minuta de contrato que redactó.

Cabe aquí lo dicho por Carlos Loperena Cruz: “Las cláusulas no sólo contienen pactos que deben ser obligatorios a la luz del principio *pacta sunt servanda* sino que además no deben ser ociosas. Las cláusulas en un contrato se convienen para que tengan efectos no para que no los produzcan.”¹⁴⁷

La estipulación de cláusula arbitral excluye la participación de la justicia ordinaria, pero tiene que estar expresamente establecida. En cambio si no consta y tampoco se determina la jurisdicción y competencia ordinaria, las partes igual tendrán que someterse a ésta última.

Esta cláusula recibe varios nombres: cláusula arbitral, cláusula compromisoria, compromiso en árbitros, convenio de arbitraje, entre otros.

El Arbitraje, a diferencia de la Mediación, es litigio. La diferencia con la justicia ordinaria es que las partes pueden designar de mutuo acuerdo a los árbitros, y si no hay acuerdo, el Centro que tenga que administrar el proceso les asignará, de una lista de árbitros aprobados, los cuales cumplirán la función de jueces.

Emitida la sentencia o laudo arbitral por parte de los árbitros, no existe apelación, pudiendo únicamente ser ampliada o aclarada, si una de las partes lo solicita. Cabría únicamente la opción de emprender una acción de nulidad de un laudo arbitral, pero se deben cumplir ciertos requisitos específicos.

El arbitraje, al resolverse en una sola instancia, es rápido, expedito y transparente, por cuanto las partes pueden escoger libremente este procedimiento, el Centro en el que se desarrollará, así como los árbitros, de la lista que se les presente.

¹⁴⁷ Carlos Loperena Ruiz, *Coexistencia del acuerdo de arbitraje y la sumisión a tribunales judiciales en la misma relación jurídica*, en *Derecho procesal Civil y Mercantil*, Coordinadores de la obra; Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez, 575.

Según la Ley de Arbitraje y Mediación vigente (Art. 4) el único requisito que se debe cumplir para someterse este procedimiento es tener capacidad para transigir. Para las instituciones públicas existen requisitos adicionales.

El arbitraje pues resolverse en derecho o en equidad.

Si se resuelve en derecho, los árbitros deben atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deben necesariamente ser abogados. Debe hacer constar en la cláusula arbitral el deseo de las partes de que el arbitraje sea resuelto en derecho.

Cuando el arbitraje es en equidad, o arbitraje “ex aequo et bono” los árbitros deberán actuar conforme a su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica, caso en el cual, no necesariamente deberán ser abogados. Si en la cláusula arbitral, no se pacta nada al respecto, el arbitraje será en equidad.

En el caso de una promesa de compraventa de un bien raíz, por contener parámetros y condiciones de negociación, que en muchos casos, dependen de la actuación de terceros (Municipios, entidades financieras públicas o privadas, o situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, relacionadas con provisión de materiales de construcción, el estado del clima para finalizar una construcción, etc.), sería conveniente que se pacte un arbitraje en equidad, ya que la experiencia de los árbitros puede dar una solución más justa, al no someterse a la rigidez y formalidad de la ley.

Sin embargo, existe cierta resistencia a adoptarlo, pues implica aceptar algunos riesgos. El árbitro debe resolver lo “justo”, pero este término es relativo. Para Aristóteles, en su obra “La Gran Moral”, define de dos maneras: la primera, se llaman justas las cosas que la ley ordena, agrega que el hombre justo es aquel que ocupa el punto medio entre lo justo y lo injusto.

“Consistiendo la justicia en lo justo, en lo igual y en un cierto medio, lo justo sólo puede ser lo justo entre ciertos seres, lo igual no puede ser igual sino para ciertas cosas, y el medio sólo puede ser el medio también entre ciertas cosas. De aquí se deduce, que la justicia y lo justo son relativos a ciertos seres y a ciertas cosas.

Además, siendo lo justo lo igual, lo igual proporcional o la igualdad proporcional será también lo justo.”¹⁴⁸

En definitiva, lo justo implica tomar en consideración las opiniones e intereses de los otros, así como evitar por parte del juzgador, ser influenciado por sus propios intereses, prioridades personales o prejuicios. Lo Justo significa ser IMPARCIAL.

En todo caso, el árbitro es un ser humano, y por tanto, al juzgar en equidad, de alguna manera se verá influenciado por sus experiencias y cuestiones culturales y personales.

Aristóteles también hablaba de la epiqueya como la prudente adaptación de la ley general, para aplicarla al caso concreto. La equidad era para Aristóteles una forma de justicia. El Juez al resolver en equidad, debe respetar los principios de justicia que existen en el ordenamiento jurídico o que son parte de la práctica común.

Por las razones expuestas, los litigios sobre promesas de compraventa cabría, por celeridad y economía se adecúen al arbitraje en equidad. El árbitro en equidad dispone de un mayor campo de acción, de mayor flexibilidad para resolver. Pueden inclusive corregir la injusticia creada por la rigidez de la norma general y abstracta aplicada al caso concreto. Deben respetar los principios generales de la ley y los valores del orden legal. “...los árbitros en equidad deben seguir dos pasos: primero, deben comparar el resultado que se obtendría de la aplicación de la ley contra la premisa de que las partes intentan concluir sus acuerdos de una manera equilibrada, que el riesgo de negocios se comparte en términos de igualdad y que ambas partes actúan de buena fe; segundo, los árbitros deben buscar una solución comercial que cree o recree un ambiente pacífico y amistoso entre las partes.”¹⁴⁹

El amplio margen de discreción del árbitro para decidir en equidad no debe entenderse como una facultad caprichosa o arbitraria. Debe sujetarse siempre a la norma sustantiva y al orden público en el que interviene, a pesar de su propia

¹⁴⁸ Aristóteles, La Gran Moral, citado el 8 de Noviembre del 2014, disponible en <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc02045.htm>

¹⁴⁹ Gerardo Lozano Alarcón, Arbitraje y Equidad, en Derecho procesal Civil y Mercantil, Coordinadores de la obra; Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez, 583.

experiencia, formación, cultura y convicciones. El análisis y estructura de su decisión se apegará a los preceptos legales. En este sentido, la resolución de los árbitros que no son Abogados, debería ser muy parecida a la de aquellos que son Abogados, ya que los principios de justicia y equidad emanan de los principios éticos y sociales, que pertenecen a todos por igual.

Las facultades del árbitro podrían inclusive ignorar disposiciones contractuales establecidas por las partes, en el evento de que de su aplicación no se logre una solución equitativa. La promesa de compraventa de un bien raíz, tiene carácter mercantil. En ella, las partes establecen claramente, los términos y condiciones que consideran deben regirlos, pero si surge un conflicto, el árbitro debe revisar estas estipulaciones y tratar de dilucidar la verdadera intención de las partes y decidir con justicia.

Parecería un contrasentido que el árbitro fallase contra lo estipulado por las partes, pero si su función es buscar justicia y equidad, sería factible que proceda de esta forma. Como ejemplo podríamos citar el caso de una promesa, en la cual el promitente vendedor, promotor de un Conjunto Habitacional, ofrece entregar una casa construida en seis meses al promitente comprador, y se estipula que este plazo podrá prorrogarse por un evento de fuerza mayor o caso fortuito, pero sin especificar el mismo; adicionalmente se establece una penalidad que cubrirá daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Resulta que en ese período se produjo el cierre definitivo de las canteras de provisión de materiales de construcción y no fue posible terminar la casa pues los costos de traer los materiales de otro lugar serían prohibitivos para el constructor.

El Promitente Comprador, al sentirse perjudicado demanda el cumplimiento del contrato. En el caso citado, el fin contractual, es el pago del precio y la entrega del bien raíz. Independientemente del caso fortuito o fuerza mayor se ha producido un daño al Promitente Comprador, quien al no poder ocupar la casa prometida en venta, deja de aprovechar la posibilidad de disfrutarla y quizá tenga que incurrir en otros gastos, como pago de arriendo, gastos de traslado al lugar de su vivienda actual, traslado de su lugar de trabajo, suspensión de compra de muebles para su nueva vivienda, por lo cual tendrá que pagar más precio por esos bienes, por efectos de la inflación, etc.

La obligación del constructor está establecida y podría obtener dichos materiales en otro lugar, ya que esa es la previsión, que como concedor del medio y de las eventualidades posibles, debería haberlas anticipado. Sería absurdo que con el pretexto anotado, se deje de construir la casa de forma indefinida. El promitente comprador habrá pagado ya un precio, por lo cual el directo perjudicado es él y no sería justo ni adecuado que esperase un tiempo indeterminado sin que cobre la indemnización por los perjuicios causados. El árbitro, en este caso, se apartaría de la estipulación de las partes, para aplicar justicia en este sentido.

Es por ello, que las partes, deben pensar muy bien en los pros y los contras de pactar un arbitraje en equidad. El árbitro debe dejar en claro que, si la cláusula de arbitraje es lo suficientemente amplia para que no haya duda sobre su autoridad, puede incluir el apartarse de la ley y de los pactos de las partes, para alcanzar una resolución equitativa.

CONCLUSIONES

- 1) La buena fe en el proceso, independientemente de los principios mencionados, se traduce en una fusión de derecho, moral, ética y respeto entre las partes litigantes.
- 2) Al regir el principio dispositivo, en nuestro sistema procesal, se deja en manos de las partes la opción de entregar a su conveniencia, información incompleta y parcializada, al Juez, quien deberá juzgar con estos elementos, e induciéndolo al error. Estos inconvenientes en lo procesal se viven desde la época de la Colonia.
- 3) En toda acción judicial debe aplicarse el debido proceso, lo cual garantiza una correcta administración de justicia, respeto a los derechos humanos y cumplimiento de todos los principios y garantías del derecho constitucional y procesal.
- 4) La etapa de ejecución de una sentencia, que es aquella en la que se realiza la justicia, es lo más largo y tortuoso de un juicio. Al ejecutar una promesa de compraventa no solamente puede llegarse a sentenciar el cumplimiento de las obligaciones, sino que deberá ordenarse, de pedirlo así la parte, el pago de indemnizaciones de daños y perjuicios.
- 5) En el Proyecto del Código General de Procesos se hace hincapié en la oralidad, simplificación de las normas adjetivas, en garantía de la seguridad jurídica. Con esto se busca terminar con la multiplicidad de normas procesales y su dispersión.
- 6) Nuestra constitución vigente, es garantista, refleja tendencias neo constitucionalistas. Es defensora de los Derechos Humanos. Dispone el establecimiento de políticas administrativas que garanticen los principios constitucionales y se brinde un servicio de justicia acorde a las necesidades de los usuarios. Es necesario un cambio en la normativa que vaya de la mano con la transformación y necesidades sociales.
- 7) Si bien los principios limitan el poder del Juez, éste debe obligarse a buscar la verdad utilizando todas las facultades que le da la Ley.
- 8) El derecho de propiedad en nuestra legislación, se ha normado a través de la historia, según la realidad social, económica y política de cada época. Generalmente se ha estipulado en ella, la libre enajenación de los bienes raíces. Únicamente en la Constitución de 1929 se restringió esta libertad, en función de

las necesidades sociales. El término “propiedad” sobre las cosas ha sido concebido en forma diferente en cada época. En la Constitución del 2008 vigente, se habla de propiedad con responsabilidad social ambiental. A nivel de los países del Tercer Mundo, la legalización de los títulos de propiedad bordea el 50%.

- 9) La libertad de propiedad en cuanto a bienes inmuebles se asocia con la facultad de una persona de escoger un bien en el lugar, condiciones y precios, según sus necesidades. Los países con un origen normativo común en el Derecho Romano tienen una concepción similar en cuanto a propiedad, a diferencia del convenio Europeo de Derechos Humanos, en que se establece que el Estado regula la propiedad con amplios poderes, pero respetando los derechos de las personas. En definitiva, la regulación normativa no debe convertirse en confiscatoria.
- 10) La promesa de compraventa de bienes raíces consiste en la promesa de celebrar otro contrato a futuro, es el antecedente del contrato prometido y se la otorga cuando no es posible suscribir el contrato definitivo por algún impedimento. Es un contrato que implica prestaciones mutuas y equivalentes entre Promitente Vendedor y Promitente Comprador, sujeto a reglas específicas y que en la legislación ecuatoriana, debe otorgarse por escritura pública. En países como Chile y Francia el contrato de promesa de venta de bienes raíces puede valer, inclusive si consta en instrumento privado.
- 11) Queda claro que si la promesa de compraventa no consta elevada a escritura pública, quien demande con instrumento privado, no puede aspirar al pago de una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones contenidas en ésta.
- 12) En lo procesal, si una de las partes manifiesta su intención de cumplir con sus obligaciones contenidas en le promesa de venta del bien raíz, demostrará que no ha actuado de mala fe, pero esta actuación debe darse con hechos positivos.
- 13) Para demandar el cumplimiento, el demandante debe estar al día con sus obligaciones, pues en caso contrario se aplica el precepto: “la mora purga la mora”.
- 14) La cláusula penal contenida en la promesa de venta de bienes raíces, es una anticipación estimada de los perjuicios que pueda experimentar el acreedor por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Al momento de demandar, no se puede pedir acumulativamente el pago de la penalidad y la

indemnización de daños y perjuicios a menor que así se haya estipulado. Se puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato.

- 15) La buena fe debe aplicarse a todo tipo de obligaciones. En caso de falta de ésta, puede obligarse al incumplido a hacerlo y pagar las indemnizaciones respectivas.
- 16) Las medidas cautelares, en el procedimiento de ejecución, pretenden que el incumplido cumpla sus obligaciones, antes del inicio del proceso judicial pues de lo contrario se ejecutará la penalidad. A esta solución, es a la que Carnelutti llama “paz con justicia”
- 17) El trámite ejecutivo, y la ejecución de la sentencia dictada en este proceso, son largos, en particular el de ejecución de obligaciones derivadas de la promesa de compraventa.
- 18) Una forma de atacar una promesa de compraventa, es la falta de requisitos del Art. 29 de la Ley Notarial y del Art. 1740 C.C.
- 19) En el actual C.P.C. no existe mención a la diligencia de requerimiento, la cual sirve para hacer caer en mora a la otra parte, pero en el Proyecto del Código General de Procesos sí se hace una alusión rápida al mismo, sin embargo no se lo agiliza según la forma en la que está estructurado.
- 20) El arbitraje y la mediación, como métodos alternativos de solución de conflictos aún no significan un alivio para la atestada carga judicial.
- 21) La Junta de Conciliación y la Audiencia de Conciliación no son utilizadas por muchos jueces debidamente, ya que solo constituyen el simple cumplimiento de una formalidad para seguir avanzando con el proceso. El Juez, inclusive de oficio, podría derivar el proceso a un Centro de Mediación.
- 22) El Arbitraje es un litigio, pero se diferencia de la justicia ordinaria en cuanto las partes escogen a los árbitros, la alternativa de solución en equidad o justicia y el Centro de Mediación en el que desean que se lleve a cabo.

RECOMENDACIONES

A los Legisladores

- 1) En general, las normas y cuerpos legales, deberían evolucionar y transformarse al mismo ritmo en que lo hace la sociedad humana, y en particular, la norma adjetiva reflejar simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, economía procesal, oralidad y el principio dispositivo. Es tarea del Legislador efectuar estas consideraciones previas antes de la aprobación final de una Ley.
- 2) Considerando las características particulares, que vive en la actualidad la sociedad, en temas inmobiliarios, especialmente en lo relacionado a la ejecución de las obligaciones contenidas en un contrato de promesa de compraventa, se podría agilizar su resolución, especializando los procedimientos pertinentes, acorde a la necesidades reales de los usuarios del sistema judicial. Esto implica repensar y simplificar el excesivo formalismo procesal. El Legislador debe ser práctico y conocedor de las costumbres y necesidades nacionales para sugerir y aprobar un proceso que se ajuste al ciudadano común.
- 3) Para acelerar el proceso, el requerimiento debería darse dentro del juicio y no como diligencia aparte. Es importante dar más poderes a los jueces en cuanto podrían descubrir la verdadera intención de las partes en el contrato, y su sentido.
- 4) Sería conveniente limitar, como en otras legislaciones, las excepciones que las partes pueden interponer dentro del proceso ejecutivo, para dilatar el proceso. Una reforma en la Ley es necesaria i igualmente es tarea del Legislador.
- 5) No se deberían plantear ni aceptar recursos, una vez emitida la sentencia de primera instancia, sin una fundamentación sólida. Esto incluiría la supresión de la Acción de Protección, en particular contra las sentencias derivadas de estos juicios por promesa de compraventa de un bien raíz, así como limitar la posibilidad de iniciar un Juicio Ordinario posterior al ejecutivo, ya que en este trámite ordinario solamente se pueden discutir las excepciones no mencionadas en el Juicio Ejecutivo y tiene por objeto únicamente rectificar los errores cometidos en éste último.
- 6) Se hace necesario estudiar, proponer, analizar, discutir y adoptar medidas preventivas y procedimientos de ejecución más adecuados a las necesidades prácticas de la sociedad en cuanto a los contratos de promesa de compraventa, tal como ha sucedido con las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Compañías en los años 2013 y 2014 (Reglamento para el funcionamiento de las

compañías que realizan actividad inmobiliaria). Estas han sido solamente una guía inicial para posibles reformas futuras a la ley sustantiva y adjetiva, a pesar de que fueron flexibilizadas posteriormente, por el reclamo de las compañías inmobiliarias. En estas resoluciones se ha intentado regular y proteger los derechos del Promitente Comprador, y de alguna forma, reflejan la necesidad de reconocer al instrumento privado de promesa de compraventa de un bien raíz, como válido, por la dinámica de los negocios inmobiliarios y la evolución de los requerimientos sociales en este campo.

- 7) Se deberían establecer, en la Ley, parámetros básicos del contenido de la promesa de compraventa, independientemente del respeto a la libertad de contratación, con el fin de responder a la necesidad, realidad social, y en defensa de los intereses de las partes contratantes. La Superintendencia de Compañías ha dado el primer paso, y el Legislador debería tomar en cuenta este esfuerzo para realizar las reformas pertinentes.
- 8) El Código Civil y el Código de Procedimiento Civil deberían contener normas coherentes y complementarias que reflejen un fin ético y social de la promesa de compraventa. La evolución de estas normas debería ser equilibrada y a la par con las reformas sociales.
- 9) La Mediación y el Arbitraje deberían constituirse en procedimientos obligatorios en la ejecución de las promesas de compraventa de bienes raíces. La reforma a la Ley, en cuanto al proceso de ejecución por incumplimiento de la promesa de compraventa, debe dar otras alternativas a la opción de concluir toda la fase procesal.

Al Consejo de la Judicatura

- 10) La intervención del Juez, debería ser más activa en un proceso por incumplimiento de una promesa de compra venta, aplicando la facultad que le confiere el Art. 118 del C.P.C, esto es, solicitar de oficio, la práctica de pruebas para alcanzar convicción. Corrientes jurídicas modernas, le asignan a esta autoridad, un amplio margen de actuación para valorar un contrato. El Consejo de la Judicatura es la instancia encargada de instruir a los Jueces sobre este particular.
- 11) El Consejo de la Judicatura debe educar a los integrantes de la sociedad y a los profesionales del derecho, para que no propongan demandas sin argumento

firme, y que de forma temeraria y maliciosa, con respaldo de la ley, dilaten deliberadamente el proceso.

- 12) El sistema procesal debe tender siempre a ser un medio para la realización de la justicia, a través del principio del debido proceso cuya ejecución se enmarque dentro de los límites de la ley y la moral. Es un concepto que garantiza la aplicación normativa y el funcionamiento justo y equitativo de cada etapa procesal. Las partes deben tener iguales oportunidades para hacer valer sus derechos, observando los imperativos (principios) que guíen su proceder. El Consejo de la Judicatura ha dado pasos importantes en este sentido, a través del control y evaluación permanente de los Jueces y funcionarios judiciales, pero aún falta implementar otras opciones, considerando la carga procesal y la condición de ser humano de los funcionarios.
- 13) El Consejo de la Judicatura debe mantener una capacitación permanente del juzgador, así primarían la justicia, imparcialidad, celeridad, sana crítica, y su intervención especial y dinámica, con facultades particulares ampliadas, en todas las etapas del juicio para ejecución de obligaciones derivadas de la promesa de compraventa de un bien raíz.

A los Jueces, Operadores Judiciales en general y las partes

- 14) Es necesario velar e insistir en la correcta aplicación de la oralidad en los procesos, esto es, simplicidad en las exposiciones, inmediación del Juez, acuciosidad en la aceptación y análisis de la prueba, resoluciones claras y compromiso ético de los involucrados en el procedimiento. A los operadores judiciales se les debe capacitar adecuadamente para cumplir con este cometido.

Al Consejo de la Judicatura y Superintendencia de Compañías

- 15) El Juez debería dirigir su actuación hacia la ejecución de las obligaciones contenidas en un contrato de promesa de compraventa, debe tener como objetivo el perfeccionamiento del contrato principal, la realización de la negociación, pues de ello se nutre el giro comercial de este tipo de contratos, mas no de su rompimiento. La Superintendencia de Compañías, en las Resoluciones emitidas, y que han sido tratadas anteriormente, apunta justamente a ello. Un trabajo

conjunto entre el Consejo de la Judicatura y la entidad mencionada, ayudaría grandemente en el cumplimiento de este objetivo.

A los Jueces y Legisladores

- 16) El Juez debería tener como opción secundaria, la penalización del incumplimiento del contrato promesa de compraventa, decretando el pago de multas e indemnizaciones por daños y perjuicios. Por ello, cabría sopesar el predominio de lo económico sobre lo social y de lo ético sobre lo económico, y reflejarlo en el proceso. El Legislador es el encargado de realizar estas consideraciones.
- 17) El proceso debería ser más humano, respetuoso del hombre y sus necesidades, antes que del formalismo normativo. El jurista ecuatoriano Alfonso Troya Cevallos propugna dotar a los jueces de mayores facultades y la obligatoriedad de su intermediación. Si bien la norma limita el obrar el Juez, éste podría encontrar mejores opciones para impartir justicia, enmarcado en las amplias facultades, de las cuales está investido como mediador. Juan Larrea Holguín relaciona íntimamente al Derecho con la Moral.
- 18) La promesa de compraventa de bienes raíces, teóricamente debería ser, en lo básico, similar al contrato de compraventa definitivo, aunque regularmente varía del mismo. Cabría realizar la reforma pertinente por parte del Legislador.

A los Gobiernos Autónomos Descentralizados

- 19) Previo a decidir sobre la adquisición de un bien raíz, sería importante poder revisar y acceder a un registro de datos públicos en el cual conste información básica respecto a dicho bien, y que permita conocer su situación jurídica: pago de impuestos, información técnica y regulaciones municipales, gravámenes y cualquier otra afectación que permita disponer de datos actualizados y básicos, al Promitente Comprador. Actualmente es posible acceder a información sobre las personas en páginas web institucionales como del Registro Civil, Superintendencia de Compañías, Gobiernos Autónomos Descentralizados, etc. Ahora que los Registros de la Propiedad son controlados por estos últimos, debe transparentarse la información sobre los bienes inmuebles.

20) Sería práctico exigir la presentación de ciertos documentos habilitantes para la venta, previo a la suscripción de la promesa de compraventa de un bien raíz, a fin de evitar incidentes y discusiones secundarias, relacionados a ellos. Así, el proceso no se nutriría solamente de las diferencias entre las partes. Tanto el Registro de la Propiedad como los Departamentos de Avalúos y Catastros de los respectivos GAD, deben facilitar y agilizar la obtención de tales documentos.

PROPUESTA

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República, Norma Suprema, dispone que la justicia se aplique según las necesidades de quienes están sometidos a sus principios básicos.

Procesalmente hablando, principios como el de la buena fe, esto es el respeto entre los litigantes; y el dispositivo, complementariamente al anterior, dirigen a las partes, quienes a su vez, guían el conocimiento del Juez sobre los hechos, siguiendo el debido proceso.

Analizados los principios que rigen al proceso, su evolución, tendencias actuales, derecho comparado, procedimientos aplicables y los criterios de juristas y autores reconocidos en cuanto al tema de este trabajo, la propuesta, para hacer práctica, efectiva y ágil la ejecución de una promesa de compraventa, puede resumirse a unos pocos puntos que contienen toda esta sabiduría, adquirida con la experiencia, el análisis y estudio constante de las realidades de cada sociedad.

Se ha expuesto que la fase de ejecución, en el procedimiento ejecutivo es la etapa procesal más compleja, y la más larga en su tiempo de duración. Si bien se ha emitido el nuevo Código Orgánico General de Procesos, en el cual se determinan tiempos para cada etapa, ha sucedido con la aplicación de otros proyectos innovadores (Laboral, Familia, Niñez y Adolescencia, etc.) que los plazos fijados para cada etapa han quedado únicamente para el papel y no para su aplicación de forma práctica, ante el inmensurable requerimiento de los usuarios de la justicia y la falta de Jueces que resuelvan en los tiempos establecidos.

Para mejorar el proceso de ejecución de la promesa de compraventa se pueden mejorar las herramientas que están en la Ley. Pueden ser eficientes y fáciles de entender y aplicar. En cualquier caso, ante una eventual deficiencia de la ley, está el Juez para utilizar su autoridad, y si en algún momento se lo permite la Ley, ir más allá de su función de frío ente observador, y convertirse en un verdadero

Mediador o Árbitro con conocimientos y poderes extensos en los asuntos propios de su competencia y especialidad.

El contrato promesa de compraventa, como se lo configura actualmente en el Ecuador, es producto de una evolución histórica. La propiedad ha sido concebida de diferentes maneras a través del tiempo y la dinámica de intercambio o transferencia de dominio, especialmente de bienes inmuebles, ha provocado el nacimiento de figuras ilegales e ineficaces, como el contrato de promesa de compraventa privado, los contratos de reserva, los contratos de financiamiento, etc. Y todo ello, alentado por la necesidad de las personas de poseer no solamente un bien raíz, sino seguridad para toda su familia.

Así las cosas, las partes deben comprender que ante la falta de buenas intenciones al momento de suscripción del contrato, éste deberá cumplirse y no verlo como una oportunidad de lucrar por el cobro de indemnizaciones o multas, por el incumplimiento de la otra parte, a veces de forma involuntaria.

Todas y cada una de las etapas del proceso, si bien son un cúmulo de actuaciones para asegurar la aplicación de justicia, su objetivo se ha distorsionado, al contemplar para cada una de ellas, una serie de actuaciones y diligencias previas que desdican de la realización de una justicia ágil y efectiva.

Si bien es necesario unificar los procedimientos, para disminuir la cantidad y diversidad de los mismos, como es la propuesta del COGEP, no se consideran realidades ni experiencias de la realidad nacional no valoradas y sopesadas en su real dimensión, como es el tráfico inmobiliario y sus implicaciones legales.

Una reforma en este sentido, involucra a la ley adjetiva y a la sustantiva.

Complementariamente, el impulso decidido de otros procesos alternativos de solución de conflictos, especialmente la Mediación y el Arbitraje, ayudarán a solucionar con más agilidad los problemas legales surgidos del incumplimiento de la promesa de compraventa.

Es por ello, que la propuesta debe circunscribirse a los puntos básicos expuestos y conforme al siguiente detalle.

PROCEDIMIENTO

Todo proceso judicial debería ser práctico y ágil desde sus primeras actuaciones.

1) En el caso del procedimiento ejecutivo para una promesa de venta de un bien raíz se reconocerían y aplicarían los siguientes requisitos y actos, previo a su inicio:

- Validez del documento privado de promesa de venta, por cuanto se ha expuesto que, en la cotidianeidad, una práctica común entre Promitentes Vendedores y Compradores, es el uso de este instrumento, especialmente entre quienes no desean pagar o no disponen de los recursos para dejar constancia, en un instrumento público, de los acuerdos a los que han llegado respecto a la negociación de un bien raíz, antes de la suscripción de la escritura definitiva de compraventa.

Se evitaría, de esta manera, que quienes invierten dinero para la adquisición de un bien, se queden sin el sustento legal para exigir el cumplimiento de lo estipulado en el documento privado, que con las normas actuales, es un simple recibo de dinero. De esta f.orma, se reconocería jurídicamente, lo que en la práctica se usa a diario;

- No realizar el requerimiento para que se cumpla con lo estipulado en el contrato, antes de la acción principal, sino en el proceso mismo, conjuntamente con la citación. Se constituiría en mora a la parte incumplida en este momento. Se ha analizado, que uno de los motivos que retardan el juicio ejecutivo, es la excesiva cantidad de actuaciones, pasos, etapas, recursos, que deben cumplirse para llegar a una resolución final que, en un plazo razonable, ordene la ejecución de los derechos previamente constituidos en la promesa de compraventa. Se observarían los principios analizados en la primera parte de esta tesis, y se aplicaría justicia a las dos partes.

Unificar estos dos actos independientes, en nada afectaría la validez del proceso, pero sí ahorraría una cantidad importante de recursos y especialmente, tiempo a todos los actores del proceso judicial. El nuevo Código General de Procesos reforma el Art. 18 de la Ley Notarial, otorgándole al Notario algunas

atribuciones adicionales, como la que consta en el numeral 31: “Requerir a la persona deudora para constituirla en mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil”.

Si bien el propósito que se persigue con esta reforma es la optimización de los tiempos, en la actualidad, no constituye un avance importante en la disminución general del tiempo total, y más bien encarece el costo para obtener justicia en estos casos, pues el Notario cobrará una tasa por esta diligencia, señalada por parte del ente estatal competente. El Estado recibirá a su vez una parte de de la misma, y dejando en duda si es que en realidad se está aplicando el principio de gratuidad de la justicia.

- Inscripción obligatoria del contrato promesa de compraventa en el Registro de la Propiedad. Si bien, los pretextos recurrentes para no elevarlo a escritura pública, son:
 - a) El costo que implica su legalización, ya que de conformidad con las tasas vigentes, pueden significar varios cientos o miles de dólares, según la cuantía del contrato;
 - b) La dinámica de las negociaciones inmobiliarias, pues en ocasiones, un día de demora puede significar la pérdida de una venta, pero la legalización de una promesa de compraventa de un bien raíz, con la formalidades de ley puede tomar varios días, más aún si se insertan varios habilitantes que típicamente son certificaciones y documentos que demuestren fehacientemente que el inmueble está totalmente saneado, sin afectaciones de ninguna clase;
 - c) Las intenciones contrapuestas de alguna de las partes, a la normativa vigente, pues al conocer las falencias de la misma, se aprovechan de estas debilidades legales. Especialmente esto se da en la parte que sabe no podrá cumplir con sus obligaciones, y de las dificultades prácticas posteriores para ejecutar un instrumento privado.

La propuesta de reconocer el instrumento privado como válido, implicaría que éste pueda inscribirse, considerando costos registrales convenientes, en virtud de que en lo posterior se pagarán por la inscripción de la escritura de venta definitiva, entre otros, impuestos de transferencia de dominio, gastos de Notaría, etc.

- 2) Una reforma procesal a los procesos de ejecución de promesas de compraventa de bienes raíces, sería la aplicación de una Audiencia Única, en la que se solucionarían hechos recurrentes de incumplimiento: saneamiento, obtención de

autorizaciones de entres privados o públicos para realizar la venta, gravámenes que afecten al inmueble y falta de pago.

3) La estructura del nuevo proceso podría seguir el establecido para el proceso monitorio en el Código General de Procesos (Arts. 356 al 361), publicado en el Registro Oficial de Viernes 22 de Mayo del 2015, cuerpo legal que entrará en vigencia, en la mayor parte de su contenido, en un año contado a partir de su publicación, según lo dispuesto por la Disposición Final Segunda. El proceso monitorio se aplicaría a la ejecución de la promesa de compraventa, con una estructura particular y respetuosa de los principios procesales, pero más resumida y práctica, en función de lo que se analiza en estas líneas. En el COGEP, el proceso monitorio únicamente se lo permite para deudas que no sobrepasen los 50 SBU y no admite reforma a la demanda ni reconvencción, lo cual en sí, ya es un adelanto, al no permitir incidentes que retarden su resolución.

4) Se unificarían las etapas procesales, para convertir al proceso, en algo realmente intimidatorio. Correrían términos comunes para el despacho de estas etapas unificadas y no para cada una individualmente, con lo cual se ganaría en celeridad. Ejemplo:

Primera etapa: citación y requerimiento al incumplido,

Segunda etapa: audiencia única y resolución:

Tercera etapa: mandato de ejecución y apercibimiento a iniciar insolvencia;

Cuarta etapa: avalúo y remate;

Quinta etapa: liquidación de valores del precio a pagar y liquidación de daños y perjuicios;

Sexta etapa: publicación de extractos de remate, recepción de ofertas y adjudicación vía electrónica.

5) Hay que minimizar la probabilidad de plantear incidentes en la fase de ejecución. Como se ha señalado, en el COGEP, el proceso Monitorio (reservado solo el cobro de deudas de hasta 50 SBU), procura ser ágil. Sin embargo se mantienen recursos como el de ampliación, aclaración y el de apelación. Según el COGEP, la resolución en este último recurso, se adoptará en una Audiencia, que será convocada dentro de 15 días de recibido el proceso por el Superior, y luego del debate pertinente.

En todo caso, aún se mantiene un proceso de ejecución largo y complicado, que si bien reduce términos para cada una de las etapas que componen el mismo,

mantiene la estructura básica de la ejecución del actual Código de Procedimiento Civil.

- 6) Por sus particulares características jurídicas y los asuntos propios a tratarse en el contrato de promesa de compraventa de bienes raíces, las divergencias relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mismo, deberían sujetarse como una alternativa preponderante, a un Arbitraje en equidad, pues el incumplimiento en muchos casos, se refiere a eventos de fuerza mayor: instituciones públicas o privadas son las que deben otorgar permisos de construcción, de subdivisión, préstamos, etc., es decir, son terceros los que influyen en el cumplimiento o no de las obligaciones de los promitentes, quienes, en muchos casos, pese a su buena voluntad, se ven impedidos de cumplir con lo ofrecido.

Promover el fortalecimiento de medios alternativos de resolución de conflictos como la Mediación y el Arbitraje, a través de organismos especializados y capacitados (como la Cámara de la Construcción) en este caso, es factible, tanto más cuanto que el Consejo de la Judicatura ha promocionado insistentemente estos procedimientos, pues involucran a las partes en la búsqueda de una solución consensuada y justa en la etapa de la Mediación o de una resolución final, en la etapa del Arbitraje.

La intervención de Árbitros o Mediadores capacitados, calificados y especializados, conocedores de la problemática inmobiliaria, en particular, sería primordial para alcanzar resultados inmediatos, justos y satisfactorios para las partes.

CUADRO COMPARATIVO

LEGISLACION ACTUAL	COGEP	PROPUESTA
REQUISITOS PREVIOS ACCIÓN PRINCIPAL:	REQUISITOS PREVIOS ACCIÓN PRINCIPAL:	REQUISITOS PREVIOS ACCIÓN PRINCIPAL:
<ul style="list-style-type: none"> - Contrato de promesa de compraventa por escritura pública - Requerimiento al incumplido por Juez o Notario 	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato de promesa de compraventa por escritura pública - Requerimiento al incumplido por Juez o Notario 	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato de promesa de compraventa por escritura pública o documento privado que cumpla los requisitos exigidos por Resolución de Superintendencia de Compañías - Inscripción contrato en Registro de la Propiedad
ACCIÓN PRINCIPAL	ACCIÓN PRINCIPAL	ACCIÓN PRINCIPAL
Demanda, aclarar, completar, calificación. Reforma. Reconvención.	Demanda, aclarar, completar, calificación. Reforma. Reconvención.	Demanda, aclarar, completar, calificación. No reforma. No reconvención.
Contestación, Junta de Conciliación	Oposición, contestación a oposición, señalamiento de Audiencia Única que se divide en dos fases: 1) saneamiento; 2) prueba y alegatos. Resolución.	Audiencia Única: saneamiento de autorizaciones de entes públicos para venta, gravámenes. Inmediación del Juez, con amplias facultades, poder para mediar y sugerir soluciones a las partes. Sentencia. (COGEP: proceso Monitorio. Se acogería este procedimiento)
Prueba (término 6 días)	-----	-----
Alegatos (término 4 días)	-----	-----
Sentencia	-----	-----
Aclaración, ampliación, apelación con efectos suspensivos. Se corre traslado a la otra parte.	Aclaración, ampliación, apelación con efectos suspensivos solo si cauciona monto obligación.	Apelación solamente con efecto devolutivo.
EJECUCIÓN	EJECUCIÓN	EJECUCIÓN
Mandamiento de ejecución. Entrega de especie o cuerpo cierto, embargo u otorgamiento de escritura pública. Deshacer lo hecho.	Entrega de especie o cuerpo cierto, embargo, u otorgamiento de escritura. Deshacer lo hecho. Inscripción de embargo en Registro de la Propiedad	Mandamiento de ejecución y apercibimiento a iniciar insolvencia. Devolución de dinero, pago de multas o suscripción de escritura pública.
Avalúo	Solicitud de ejecución y presentación de comprobantes de gastos por parte del actor	Avalúo y remate en una sola diligencia
Día y hora para remate	Admisión de ejecución y designación de perito que liquide capital, intereses y costas	Liquidación valores, precio a pagar y liquidación daños y perjuicios en una sola diligencia
Remate 8 días después de tercera publicación	Mandamiento de ejecución	Vía electrónica: Publicación extracto de remate, recepción de ofertas y adjudicación y/o pago.
Posturas	Oposición del deudor o fórmula de pago con garantía si es a plazo; o dación en pago.	No se admiten recursos contra providencias, ni observaciones a liquidaciones., en esta fase.
Admisión y calificación de posturas	Audiencia Única de Ejecución con respecto a la parte de la deuda no solucionada. Previamente se publica en página WEB de Función Judicial mandamiento para conocimiento de terceros. Discusión avalúo de bienes	No existe opción de reclamación en Juicio Ordinario
Adjudicación	Ejecución de garantías si deudor incumple fórmula de pago, o embargo. Se realiza avalúo para remate. Embargo de inmuebles: aprehensión y entrega al depositario.	
Consignar valor ofertado en 10 días	Recepción de posturas y calificación en Audiencia Pública. Apelación de auto de calificación de posturas. Remate a través de página WEB del Consejo de la Judicatura o en entidades públicas o privadas autorizadas	
Postor consigna o no consigna	Apelación solamente de auto de calificación de posturas y del auto de adjudicación.	
Apremio real o notificación otro postor.	Cancelación de providencias preventivas	
Pago acreedor	Opción de reclamación en Juicio Ordinario de excepciones no aceptadas	
Opción de reclamación en Juicio Ordinario de excepciones no aceptadas		

VENTAJAS

El procedimiento propuesto, y que se ha esquematizado en el cuadro anterior, en función del análisis realizado en este trabajo, rompe esquemas y paradigmas tradicionales de la práctica procesal de siempre, para los juicios de ejecución y especialmente los relacionados con promesas de compraventa de bienes raíces.

La unificación de cada uno de los pasos, en la ejecución de la sentencia, permite conjugar la doctrina jurídica con la realidad – necesidad social.

La norma procesal no debería incluir, al juicio ejecutivo por incumplimiento de una promesa de compraventa, en un procedimiento único, que abarca la mayor parte de opciones nacidas en títulos ejecutivos que cumplen con los requisitos de ley para iniciar el litigio.

Los escándalos surgidos a raíz de estafas periódicas a personas interesadas en adquirir un bien inmueble, por parte de promotores inmobiliarios que conocen claramente lo engorroso e intrincado desarrollo de estos juicios, son una muestra de que existe un problema procesal que debe ser resuelto de forma permanente.

Es sabido que la ejecución de la sentencia de un título ejecutivo, es la más larga, cuando de por medio existen bienes, multas de indemnizaciones que deben ser pagadas por el vencido.

Desde el embargo, pasando por el avalúo pericial, publicación del remate, posturas, calificación de éstas, remate, adjudicación, hasta el levantamiento de las medidas cautelares sobre el bien raíz, puede pasar un tiempo considerable, que incumple la mayor parte de los principios de justicia estudiados.

No se consideran siquiera los incidentes que pueden suscitarse en este lapso, y que hacen más largo el trámite, tales como la apelación de la calificación del auto de calificación de posturas y del de adjudicación.

Es por ello que, en la propuesta realizada, es importante la intervención del Juez en todas las etapas, una verdadera intermediación y presencia. El Juez propondría

acuerdos justos, de conformidad con su preparación jurídica y especial en este tipo de litigios. La capacitación de los funcionarios judiciales debería poner énfasis en los problemas que en la actualidad les significan una sobrecarga de trabajo y constituyen una grave afectación al patrimonio del común de los ciudadanos.

He ahí la explicación de una propuesta (que a riesgo de ser calificada como herejía procesal), resume y engloba en una sola, varias etapas. Inclusive en el nuevo Código General de Procesos se mantiene un esquema similar, en cuanto a la ejecución de la sentencia, al que no ha dado los resultados esperados en el Código de Procedimiento Civil vigente, cuyos días están contados, pues se aplicará hasta Mayo del 2016.

El deudor siempre buscará dilatar el momento en que deba cumplir sus obligaciones, y ni el Código de Procedimiento Civil, ni el nuevo COGEP, solucionan este desfase.

La validación del documento privado de promesa de compraventa, su inscripción en el Registro de la Propiedad, como requisitos previos a la iniciación del Juicio Ejecutivo correspondiente facilitarán la aplicación de una justicia pronta y acorde a las prácticas que se utilizan en este tipo de transacciones. Esto también entregará al Juez, una herramienta jurídica para que falle pronta y seguramente ante cualquier reclamo nacido en negociaciones inmobiliarias, pero insisto, siempre con una preparación específica en este campo, ya que la dinámica de estas negociaciones ha provocado una evolución constante de las figuras jurídicas que se utilizan para el cierre de negocios de compra venta de bienes inmuebles.

En sí, el proceso propuesto, en su fase inicial que es la presentación de la demanda y la contestación, no admite reforma ni reconvencción.

Una vez en la Audiencia Única, el Juez utilizaría todo su poder y conocimientos para provocar entre las partes un acuerdo mutuo, considerando la gravedad del incumplimiento: por falta de pago, concesión de autorizaciones de entes públicos para venta como fraccionamientos, gravámenes, aprobación de planos, informes de factibilidad, etc.

En las promesas de compraventa se inserta en muchos casos, una cláusula que habla de la inexistencia de incumplimiento y por ende la inaplicación de multas, indemnizaciones, cuando aquel se deba a situaciones que involucren fuerza mayor o caso fortuito; y precisamente hechos nacidos de la actuación o voluntad de terceros (entes públicos) se enmarcan en esto, salvo que la demora haya sido producto de la inacción o falta de gestión por parte del obligado. Hay un amplio campo de acción para que el Juez intervenga y proponga una solución definitiva a las partes.

El Procedimiento Monitorio previsto en el COGEP es interesante, pero únicamente se lo puede utilizar para deudas determinadas de dinero, líquidas, exigibles y de plazo vencido cuyo monto no exceda de 50 salarios básicos unificados del trabajador en general (Art. 356). En todo caso, se mantiene el mismo proceso de ejecución de la sentencia para todos los procesos ejecutivos.

La apelación por obvias razones de celeridad procesal debe ser solamente con efecto devolutivo.

El proceso de ejecución, es básicamente el que se simplificaría al incluir dentro del mandamiento de ejecución un apercibimiento a iniciar la insolvencia, como amenaza real y grave a quien pretendiese persistir en su incumplimiento.

Se unificarían al Avalúo y Remate en una sola diligencia. Al tratarse de bienes raíces, el avalúo pericial del objeto materia del conflicto sería presentado en una diligencia oral, e inmediatamente se dispondría el Remate respectivo. Es posible hacerlo pues no se contraponen las dos diligencias ni afectan derechos de las partes.

De igual manera, en una sola diligencia se realizaría la liquidación valores, precio a pagar y liquidación daños y perjuicios, por tratarse de asuntos económicos, que un perito los puede preparar previamente y presentarlos a las partes para que, vía oral efectúen las observaciones pertinentes y se resuelvan en el mismo acto.

Como se había mencionado anteriormente, el aprovechamiento del avance tecnológico y los medios que provee, pueden ser aprovechados, con el fin de que el Remate sea publicado en la página web del consejo de la Judicatura, por ejemplo y por esta misma vía se presenten las posturas y sean calificadas.

Finalmente, se eliminaría la posibilidad de reclamar en Juicio Ordinario cualquier excepción o reclamación que no haya sido producto de un acuerdo entre las partes.

Con todo lo dicho, el procedimiento sería ágil y beneficioso, no solamente para los Operadores de Justicia, sino para el usuario y el movimiento inmobiliario; y especialmente en éste último por los ingentes recursos que se invierten en la adquisición de uno, el esfuerzo que realiza el Comprador y la inversión del Vendedor, y la confianza que se debe generar en las partes cuando se ven involucradas en una acción legal de este tipo.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Vaqués, Mar, *El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación* (Art.1 P1), en: *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coordinadores; Javier García Roca y Pablo Sontalaya, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Albaladejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General y Derecho de Obligaciones, Barcelona, Librería Bosch, Ronda Universidad, 11, 1960.

Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Tomo II, Volumen 2, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Alonso Pérez, Mariano, *El Riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1972.

Arazi, Roland, La Buena Fe y el esclarecimiento de los hechos en el proceso, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1.

Aristóteles, La Gran Moral, [citado el 8 de Noviembre del 2014], disponible en <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc02045.htm>

Asamblea Nacional, Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, [citado el 1º de Junio del 2014]: disponible en <http://www.asambleanacional.gob.ec/legislamos/sistema-de-formacion-de-la-ley>

Avila Santamaría, Ramiro; Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Editores, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 1era. Edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador.

Azula Camacho, Jaime, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo VI, Pruebas Judiciales, Tercera Edición, Bogotá Colombia: Editorial Temis S.A., 2008.

Barba Martínez, G. Peces, *Curso de derechos fundamentales*, Teoría General, Madrid, Eudema, 1991.

Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, Quinta Edición, Bogotá Colombia: Editorial Temis S.A., 2011.

Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico. Disponible en; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/22.pdf>, [consultado el 14 de Agosto del 2014].

Borja Cevallos Rodrigo, Enciclopedia de la Política, [citado el 15 de Mayo del 2014] : disponible en:

<http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=e&por=c&idind=311&termino>
=

Brauneis, Roberto, *The Foundation of our regulatory takings, Jurisprudence, The Yale Law Journal*, Vol 106, [citado el 20 de Julio del 2014], 1165 y sgs. disponible en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/797307?uid=3737912&uid=2&uid=4&sid=21104511200413>

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III, 21ava Edición, Argentina, Editorial Heliasta, 1989.

Calvinho, Gustavo, *La Procedimentalización Posmoderna*, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A.Cárdenas Guzmán, Carlos Sodi Serret, coordinadores del Volumen, México: Editorial Porrúa, 2012.

Canelo Rabanal, Raúl B., *Falencia y exceso de celeridad en el proceso: discriminación procesal*, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A. Cárdenas Guzmán y Carlos Sodi Serret, Coordinadores del Volumen, México: Editorial Porrúa, 2012.

Carnelutti, Francesco, en "*Sistema de derecho procesal civil*", traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, citado por Osvaldo Alfredo Gozaíni, en "El Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil", Tratado de la Buena Fe en el Derecho.

Carnelutti, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil (Introducción y función del Proceso Civil)*, Argentina: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.

Córdoba, Marcos M., (Director); *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004.

Cornet, Manuel, *La buena fe y la resolución del contrato*, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición (póstuma), Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

Cruz Bahamonde, Armando, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Volumen I, 2da. Edición Edino: 2001

De Soto, Hernando, *La protección del derecho de propiedad y la sociedad civil*, en: La economía política de la reforma judicial, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, editores, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.

Díaz Solomine, Omar Luis, *La buena fe en la estructura procesal*, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1.

Diccionario de la Lengua Española, [citado el 10 de Agosto del 2014]: disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=coerci%C3%B3n>.

Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Bibliográfica OMEBA, , Argentina: Editores – Libreros 1963.

Echandía, Hernando Devis, en *Principios Fundamentales del Derecho Procesal. Del Procedimiento y del Proceso en el Derecho Colombiano*, citado por Amparo Alicia Oviedo Arbeláez, Bogotá D.E. 1990

Echandía, Hernando Devis, *Teoría General del Proceso*, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires.

Ediciones Legales, Fiel Web, Constitución de la República, [consultado el 21 de Junio del 2014]: disponible en: <http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=1&Nombre=undefined&T=Constituci%C3%B3n%20&Opcion=1&Buscar=1&Historico=0>.

Egas Reyes, Pablo, *La Propiedad en la Constitución de 2008*, en: La Nueva Constitución del Ecuador, Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Sotrini, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.

Enrique Echeverría, *Control Municipal*, El Comercio, 5 de Mayo del 2014, Sección Opinión.

García Falconí, José, *El Derecho al Debido Proceso*, (26 de Noviembre del 2010), [citado el 9 de Junio del 2014]: disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2010/11/26/el-derecho-al-debido-proceso>

García Falconí, José, *Manual de Práctica Procesal Civil (referente a la legislación ecuatoriana)*, Tomo II, Primera Edición, Quito-Ecuador, 2003.

Garrido Cordobera, Lidia (2010), *Transformaciones del derecho contractual y principios de libertad y autonomía*, En M. F. Jorge Gabino Pinzón Sánchez (Ed.), *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado*, (Primera Edición ed., Tomo IV, Volumen I). Bogotá, Colombia: Temis.

Garrido Cordobera, Lidia, *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho Privado*, Tomo IV, Volumen I, citando a León Duguit, Editores Académicos Jorge Gabino Pinzón Sánchez, María Fernanda Navas Herrera y Yadira Alarcón Palacio, 1 era. Ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Editorial Temis, 2010. (Colección Realidades y Tendencias), V.1.

Goldschmidt, James, *Principios Generales del Proceso*, Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, Vol. I, Editorial Jurídica Universitaria, 200.

Gozaíni, Osvaldo A., *El corrimiento de los principios hacia las garantías y reglas generales*, en Derecho procesal Civil y Mercantil, Coordinadores de la obra; Juan

Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez, México: Editorial Porrúa, 2012.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El Principio de la Buena Fe en el Proceso Civil*, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., Buenos Aires: La Ley, 2004, V.1.,

Hernández Terán, Miguel, *El debido proceso en la doctrina*, 24 de Noviembre del 2005, [citado el 9 de Junio del 2014], Derecho Ecuador – Revista Judicial. Ecuador: disponible en:

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/el-debido-proceso-en-la-doctrina>

Larrea Holguín, Juan, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, Quinta Edición, Quito – Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.

Lasarte, Carlos, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2003.

Legislación Federal UNAM, Información Jurídica, [consultado el 21 de Agosto del 2014]: disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx>, 18 de marzo de 2008.

Lohmann, G., *La critica fatale di Marx ai diritti umani*; Studi Perugini 5 (1998).

Loperena Ruiz, Carlos, *Coexistencia del acuerdo de arbitraje y la sumisión a tribunales judiciales en la misma relación jurídica*, en Derecho procesal Civil y Mercantil, Coordinadores de la obra; Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez.

López Arévalo, William, *El Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia*, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición.

López Arévalo, William, *El Juicio Ordinario Posterior al Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia*, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición.

López de Zavalia, Fernando J., *Las doctrinas de la intención jurídica y de la intención empírica*, citado el 20 de Septiembre del 2014, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-doctrinas-de-la-intencion-juridica-y-de-la>

Lozano Alarcón, Gerardo, *Arbitraje y Equidad*, en Derecho procesal Civil y Mercantil, Coordinadores de la obra; Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez.

Mac Lean, Roberto, *Algunas consideraciones sobre los efectos de la administración de justicia en la propiedad y los contratos*, en: La Economía Política y la Reforma Judicial, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo Editores, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.

Meroi, Andrea A., *Proceso y Contrato ¿oxímoron de nuevo sentido?*, en: Derecho Procesal Civil y Mercantil, Mauricio A. Cárdenas Guzmán y Carlos Sodi Serret, Coordinadores del Volumen, México, Editorial Porrúa, 2012.

Morán Sarmiento, Rubén Elías, *Derecho Procesal Civil Práctico. Principios Fundamentales del Derecho Procesal*, 2da Edición actualizada, Guayaquil – Ecuador: EDILEX S.A., 2011.

Morello, Augusto M., *El Proceso Civil Moderno*, La Plata, Argentina: Librería Editorial Platense S.R.L., 2001.

Nieva Fenoll, Jordi, *Jurisdicción y Proceso. Estudios de Ciencia Jurisdiccional*, San Otero, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009.

Nuestro Abogado.com, Código Civil Chileno, [consultado el 21 de Agosto del 2014]: disponible en: <http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm>.

Palacio, Lino Enrique, *Los deberes de Lealtad, Probidad y buena fe en el proceso civil*, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Córdoba, Marcos M. (Director); Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, 1ª. Ed., V.1, Buenos Aires: La Ley, 2004.

Palacios Morillo, Vinicio, *La Mediación*, citado el 3 de Noviembre del 2014, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/arbitrajeymediacion/2014/08/19/la-mediacion>

Pásara, Luis, *La Reforma Judicial y la Sociedad Civil*, en: La Economía Política de la Reforma Judicial, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, editores.

Peñaherrera, Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho práctico civil y penal*, 1958, [citado el 10 de Agosto del 2014]: disponible en <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/3d794cabdde1d7c406256b3e0074693f?OpenDocument>.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos 2005, 9ª. Ed, p.457, en: La Propiedad en la Constitución de 2008, citado por Pablo Egas Reyes, en La Nueva Constitución del Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.

Proyecto de Ley que Modifica la ley N° 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero prohibiendo el anatocismo. Boletín N° 7597-05. República de Chile: disponible en: http://195.83.177.9/upl/pdf/code_41.pdf, el 30 de junio de 2008; la misma es una traducción actualizada al 4 de abril de 2006; [consultado el 21 de Agosto del 2014].

Rey Martínez, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1994.

Tobar Donoso, Julio, Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, 3era. Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 1989.

Toscano Garzón, Juan, *La ejecución de la sentencia y el debido proceso*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja: Ediloja Cía. Ltda., 2012.

Trabucco, Federico, *Constituciones de la República del Ecuador*, Universidad Central, Quito, Ecuador: Editorial Universitaria, 1975.

Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Quito: Centro de Publicaciones, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1978

Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Tomo II Quito; Pudeleco, 2002.

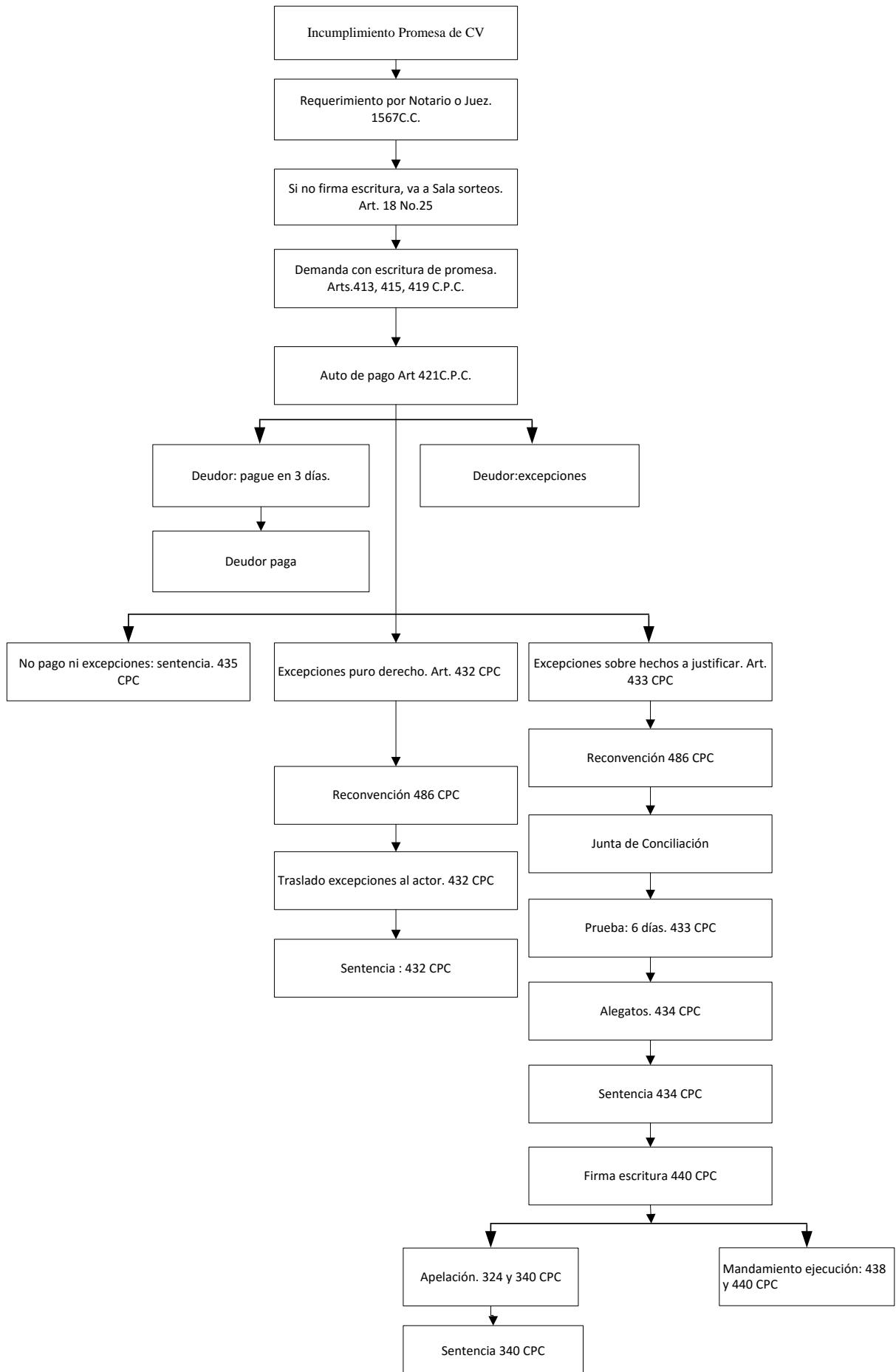
Velasco, Emilio, *Sistema de Práctica Procesal Civil*, Quito Ecuador, Editorial Pudeleco, 1994.

Villalva Vega, Wladimiro; *Fundamentos de Práctica Forense*, Quito – Ecuador: Librería Jurídica Alameda, 1987.

Zambrano Simball, Mario Rafael, *Los Principios Constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales*, Ediciones Industria Gráfica, 1era. Ed., 2009.

Zolo, Danilo, Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los Derechos Fundamentales (a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli), en; *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid: Editorial Trotta S.A., 2001.

Apéndices





Benalcázar 14-24 entre Espejo y Chile
 PBX 593-2-295-5666 295-0470
 csc@elmingobierno.gov.ec
 www.mingobierno.gov.ec

NOTIFICACION

Señor: (O) *HALLA MONCAYO Y MILTON VALLEJO*

Doctor: *MARCO AVILA*

Casillero Judicial No. *2068*

En el juicio No. 6066-10, se ha dictado la siguiente sentencia:

" INTENDENCIA GENERAL DE POLICIA DE PICHINCHA.- Quito, a 23 de Mayo del 2011.- Las 15h15.- VISTOS: El señor Ricardo Marcelo Vizcaino Armendáriz, presenta escrito de denuncia en el Despacho de conformidad con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y en cuyo libelo principal, manifiesta: Que, el 12 de junio del 2008, ha celebrado un documento privado denominado "PROMESA DE COMPRA VENTA", con el señor arquitecto Milton Iván Vallejo Maya y la señora María de los Angeles Moncayo Enriquez, en su calidad según el documento de promitentes vendedores.- Que los mencionados señores han sido propietarios del lote No. 3 ubicado en la Urbanización las Bromelias, en la parroquia Chaupicruz (antes de Nayón) del Distrito Metropolitano de Quito, cantón del mismo nombre de la provincia de Pichincha el mismo que ha sido adquirido mediante escritura publica otorgada el 2 de marzo del 2007 ante el Notario Dr. Oswaldo Mejía Espinoza, legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad el 19 de abril del 2007.- Que, sobre dicho lote los denunciados Milton Vallejo y Maria Moncayo, han construido el edificio denominado " LA TRIADA" el mismo esta dividido en departamentos.- Que le han prometido dar en venta y perpetua enajenación a su favor, la alícuota del departamento signado con los números 13, una bodega y dos estacionamientos del mencionado edificio, con una superficie de 110, 79 metros cuadrados; la venta se realizaría como cuerpo cierto, con todos sus derechos, entradas, salidas, usos, costumbres y servidumbres que le son anexas.- Que, de mutuo acuerdo y buena fe de las partes han pactado el precio por la venta de este inmueble en la suma de 97.146 dólares americanos, de los cuales se ha comprometido a pagar al momento de la firma de ese documento, dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.- Que, el documento denominado "promesa de compra venta " ha existido una cláusula penal en donde las partes se han impuesto libre y voluntariamente como única indemnización por daños y perjuicios una multa de diez mil dólares, para el caso de que cualquiera de las partes incumpliere con lo estipulado o se negare a suscribir la escritura pública de compra venta definitiva en la fecha señalada.- Que, además



para el caso de incumplimiento de los promitentes vendedores tenían la obligación de devolver el valor recibido como anticipo más el valor de la multa; y si el accionante incumplía debía devolver el valor recibido como anticipo menos el valor de la multa.- Que nunca se le ha entregado un documento anexo aparte que el detalle del cronograma de pagos o de amortización ni tampoco se ha indicado en el documento suscrito denominado "promesa de compra venta" así como también en la forma verbal intereses por mora, impuestos o el valor del pago de alícuotas.- Que, con fecha 8 de agosto del 2008, ha entregado la cantidad de dos mil dólares de los Estados Unidos en calidad de abono.- Que, en septiembre del 2008 dos mil dólares, en noviembre del 2008, ha abonado mil dólares; en diciembre del 2008 mil dólares; en enero del 2009, cinco mil dólares; en febrero del 2009 cinco mil dólares; y en marzo del 2009, cinco mil dólares.- Que para los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2009, por la situación económica y del país, no ha podido hacer otro pago a los promitentes vendedores; en enero del 2010 ha pagado la cantidad de treinta mil dólares.- para los meses desde febrero hasta agosto del 2010 el saldo por pagar es de 47.056,49 (cuarenta y siete mil cincuenta y seis con cuarenta y nueve centavos de dólar) ha tenido que acudir a un préstamo bancario en el Banco de Guayaquil el mismo que en los actuales momentos se encuentra aprobado y que es de conocimiento de los vendedores y cuyas escrituras se encuentran listas para la suscripción en la Notaría Vigésima. Sexta. del cantón Quito.- Que sorpresivamente los promitentes vendedores, luego de otro abono de cinco mil dólares y que por circunstancias ajenas a la voluntad del accionante ha sido rechazado el cobro, han tomado una actitud grosera, mal intencionada y abusiva. han emitido un supuesto documento en el que detallan un sinnúmero de valores como: impuestos, valores por muebles, valores de alícuotas, intereses y pretenden que el accionante pague los mismos, que en ningún momento han sido establecidos y detallados y peor han sido parte del documento denominado "promesa de compra venta".- Que no se encuentra en la posesión del bien y los señores pretenden que pague supuestamente sumas incluso de ALICUOTAS para entregarte el mismo, pese a que ha cancelado más de la mitad de la deuda total, lo que demuestra la arbitrariedad en el cobro que suma un total de dieciocho mil doscientos sesenta y un dólares con cuarenta y siete centavos de dólar: que se dice suñado el valor del capital sacan como conclusión que adeuda la cantidad total de sesenta y cinco mil novecientos sesenta y cuatro con setenta y cinco centavos.- Que, reconocida que ha sido la acción por parte del actor y dado el trámite correspondiente, se ha procedido a citar a los denunciados Milton Iván

Vallejo Maya, y María de los Angeles Moncayo Enríquez, quienes han fijado su domicilio el casillero judicial No. 1974 del Dr. Carlos Jurado Alvarado.- Encontrándose en estado de dictar el fallo correspondiente para hacerlo se considera: PRIMERO.- De conformidad con el Acuerdo Ministerial No. 1855, de fecha 31 de Enero del 2011, artículo 4; y, Art. 4 de la Resolución No. 012-2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura del 01 de Marzo del 2011, las causas contravencionales que se conocen en la Intendencia General de Policía de Pichincha, hasta el 28 de febrero del 2011, deberán ser despachadas y resueltas hasta su culminación, conforme dicha resolución firmada por el Dr. Gustavo Donoso Mena, Director (E) y Secretario del Consejo de la Judicatura (E), mediante oficio No. 042-S-CJ-GP -2011, del 31 de Enero del 2011, sin que esta prórroga de competencia sea motivo para declarar la nulidad procesal.- SEGUNDO.- No se ha violado solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara válido el presente proceso.- TERCERO.- Habiéndose llevado a efecto la audiencia oral de juzgamiento, diligencia en la cual las partes deben aportar las pruebas de las que se crean asistidos y en especial dar contestación por parte del encausado a la acción planteada en su contra, ésta se la efectúa en el despacho, el día diez de febrero del 2011, a las 11h10, y con la presencia del Dr. Lenin Rosero, acompañado de su patrocinador el señor Ricardo Marcelo Vizcaino Armendáris; y por otra parte la señora María de los Angeles Moncayo Enríquez, acompañada de su Abogado el Dr. Carlos Jurado, quien a su vez ofrece poder ó ratificación del señor Arq. Milton Iván Vallejo, quien luego de enterado del contenido de las principales piezas procesales, expone: " Ofreciendo poder ó ratificación del señor Arq. Milton Vallejo y María Moncayo, me ratifico en el escrito presentado el día lunes 31 de enero del año 2011, mediante el cual muy claramente se manifestó que por malos cálculos del tiempo para cumplir con la obligación que se reconoce establecieron como plazo el 30 de marzo del 2011, siendo el verdadero el 15 de abril del 2011, con esta salvedad mi cliente está dispuesto a firmar el acta respectiva".- A continuación se le concede la palabra al denunciante señor Ricardo Vizcaino, quien a través de su patrocinador expone: " Señora Intendente, en lo principal, me ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho presentados en la denuncia. Debo indicar que el 12 de junio del 2008, realicé una negociación con los señores Arq. Milton Iván Vallejo Maya y la señora María de los Angeles Moncayo Enríquez, por un departamento que construyeron los denunciados en el edificio denominado La Triada, se pactó como precio por la venta de dicho inmueble la cantidad de 97.146 dólares para esto suscribimos un documento denominado promesa de compra venta el mismo que no cumple los

requisitos y las formalidades que establece la Ley. A través de varias transacciones que se encuentran detalladas en mi denuncia, procedí a entregar a los denunciados la cantidad de 51.500 dólares en distintas fechas. Hasta el día de hoy señora Intendente no he tenido la posesión del bien ni tampoco se me ha entregado las llaves del departamento para poder utilizar dicho inmueble que la proveedora ofreció venderme. En todo momento he actuado de buena fe incluso se intentó llegar a un acuerdo suscribimos una acta de compromiso la misma que luego de varios días de objetada indicando supuestos errores en cálculo de fechas lo que demuestra claramente mala fe y temeridad e intenta burlarse de la justicia. Ilegalmente los denunciados han retenido mi dinero lo que está prohibido y sancionado por la Ley, violentando mis derechos constitucionales y fundamentales especialmente como consumidor de un bien que me fue ofrecido en venta. He tenido un trato abusivo discriminatorio por parte de los denunciados, he requerido por varias formas acuerdos los mismos que no han sido respetados para que se me restituya mi dinero que legítimamente entregué a los denunciados. Con esta actuación se evidencia el ánimo contrario y sobre todo violatorio a los derechos como consumidor. Procedo a presentar las pruebas según lo establece la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, no sin antes indicar también que entregué bienes muebles a los denunciados para que supuestamente sean puestos en el departamento que se me ofreció como un horno, triturador, plancha de cocina y campana - Con la prueba que procedo a detallar: factura emitida por Almacenes Boyacá por la cantidad de 728,44 dólares, la unidad trituradora por el valor de 248 dólares, y la plancha con un valor de 458 dólares; y lo demás que se reproduzca como prueba a mi favor las facturas debidamente notariadas que se encuentran incorporadas al expediente a fs. 3, 4, 5, 6, 7 y 8 y el saldo restante se lo entregó en efectivo. En muestra de buena fe también acudí a la Intendencia en un proceso conciliatorio y mediatorio a buscar soluciones que también fue negado por parte de los denunciados con fecha 28 de julio del 2010. Procedió también a entregar documento denominado promesa de compra venta, sin cumplir las formalidades que establece la Ley, además informe de tasación del departamento que supuestamente se me ofreció vender. Además acta de compromiso y acuerdo mutuo de fecha 28 de enero del 2011 que se encuentra incorporada al proceso. En este sentido solicito señora Intendente se sirva emitir la sentencia respectiva y condene a los señores Art. Milton Iván Vallejo Maya y señora María de los Ángeles Moncayo Enriquez, para que restituyan la totalidad de el dinero que legítimamente entregue a los proveedores, incluya además la multa respectiva los daños y perjuicios a mi ocasionados y los costos de

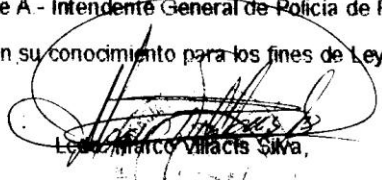
honorarios profesionales de acuerdo a lo que establece el Art. 87 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Esto lo hará señor Intendente además con la restitución de mis bienes muebles detallados (21 fojas en total).- Acto seguido solicita la parabra el defensor de los denunciados, quien expresa. " De conformidad con el acta de compromiso y acuerdo mutuo firmado por las partes el día 28 del mes de enero del 2011, en su cláusula tercera se concluyó que debía cancelar la cantidad total por restitución del anticipo de la promesa de compra. venta del departamento la cantidad de 42.500 dólares, en la cual queda incluido los inmuebles detallados en la intervención de la parte actora, la principal réplica de la presente acta ha sido el tiempo para cancelar dicha cantidad que por malos cálculos se determinó un mes antes del verdaderamente acordado. Como la mencionada acta tiene carácter de sentencia ejecutoriada, pasada en cosa juzgada, en caso de incumplimiento estamos dispuestos a reconocer dicha cantidad con el aplazamiento del plazo antes señalado".- Analizadas las pruebas que las presentan las partes dentro de la audiencia de juzgamiento, el actor Ricardo Marcelo Vizcaino Armendáris, lo hace de la siguiente manera: a) De fs. 1 a 8 constan el escrito de acusación particular al que se adjunta como documentos habilitantes recibos de pago debidamente notariados ante el Dr. Luis Enrique Villafuerte, Notario Vigésimo Noveno Suplente del Cantón Quito ; A fs.) 3 Recibo de Pago No. T0012298, por la suma de 2000,00 USD, No. de Abono 1; de fecha 12 de junio del 2008, - cliente Ricardo Marcelo Vizcaino Armendáris, firma autorizada ilegible.- A fs 4 consta el recibió de pago No. T0012326, por USD 2000,00 de fecha 21 de junio del 2008, cliente Ricardo Vizcaino, firma autorizada ilegible.- A fs 5 consta el recibo de pago No. T0012325 por USD 500,00 de fecha 10 de Julio del 2008, cliente Ricardo Vizcaino, firma autorizada ilegible - A fs. 6 consta el recibo de pago No. T0012326, por USD 5000, de fecha Quito, 23 de Diciembre, cliente Ricardo Vizcaino, firma autorizada ilegible.- A fs 7 consta el recibo sin número por 10.000 USD de fecha 2 de febrero del 2009 a nombre de Ricardo Vizcaino, hay una firma ilegible con c.i. 170932023-6, A fs 8 consta un depósito en el Produbanco, que se lee de fecha 2010/01/12, cliente Vallejo Maya Milton Iván, número de . 2054012321. Referencia: 39458058, cheque Por. 30.000 TOTAL 30.000,00.- Todos estos documento debidamente notariados.- A fs. 26 constan dos facturas de compra emitidos por Almacenes Bayacá S.A. de la Agencia No. 10 ubicada en 10 de Agosto y Cuero y Caicedo, por las sumas de \$ 647,90 USD 'y \$ 728,44 USD respectivamente, no existe firma de responsabilidad.- A fs. 27 consta una Proforma de Almacenes Boyacá S.A. sin sello ni firma de responsabilidad, por la suma de 248,88 USD. por un incurador - A fs. 28 y 29 del proceso consta una

copia simple de un escrito presentado en el Despacho por parte de Ricardo Marcelo Vizcaino Armendáris, de fecha 28 de julio del 2010, las 13:00.- A fs. 30 y 31 se adjunta la citación única Edición 2010 No. 014353, en la cual se cita a MILTON IVAN VALLEJO M. de fecha 28 de Julio del 2010, pedido por Ricardo Vizcaino, boleta que se repite en los dos folios y es copia simple.- A fs. 32 consta un acta de compromiso y acuerdo mutuo, firmado entre Ricardo Vizcaino y María de los Angeles Moncayo Enríquez, de fecha 28 de enero del 2011.- De fs. 33 hasta 45 consta la Promesa de compra - venta suscrita por parte del Arq. Milton Iván Vallejo Maya y María de los Angeles Moncayo Enríquez como promitentes vendedores y por otra el señor Ricardo Marcelo Vizcaino como promitente comprador, promesa efectuada en 11 cláusulas y fechada el 12 de junio del 2008, este documento consta en copia simple y sin la firma del promitente comprador fs. 35; a partir de este folio consta el informe de tasación en el que se detalla pormenorizadamente la ubicación del inmueble, descripción general del bien y distribución interna, estado de la edificación, servicios comunales y propios, descripción detallada, estructura y acabados b) 1.- Por su parte los denunciados Arq. Milton Iván Vallejo Maya y señora María de los Angeles Moncayo Enríquez habiendo sido notificados mediante providencia de 24 de enero del 2011, a las 10h05, para el día viernes 26 de enero del 2011, a las 11h00, éstos comparecen a dicha Audiencia, y de mutuo acuerdo según razón sentada por el Actuario del Despacho, piden un espacio de tiempo para llegar a un entendimiento de ahí que con la misma fecha y obrando a folios 20 aparece un ACTA DE COMPROMISO Y ACUERDO MUTUO, documento que tiene como fecha el mismo día de la audiencia SUSPENDIDA el 20 de enero del 2011, a las once horas con veinte minutos, acuerdo que lo firman en cuatro cláusulas, fijando un monto de restitución al accionante y adicionalmente se fija la fecha de entrega 15 de marzo del 2011 a las 15h00 y se le da a la misma el carácter de sentencia ejecutoriada, pasada en cosa juzgada, y en caso de incumplimiento adicional que la parte afectada acudiría a las Autoridades pertinentes para el cumplimiento.- 2.- Actuada que ha sido la prueba de conformidad con el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil, Ley Supletoria, y llamados a reconocer la firma y rúbrica del acta de compromiso y acuerdo mutuo a las partes, el día jueves 21 de abril del 2011, a las 11h00, el denunciante señor Ricardo Marcelo Vizcaino Armendáris, a través de su patrocinador, manifiesta que dicha firma y rúbrica no la va a reconocer, no así la parte denunciada, quien si lo hace, según providencia de fecha 03 de mayo del 2011, a las 09h15, el diez de mayo del 2011 a las 10h10 (fs. 59).- 3.- En alegación final por parte de los accionados Arq. Milton Iván Vallejo Maya y señora María de los Angeles Moncayo Enríquez, en documentos debidamente notariados preservan el acta de compromiso y acuerdo mutuo, y

copia certificada del cheque del Produbanco, por la suma de 42.500,00 dólares de fecha Marzo 29 del 2011, a más de que se manifiesta el afán de cumplir con lo acordado en la acta de marras- CUARTO.- Para establecer la existencia de la infracción a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es preciso señalar las siguientes consideraciones legales. 1.- El Art. 52 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a las personas el derecho de disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegir con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; disposición legal que la recoge el Art. 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece entre otras de los derechos del consumidor los siguientes: 4.- Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar; 5.- Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes y servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida; 8.- Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios - 11.- Derecho a seguir las acciones administrativas y / o judiciales que correspondan. QUINTO.- Al momento de evaluar las pruebas, esta Autoridad ha examinado lo dispuesto en la Sección Séptima, denominada De las pruebas, del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el Art. 95 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; al momento de que cada una de las partes ha ejercido su derecho de presentarlas de conformidad con el Art. 84 de la Ley de la materia, es decir al momento mismo de desarrollarse la audiencia oral de juzgamiento, La Ley Procesal establece la forma determinada, los medios probatorios que pueden ser aceptados en un proceso y la forma de insertarlos al mismo; por lo que el juez o las partes no están en libertad absoluta de escoger los medios probatorios y que se usaran para formar la convicción del Juez, respecto de los hechos discutidos, ni la forma de presentarlos ante el juzgador. Si bien el juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según lo dicta la sana crítica, eso no significa que pueda aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la Ley. Las normas procesales son de orden público - Por todas estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, aceptando la denuncia propuesta por parte de Ricardo Marcelo Vizcaino Armendáris, se sanciona a los señores Arq Milton Iván Vallejo Maya y María de los Ángeles Moncayo Enriquez, de conformidad con el Art 75 de La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, al pago de un multa de CIENTO CINCUENTA DOLARES AMERICANOS, multa que será dispuesta de

conformidad con el Art. 94 de la ley Orgánica de Defensa del Consumidor y depositada en la cuenta del banco Nacional de Fomento No. 0010002807, código 1770407; a la restitución del valor cancelado, hasta el monto señalado dentro de la presente acción \$ 49.500,00 USD, a más de la devolución de los enseres dados para la colocación como son un horno, triturador, plancha de cocina y campana; y, al pago de costas, así como de daños y perjuicios.- Se fija en \$ 150 USD los honorarios profesionales del Abogado del patrocinio Dr. Lenin Rosero, debiéndose descontar el 5 % para el Colegio de Abogados.- El señor Dr. Carlos Jurado, por última vez y bajo prevenciones de Ley, legitime su intervención dada en la Audiencia Oral de juzgamiento a nombre del señor Milton Iván Vallejo.- En lo demás, agréguese al proceso los escritos presentados por las partes intervinientes y constantes a fojas 60; 61 y tómesese en cuenta el nuevo domicilio judicial fijado por los accionados María de Lourdes Moncayo Enriquez y Milton Iván Vallejo Maya, casilla No. 2068 del Dr. Mario Avila Yépez, debiendo hacerse saber con dicho cambio al anterior defensor.- Notifíquese.-" f) Dra. Guadalupe Quispe A. - Intendente General de Policía de Pichincha

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de Ley.- Certifico.-


Leonardo Vilacis Silva,

SECRETARIO AD-HOC.

REPUBLICA DEL ECUADOR
www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec

Juicio No: 17112-2011-0242
Resp: DR. EDUARDO RIBADENEIRA

Casillero No: 1439

Quito, martes 21 de agosto del 2012

A: ESPINEL SUAREZ LUIS ALBERTO (REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD DE EGRESADOS DEL COLEGIO MUNICIPAL SEBASTIAN DE BENALCAZAR)
Dr./Ab.: NOLIVOS ESPINOSA LUIS IVAN

En el Juicio Ejecutivo No. 17112-2011-0242 que sigue CEVALLOS GUERRERO GEOVANI VINICIO en contra de ESPINEL SUAREZ LUIS ALBERTO (REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD DE EGRESADOS DEL COLEGIO MUNICIPAL SEBASTIAN DE BENALCAZAR), hay lo siguiente:

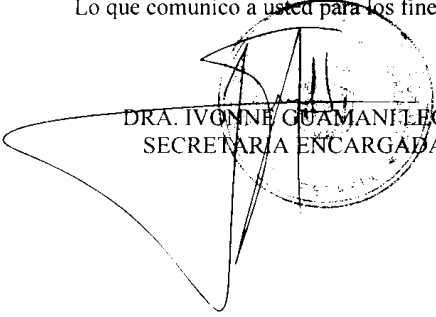
JUEZ PONENTE: DR. AYAX SUAREZ MURILLO

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.- Quito, martes 21 de agosto del 2012, las 14h23.- Avocan conocimiento de la presente causa los doctores Lida Pazmiño Mena, Ayaz Suárez Murillo y Carlo Carranza Barona, quienes son llamados a integrar la Sala mediante acciones de personal Nos. 951, 3215 y 3484-DP-DPP de 30 de abril, 19 de julio y 3 de agosto del presente año. VISTOS: Giovani Vinicio Cevallos Guerrero, en calidad de promitente comprador y respaldado en la escritura pública que contiene el contrato de promesa de venta celebrado con la Sociedad de Egresados del Colegio Municipal Sebastián de Benalcázar demanda, en juicio ejecutivo, el pago de la multa estipulada por incumplimiento del contrato y de las costas procesales. El demandado opone, a fs. 26 las siguientes excepciones: negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, falta de derecho del actor y reconviene la resolución del contrato, reconvencción que no fue admitida a trámite por la jueza a quo. Trabada en estos términos la litis, luego del trámite respectivo, la señora Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha acepta la demanda y condena a la Sociedad de Egresados del Colegio Municipal Sebastián de Benalcázar, representada por Luis Espinel Suárez, a pagar en concepto de multa del contrato de promesa de compraventa la suma de catorce mil dólares de los Estados Unidos. De esta resolución interpone recurso de apelación la sociedad demandada. Radicada, por sorteo, la competencia en esta Sala, para resolver, se considera: PRIMERO.- Al proceso se le ha dado el trámite ejecutivo y, dentro de él, no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que hubiera podido influir en la decisión; SEGUNDO.- Cuando se trata de un proceso de ejecución, como el que se ha sometido al conocimiento de esta Sala, el actor no busca el reconocimiento de un derecho sino que quiere que se ejecute un derecho ya contenido en el título ejecutivo, por esta razón, la doctrina no considera al juicio ejecutivo como un juicio propiamente dicho, sino como el conjunto de pasos necesarios para el cumplimiento de un derecho preexistente, derecho que está contenido en el título ejecutivo. El Prof. Carnelutti ilustra la naturaleza del proceso ejecutivo de la siguiente manera: "... A diferencia del proceso de cognición, el proceso de ejecución sirve, no ya para declarar o constituir la certeza, sino para actuar una situación jurídica, es decir, para obtener la conformidad de lo que es con lo que debe ser el derecho... Lo que da acerca de la justicia de la pretensión la certeza necesaria para que se pueda proceder a la ejecución forzada, es el título ejecutivo..." (Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil.. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p.265). En esta causa si bien el actor presenta un título ejecutivo que contiene una obligación de la misma naturaleza, título que no es otro que la escritura pública otorgada el 21 de noviembre del 2008, que contiene la promesa de venta realizada a su favor por la Sociedad de Egresados del Colegio

Municipal Sebastián de Benalcázar, no demanda el cumplimiento de la obligación de hacer, que consiste en el otorgamiento de la escritura definitiva, sino el pago de la cláusula penal; TERCERO.- En esta forma de demandar existen dos omisiones, la primera consiste en que no es posible escoger la vía ejecutiva reclamar, exclusivamente, el pago de daños y perjuicios, porque la pretensión en un proceso de ejecución, como se deja señalado es el cumplimiento de la obligación contenida en el título. La segunda omisión tiene que ver con un asunto de fondo y con la falta de aplicación de la norma del artículo 1505 del Código Civil, norma sustantiva que señala que en los contratos bilaterales, el que se adjunta a la demanda es de esta especie, 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; CUARTO.- De la norma transcrita se desprende que en un contrato bilateral quien ha cumplido puede exigir del contratista incumplido la resolución o el cumplimiento, es decir cabe la posibilidad de que elija cualquiera de estas dos acciones principales, pero lo improcedente es reclamar únicamente la cláusula penal como pretende, indebidamente el actor. Cláusula penal, según la definición del artículo 1551 del Código Civil, es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal o de retardar su cumplimiento. El profesor Guillermo Borda explica que “en su esencia, la cláusula penal es un recurso compulsivo ideado para obligar al deudor a cumplir con lo convenido, ante el peligro de tener que satisfacer esta pena, por lo común más gravosa que la obligación contraída. Es también un modo de fijar, por anticipado, los daños e intereses que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento total o de retardo”. Cuando se demanda exclusivamente el pago de la cláusula penal, como se ocurre en este caso, se demanda el pago de daños y, por consiguiente, se ejerce la acción accesoria sin ejercer la principal. Sobre este punto la jurisprudencia de la Corte Suprema enseña que: “... Por otro lado, según el artículo 199 del Código de Comercio, que es una reproducción del artículo 1532 del Código Civil (actual 1505), el comprador puede ejercitar, a su arbitrio, o el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización de perjuicios, pero no ambas acciones simultáneamente porque son contradictorias entre sí, de ahí que para que prospere la demanda, por mora en el cumplimiento del contrato, el actor debe precisar inexorablemente cual de las dos acciones ejercita. Además, la indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante) es accesoria o está supeditada a la aceptación de una de las dos acciones antedichas, que son las principales. No puede deducirse la acción accesoria prescindiendo de una de las dos acciones principales. En el caso sub lite la actora se limita a exigir la restitución de los valores que manifiesta le entregó a Cesar Pincay Zambrano como anticipo del pago del precio de la producción de camarón, pero en ninguna parte de la demanda precisa si esa exigencia es como efecto de la resolución del contrato de compraventa, esto es, el acto jurídico que deja sin efecto un contrato válidamente celebrado, o únicamente se pide la restitución de esos valores, pero dejando subsistente ese contrato, o lo que es peor que solo deduce la acción accesoria de perjuicios omitiendo una de las dos principales...” (Res. 337, R. O. 356 de 15 de junio del 2004). En el mismo sentido la resolución de la Primera Sala de la Corte Suprema de 3 de junio de 1969 señala que: “La indemnización de perjuicios cuando proviene de un contrato bilateral, no puede demandarse sola, sino conjuntamente con las acciones que atañen al convenio mismo, ya sea para que este quede sin efecto, ya, para exigir su cumplimiento a quien esté en mora de hacerlo...” (Resolución citada por Espinosa Galo, Compendio de Setenta Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema. Quito, Imprenta Don Bosco, 1999. Vol. IV, P. 559). De la doctrina y de la jurisprudencia transcritas que existe una deficiencia en la forma de pedir pues en lugar de exigir el cumplimiento y el pago de la cláusula penal se reclama únicamente lo segundo. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se revoca el fallo recurrido, se acepta el recurso de apelación del demandado y se desecha la demanda. Sin costas. Actúe la doctora Ivonne Guamaní León como Secretaria encargada mediante acción de personal No. 3452-DP-DPP de 31 de julio del 2012. Notifíquese.-

f).-DRA. LIDA PAZMIÑO MENA, PRESIDENTA SUBROGANTE, f).- DR. AYAX SUAREZ MURILLO. JUEZ ENCARGADO, f).- DR. CARLO CARRANZA BARONA, JUEZ ENCARGADO.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.


DRA. IVONNE GUAMANILEHON
SECRETARIA ENCARGADA

