

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE ORDEN JURIDICO Y TRIBUTARIO SOBRE EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE BIEN RAIZ EN ECUADOR

Por: **Ab. Katia Murrieta**

Sumario.-

EFFECTOS JURIDICOS DEL CONTRATO EN LOS SIGUIENTES CASOS: A) Que la promesa se celebre por escritura pública; B) Que el contrato se otorgue en instrumento privado: a) Que el contrato se celebre con la sola intervención de las partes y, eventualmente, se reconozcan las firmas ante un juez; b) Que se celebre con la intervención de Notario: b.1 . Que se auténtiquen las firmas ante Notario; b.2. Que las firmas de los otorgantes sean reconocidas ante Notario; c) Que **el documento se protocolice en** una Notaría.- C) **ASPECTOS TRIBUTARIOS:** • Forma de tributación de acuerdo a la cuantía. • Modos de fijar la cuantía en esta especie de contratos. • Impuestos que se causan.- D) **CONCLUSIONES.**

En nuestro país existe la mala costumbre de instrumentar en documento privado el contrato que contiene la promesa de compraventa de un bien raíz. Esta práctica puede deberse al desconocimiento de las disposiciones legales que establecen que cuando el objeto de la promesa de compraventa es un bien inmueble, ésta debe, necesariamente, celebrarse por escritura pública, o porque, aun a sabiendas de que es menester su otorga-

miento mediante instrumento público, existe la creencia de que se incurriría en una doble tributación al momento de celebrarse la escritura de compraventa correspondiente.

Por ello, consideramos conveniente analizar cuáles son los efectos jurídicos que se generan en ambos casos, esto es, sea que el contrato se celebre por escritura pública, sea que el contrato se celebre por instrumento privado, así como el aspecto tributario.

A) QUE EL CONTRATO SE CELEBRE POR ESCRITURA PUBLICA:

El Art. 1597 del Código Civil establece que "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: la. Que la promesa conste por escrito y por escritura pública cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesite de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código; 2a. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces (...)"

En tratándose del contrato de compraventa de un bien raíz, éste debe celebrarse por escritura pública, conforme a lo dispuesto en el Art. 1767, inciso II, del Código Civil. Lo antedicho está en concordancia con la disposición contenida en el Art. 170, inciso cuarto, del Código de Procedimiento Civil que dice: "Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil". Por tanto, es indiscutible que el contrato de promesa de compraventa de un bien raíz debe de seguir la misma suerte,

no surtiendo, por tanto, efecto alguno el celebrado en instrumento privado.

¿Cuáles serían, entonces, los efectos jurídicos de un contrato de promesa de compraventa de bien inmueble celebrado con todas las solemnidades legales, esto es, ante Notario y por escritura pública, en el caso de incumplimiento de la obligación por parte del promitente vendedor o del promitente comprador?

El Ar. 1596 del Código Civil dispone que "Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: la. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y, 2a. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato". Al decir "cualquiera de estas dos cosas" interpretamos que sólo tiene derecho a exigir el cumplimiento de la una o de la otra.

Es decir, que habiéndose cumplido con todos los requisitos legales al momento de celebrarse el susodicho contrato, si una de las partes cayere en mora en el cumplimiento de su obligación, la otra tendrá derecho de demandar sea la ejecución del contrato, esto es, la celebración de la escritura pública de compraventa; sea la ejecución de la cláusula penal, si se hubiere estipulado; sea la indemnización de daños y perjuicios.

Para ello tiene el perjudicado la acción ejecutiva, derivada de la tenencia de un título ejecutivo, constituido por la escritura pública que contiene el contrato de promesa de compraventa, de conformidad con lo dis-

puesto en el Art. 423 del Código de Procedimiento Civil.

La Jurisprudencia es unánime, al respecto. Así, en extenso fallo dictado el 23 de abril de 1971, publicado en la página 1714 y siguientes de la Gaceta Judicial # 12, Serie 11, la Corte Suprema de Justicia ordenó al promitente vendedor que cumpla con lo prometido, celebrando la escritura pública de compraventa correspondiente.

QUE EL CONTRATO SE CELEBRE POR INSTRUMENTO PRIVADO:

¿Qué ocurre si el contrato de promesa de compraventa de bien raíz se celebra mediante instrumento privado?

En este caso, pueden presentarse varias situaciones:
a) Que el contrato se celebre con la sola intervención de las partes y, eventualmente, se reconozcan las firmas en él impuestas ante un juez; b) Que se celebre con la intervención del Notario; b.1. Que se autentiquen las firmas ante Notario; b.2. Que las firmas puestas en el documento sean reconocidas ante notario público; **y, c)** Que el documento se protocolice en una notaría.

a) Que el contrato Se celebre con la sola Intervención de las partes y, eventualmente, se reconozcan las firmas ante un Juez:

Ya hemos visto que la promesa de compraventa, por el hecho de celebrarse por instrumento privado, no surte efecto alguno. Sin embargo, **podríamos pensar que** si la firma y rúbrica estampadas en el mismo son reco-

nocidas judicialmente, este documento podría convertirse en instrumento, público, y, consecuentemente, surtir todos los efectos legales.

Al respecto, cabe recordar que el Art. 198 del Código de Procedimiento Civil dispone que "El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, SIEMPRE QUE LA LEY NO PREVENGA LA SOLEMNIDAD DEL INSTRUMENTO PUBLICO (...)".

Es decir que, aun cumpliéndose con las condiciones establecidas en los numerales 1, 2, 3, y 4 de la disposición antes citada, como la ley prevé para el tipo de contratos que estamos analizando la solemnidad del instrumento público, dicho instrumento igualmente sería nulo.

¿En dónde radica la nulidad? ¿En el instrumento o en el contrato? La nulidad es correlativa al hecho de prometer vender, por una parte, y al hecho de prometer comprar, por otra; pero, no se puede alegar la inexistencia del acto mismo al constar en instrumento privado, porque no. negar el promitente vendedor, por ejemplo, que recibió determinada suma de dinero de manos del promitente comprador, si dicho documento está suscrito por él, por lo que si bien no podría exigir el promitente comprador el cumplimiento de la obligación de vender, el promitente vendedor estaría en la obligación de restituir a aquél la suma entregada.

Se considera, entonces, que tal contrato es nulo, es

decir que no surte efecto alguno, puesto que **no se ha** cumplido con la solemnidad sustancial de celebrarse por escritura pública, sin embargo de que el documento en sí es válido **en cuanto** a la prueba de que el promitente comprador entregó una suma de dinero al promitente vendedor, y **de que éste, a su vez,** la recibió. Al respecto, la Jurisprudencia es abundante al declarar la nulidad de la promesa de vender, por parte del uno, y de comprar, por parte del otro, cuando no consta por instrumento público, no así del documento que la contiene, quedando, por tanto, a salvo el derecho que tiene aquél que entregó dinero para iniciar la acción correspondiente a fin de lograr su restitución o repetición, en base al instrumento privado que ha sido suscrito.

Veamos, a manera de ejemplo, algunos casos contenidos en fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia:

1.- En la sentencia dictada por la Segunda Sala el 12 de julio de 1977, en el juicio León de Jiménez-URDESA:

"(...) Ha sido plenamente admitido por los contendientes, que en vida de Francisco, se ofreció a éste en venta una villa y solar en el barrio Urdesa de la ciudad de Guayaquil. Lo anterior se reconoce expresamente en el libelo. Ahora bien, el Art. 1597 del Código Civil dispone que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que la promesa conste por escrito y por escritura pública cuando se refiere a una raíz. No existe constancia del ofrecimiento de venta ni de que la oferta se hubiese ceñido el precepto transcrito. Lo único que la demandante agrega durante el término probatorio es la protocolización del reconocimiento de

una carta en que el demandado recuerda a los deudos del fallecido la negociación de la villa, el estado de los pagos hechos y otros detalles intrascendentes; 6: La demandante confunde la disposición que se contiene en el Art. 215 del Código de Procedimiento Civil y prescinde de la imperativa y expresa regla del Art. 1745 del Código Civil, según la cual la falta de instrumento público es insubsanable y no puede considerarse como equivalente o sustitutivo de él el instrumento privado judicialmente reconocido. La parte final del primer inciso del Art. 215 Código de Procedimiento Civil, con entera claridad estatuye que este instrumento hace tanta fe como un instrumento público siempre que la Ley no prevenga la solemnidad del instrumento público y ya se dijo que la promesa de venta de un inmueble, para ser válida, debe otorgarse ante Notario con todas las solemnidades de la escritura; 7: En el Título III del Libro IV del Código Civil se distinguen las obligaciones civiles de las meramente naturales. Las primeras dan derecho para exigir su cumplimiento, generan acción. Las segundas no. Son obligaciones naturales entre otras, al tenor de lo estatuido en el Art. 1513 N^o 3^o del Código Civil, aquellas que proceden de éstos o que falten las solemnidades que la Ley exige para que surtan efectos civiles. Ejemplificativamente el legislador se refiere al legado impuesto en testamento nulo. Lo mismo es aplicable a la obligación a que se refiere la demandante. Trátase de una obligación natural que no confiere acción. No existe una obligación civil y por lo mismo no puede hablarse de pago ni de su consignación, en sentido jurídico (—)".

2.- En la sentencia dictada el 17 de mayo de 1976 por la tercera sala, juicio Vega-Alarcón se dice lo siguiente:

"(...) La **promesa de venta en que se basa la acción no ha sido celebrada por escritura pública, como por mandato legal debía hacerse, en atención a que se refiere a un bien raíz, por lo mismo no obliga tal promesa por faltar los requisitos de forma en su celebración; y si no existe legalmente hablando el mencionado contrato, no cabe su nulidad ni puede disponerse que la parte demandada pague daños** y perjuicios y más obligaciones establecidas como pena en dicho compromiso privado de promesa de compraventa. Ahora bien, como se demanda subsidiariamente que "de no proceder el pago de la suma estipulada como indemnización de perjuicios", el pago de S/. 62.240,00 que fueron entregados, con los intereses, sí **procede esta reclamación, por haber constancia de que dicha cantidad recibió la sociedad conyugal** formada entre el fallecido Manuel con Aída, debiendo calcularse los intereses legales del 6% anual desde la citación con la demanda (...)"

Nótese que en este fallo se establece la "inexistencia del contrato", por lo que, por tanto, no cabe declarar su nulidad, aunque sí reconoce al documento como suficiente para probar que la sociedad conyugal sí recibió los valores entregados por la actora. Nos permitimos disentir de este criterio, puesto que el instrumento sí existe, lo que ocurre es que el contrato mismo de la promesa de compraventa es nulo por no haberse celebrado con las formalidades legales establecidas. Luego no podemos declararlo inexistente. Tanto **es así**, que en el fallo siguiente tenemos un argumento contrario al expuesto por los señores jueces en este caso.

3.- Juicio 210, 3a. sala, Ferri-Wandemberg, dictada el 23 de agosto de 1976.

"C..) En virtud del Art. 1597 del Código Civil, la promesa de venta de un bien inmueble no tiene valor como tal promesa si no está otorgada mediante escritura pública, pero un documento privado judicialmente reconocido hace tanta fe como un, instrumento público y constituye plena prueba contra la persona que se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa o que se confiesa haber recibido o estar satisfecha de una obligación. Es decir ^{que} si bien el documento aparejado á la demanda no tiene valor para exigir el cumplimiento del contrato prometido, pero constituye prueba plena, al tenor del Art. 215 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto justifica que el demandado recibió del actor la suma de 235.000 sucres, cantidad que, por lo mismo, está obligado a reintegrar, descontando los 55.000 sucres que se imputó al precio de la compraventa definitivamente otorgada. La alegación del demandado de que es lo mismo contrato nulo que inexistente, no procede, porque hay una profunda diferencia jurídica entre el un concepto y el otro, pues contrato inexistente etimológicamente es el que no existió jamás, y nulo es el que fue celebrado pero no puede surtir efecto legal por falta de requisitos de forma que requiriendo de declaratoria judicial previa para su validez exige la Ley (...)"

4.- Juicio 243- 3a. Sala, Bello-Palacio, dictada el 17 de septiembre de 1976.

"(...) Justificado como está en autos el hecho de que la empresa recibió del actor la suma de S/. 26.000,00 y careciendo de valor legal la promesa de venta contenida en el documento privado para, que el comprador pueda exigir el cumplimiento de ella, el demandado tiene la obligación moral y legal de devolver esa suma, porque

nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno, de acuerdo con un principio de legislación universal (...)".

5.- Sentencia 83, de 18 de mayo de 1972, 4a. Sala.

"(...) Que las partes en el juicio están acordes en reconocer que la promesa de venta de la casa a la que la demanda se refiere ha sido verbal, y que Rodrigo ha recibido de poder de César los veinte mil sucres como anticipo del precio de la venta, conforme aparece del recibo que ha sido reconocido, por el demandado.- Que según lo previsto en el Art. 1597 del Código Civil la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias especificadas en dicho precepto legal, entre otras, la de que conste por escrito; y por escritura pública cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad conforme a las disposiciones de dicho Código.- Que de acuerdo con lo estatuido en el inciso segundo del Art. 1767 del citado cuerpo de leyes, la venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito; y,- Que reconociendo producir obligación alguna, estando el demandado en la obligación de devolver la suma de dinero recibida como anticipo del precio de la venta, eso sí con los intereses legales a contar desde la fecha de la citación con la demanda, por aquello de que es ilícito enriquecerse injustamente(...)".

No obstante lo dispuesto en el Art. 1753 del Código Civil que dice "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una

cosa que valga más de dos mil sucres...", aun siendo verbal la promesa, se obliga al demandado a devolver lo recibido, con los intereses legales.

6.- Sentencia 121, de 5 de junio de 1972:

"(...) como el acuerdo se lo ha hecho constar por documento privado, la **cláusula penal de que el promitente comprador perderá el anticipo si no se formaliza el negocio, se la debe tener como no** escrita, quedando Miguel, en consecuencia, facultado para repetir el pago, al **codeudor solidario en** juicio ejecutivo, por cuanto tanto **el título como la obligación** prestan mérito para ello. (...)"

Mediante esta sentencia se declara título ejecutivo al instrumento privado, por lo que con esta declaración debió el actor iniciar el juicio ejecutivo correspondiente para recuperar lo entregado.

7.- Sentencia 218, de 21 de agosto de 1972:

"(...) Efectivamente, según el Art. 1597 del Código Civil, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias determinadas en la citada disposición legal; pero, por mucho que las promesas contenidas en los mencionados ejemplares, no hayan podido surtir efecto legal alguno, por no haber constado por escritura pública, ni extendiéndose con la concurrencia de los demás requisitos legales, a **la sociedad demandada no le ha asistido derecho alguno para retener aquello que, aunque estipulado en unos instrumentos sin valor alguno ante la Ley, ha sido entregado por el promitente comprador, de**

acuerdo con los términos de la convención. No le privan al demandante para que pueda pedir la restitución de lo pagado en la persuasión de la existencia de unas convenciones que claro está no han podido producir efectos jurídicos, juntamente con la indemnización de los perjuicios causados, los que en el caso actual se traducen en el cobro del interés señalado en la sentencia de primera instancia

8.- Sentencia del 6 de noviembre de 1974,, 5a. Sala.

"(...) que la promesa de bienes raíces, para su validez requiere de la solemnidad de la escritura pública, observando puntualmente la regla primera del Art. 1597, en relación con el inciso segundo, del Art. 1767 del Código Civil, por tanto, el documento privado **no produce obligación alguna, así, en lo principal como en lo accesorio de la cláusula penal. Mas, como la demanda implícitamente reclama la devolución del dinero entregado, en la suma de cinco mil sucres, y el propio demandado confiesa haber recibido, ello implica, necesariamente su restitución con el interés del 6% anual desde la fecha de citación con la demanda, y no el 12% anual de interés convencional por no existir acuerdo sobre tal particular entre los pretensos contratantes (...)**"

9.- Juicio Narváez-Rivadeneirá.

"(...) Adicionalmente, el actor pide que se declare su derecho a la repetición de lo que pagó a consecuencia de ese acto nulo, esto es la suma de S/. 7.000,00 con más los daños y perjuicios. En el contrato, consta ciertamente que el actor ha entregado a la demandada y que esta ha recibido esa suma de sucres en anticipo al precio de lo

que el uno ofreció comprar y la otra ofreció vender.

Como tal compromiso no puede ser efectivado de ninguna manera, es **incuestionable el derecho a la repetición, sin que para esto necesite el demandante de ninguna otra acción**, ya porque es materia de la reclamación en la presente, ya porque no siendo incompatible o contradictoria la acción de nulidad con la de repetición de lo indebidamente **entregado por parte del precio, tampoco requieren de diversa** sustanciación, tanto más que se han tramitado por la vía ordinaria, observándose lo previsto en el Art. 76 del Código de Procedimiento **Civil**; y no viniendo al caso la prueba testimonial actuada, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se revoca el fallo recurrido y se confirma el de primera instancia, en cuanto condena a Delia al pago, en devolución, de los S/. 7.000,00 que le ha entregado Jaime por ese acto sin valor, ampliándose en el sentido de que la demandada no debe por concepto de daños y perjuicios sino el interés del 10% anual desde que fue citada con la demanda, hasta que haga el pago (...)"

Observamos que en esta sentencia se ordena el pago de lo recibido, sin que sea necesaria la sustanciación de otro juicio, como habíamos visto se había dispuesto en casos análogos.

10.- Juicio 109.- Astudillo-Prócel. 18 de abril de 1979.

"(...) De todo esto se deduce que Antonio está en goce del terreno prometido en venta, y que eliminadas las cláusulas que contiene la promesa de venta, 'subsisten otras como la de restituir el dinero recibido, si no se rea-

liza la venta, que generan obligaciones recíprocas, las que por la forma en que han sido estipuladas, **no son pues, claras ni determinadas, y por lo tanto no son ejecutivas**. En estos términos y porque la obligación de devolver el dinero recibido no es ejecutiva, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley, se confirma el fallo impugnado". Con costas".

b) QUE EL CONTRATO SE CELEBRE CON LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO: Como habíamos explicado anteriormente, pueden darse aquí dos situaciones: b.1. Que se firme ante notario, sin las solemnidades del instrumento público o b.2. que se reconozcan las firmas ante aquel funcionario.

b.1. Autenticación de firmas por parte del Notario: El Art. 18, numeral 3, de la Ley Notarial establece como atribución de los Notarios la de "Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas". Por otra parte, la Ley 35, reformatoria de la Ley Notarial, dotó a los Notarios de una atribución más al facultarlo, en el numeral 9° que se agrega al Art. 18, para "Practicar reconocimientos de firmas".

Si ante un Notario acuden dos personas que han redactado un contrato que contiene una promesa de compraventa de un bien inmueble, para firmarlo en presencia del indicado funcionario y, a pesar de hacerles saber que dicho instrumento sería nulo, por las razones ampliamente expuestas, ¿podría el Notario negarse a dar fe de que las firmas y rúbricas estampadas en dicho documento son auténticas, esto es, de que fueron puestas ante él?

El numeral 1° del citado artículo 18 establece como

primera atribución del Notario la de "Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, **salvo que tuvieren razón o** excusa legítima para no hacerlo".

Aquí deberíamos de puntualizar lo que significa "AUTORIZAR". Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española autorizar es "Dar fe el escribano o notario en un documento".- Por otro lado, en la disposición inmediatamente citada hay dos atribuciones en vez de una: Por una parte, "autorizar los actos y contratos"; y, por otra, "redactar las correspondientes escrituras", entendiéndose que también los autoriza. El Art. 6 de la Ley Notarial dice que "Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados por las leyes". Es decir que, cuando el Notario interviene al sentar la diligencia de que las firmas fueron puestas ante él, de acuerdo con el No. 3 del Art. 18 de la misma ley, que dice "Son atribuciones de los Notarios, además de las constantes en otras leyes: (...) 3.- Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas; (...)". está DANDO FE de que ese hecho –el de firmar– ocurrió, en eso consiste su AUTORIZACION. En estos contratos contenidos en instrumentos privados, no existe la intervención del notario en el otorgamiento del mismo, porque ¿qué es lo que las partes solicitan al Notario? No que autorice el contrato, sino el acto de que se suscribió ante él, es decir, que el Notario dé fe de que las firmas estampadas en ese documento fueron puestas ante él y son, por tanto, auténticas. No existe disposición legal alguna que impida o prohíba al Notario dar fe de que las firmas son impuestas en su presencia. El Art. 20 de la citada ley, que

enumera las prohibiciones a estos funcionarios no lo estipula como tal.

Naturalmente, que el Notario, para precautelar los intereses de los particulares, está en la obligación de instruir a las partes, haciéndoles conocer que el contrato contenido en el instrumento privado es nulo, que no surte efecto alguno, y, por supuesto, evitar, en lo posible, autenticar las firmas en este tipo de documentos.

b.2. En el segundo caso, de la práctica del **reconocimiento de firmas ante** Notario. Supongamos que el instrumento privado que contiene la promesa de compraventa de un bien raíz ya ha sido elaborado y suscrito por las partes con anterioridad, antes de concurrir ante el Notario. ¿Podría el Notario, por los motivos antes expuestos, negarse a sentar la diligencia de que las partes concurrieron ante él y reconocieron como ser suyas las firmas y rúbricas impuestas en el mismo?

En primer lugar, la disposición legal es por demás escueta, se limita sólo a decir "Practicar reconocimientos de firma", sin limitación de ninguna clase y sin lugar a abstención por parte del Notario. En segundo lugar: ¿Qué autoriza el Notario?. Dicho en otros términos, ¿de qué es lo que da fe el Notario?. No de los hechos ocurridos, precisamente; no de lo que contiene el documento, no de la veracidad de su contenido, no de que efectivamente Juan le prometió a Pedro vender su casa de la esquina. El Notario da fe, sólo y exclusivamente, del hecho de que Pedro y Juan acudieron ante él y reconocieron como ser suyas las firmas y rúbricas impuestas en ese documento. En tercer lugar, conforme lo hemos analizado, el hecho del reconocimiento judicial (no del

notarial) en este tipo de documentos, no los convierte, según el Art. 198 del Código de Procedimiento Civil, **en** un documento público, sino en un instrumento probatorio, por lo que, en cuarto lugar, este documento constituye una prueba en contra de aquél que recibió el dinero, para obligarlo a su restitución.

Pensamos que, si por una parte, el hecho de que el documento sea reconocido notarialmente no le da el carácter de público, y que aun reconocido, según el Código de Procedimiento Civil, tampoco significa que sea cierto el contenido de las declaraciones en él vertidas, siendo la intervención del Notario posterior a la celebración del contrato, no concomitante con ésta, sería legítima su actuación y no estaría yéndose contra el orden público al aceptar practicar tal diligencia.

Quizá, sería necesario que en la práctica se haga constar la advertencia del Notario a las partes de que aquel instrumento es nulo. Por otro lado, no debemos olvidar que la disposición de la Ley Notarial es novísima, y la intervención del Notario en este sentido no se encuentra prevista en nuestro procedimiento civil, por lo que al referirse el código adjetivo al documento reconocido, siempre se hace alusión al reconocido judicialmente, sea en forma voluntaria, sea por orden del Juez.

c) PROTOCOLIZACION DEL INSTRUMENTO QUE CONTIENE LA PROMESA.- El mismo Art. 18 de la Ley Notarial, en el numeral 2, establece otra atribución del Notario: "Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal".

Conviene examinar, en primera instancia, qué es PROTOCOLIZAR. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa "Incorporar al protocolo una escritura matriz u otro documento que requiera esta formalidad". Como se puede apreciar, la acepción es restringida, porque no todos los documentos que se protocolizan en las Notarías requieren de la formalidad de incorporarse al protocolo que lleva el Notario. Según el mismo diccionario, PROTOCOLO es la "ordenada serie de escrituras matrices y otros documentos que un Notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades". Y, según nuestra Ley Notarial, en su artículo 22, "Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el Notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente, o a petición de los interesados".

El tratadista mexicano Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su obra Derecho Notarial, al referirse a la protocolización dice: "(...) en la protocolización sucede algo muy particular: Se trata sólo de hacer constar en el protocolo la existencia de determinado documento que agrega al apéndice". Es decir, dice relación con la EXISTENCIA del documento. Y el autor cita el Art. 90 de la Ley del Notariado mexicano, cuyo texto en la parte que nos interesa es como sigue: "No podrá protocolizarse el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". Texto que no consta en nuestra legislación.

Sinembargo, en un corto análisis ¿qué entendemos por contrario a las leyes de orden público? Aquello que perturba la paz, la tranquilidad ciudadana. Sería

contrario al orden público, por ejemplo, el hecho de protocolizar un documento por el cual Juan le vende a Pedro la Plaza del Centenario de la ciudad de Guayaquil, o también el acto por el cual se constituye una asociación de delincuentes, con fines específicos de perjudicar a la nación, explicando la forma en que se cometerán los actos, el reparto del botín, etc., etc. Pero, nos preguntamos si es contrario al orden público el hecho de protocolizar un documento privado que contiene una promesa de compraventa de un bien raíz, si sabemos que no por ello adquiere el carácter de escritura pública y, que por otra parte, lo único que se está haciendo es omitir una solemnidad sustancial, que dice relación con la forma del documento y que mira solamente el interés de los particulares, en la ocurrencia del promitente vendedor y del promitente comprador.

¿Cuál es el motivo por el cual un particular solicita al Notario que protocolice un documento?. Muchas veces la intención es evitar la pérdida de un original y solicitar las copias tantas veces cuantas haga falta. Nótese que no nos referimos a la protocolización por orden judicial. El mismo autor mexicano dice más adelante en la obra citada que "En la protocolización el documento no se elabora por el Notario como sucede con la escritura pública, sino que tiene una existencia anterior fuera de la Notaría. El Notario, al protocolizar un documento SOLO HACE CONSTAR SU EXISTENCIA, que lo agregó al apéndice y la fecha en que lo hizo". Esto es lo que en la práctica se realiza: Hacer constar su existencia y la fecha en que esto ocurre, de lo cual se da fe; luego, no se autoriza el documento.

¿Cuál sería el efecto jurídico de la protocolización

de un instrumento privado que contiene un contrato por cuya naturaleza debió haberse celebrado por escritura pública? Ninguno, puesto que como hemos explicado anteriormente no por ello lo convierte en documento realizado con las solemnidades legales que la ley exige para el otorgamiento de este tipo de contratos.

Concretando el caso en la promesa de compraventa. Si el documento ha sido preparado fuera de la oficina del Notario y celebrado con anterioridad, ¿debería negarse el Notario a su protocolización, aduciendo PROHIBICION LEGAL?. ¿Cuál sería la disposición legal que se lo prohíba? Ninguna. Tanto más cuanto que la disposición sustantiva contenida en el tantas veces mencionado Art. 1.597 del Código Civil dice: "La promesa de celebrar un contrato, no produce obligación alguna, salvo que (...)" Es posible que, habiendo incumplimiento por una de las partes en la ejecución del contrato, una de ellas quisiera conservar el original a buen recaudo para efectos de solicitar judicialmente la repetición de los valores entregados al promitente vendedor. Por lo que concluiríamos que no procedería la negativa del Notario para llevar a cabo tal diligencia.

C) ASPECTOS TRIBUTARIOS EN LA PROMESA DE COMPRAVENTA.

Sabemos que la promesa de compraventa no causa impuestos de alcabalas. Antes, sólo se pagaba timbres fiscales y, en el caso de la Provincia del Guayas, el impuesto de dos por mil sobre la cuantía del contrato, en favor de los Colegios Aguirre Abad y Dolores Sucre. Las disposiciones legales por las cuales se debía pagar timbres fiscales y el referido impuesto fueron derogadas

(R.O. # 341, del 22 de diciembre de 1989, y R.O. # 97, del 29 de diciembre de 1988, en su orden).

No obstante, conviene analizar ciertos criterios para efectos de la fijación de la cuantía, con el objeto de determinar los valores a pagarse por impuestos de Registro de inscripción. Sabido es que, para demandar la ejecución del contrato que comentamos, se exige -criterio que no compartimos- que el contrato se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón donde se encuentra ubicado el bien objeto del mismo. Por tanto, previo a su inscripción, es necesario realizar el pago de los antedichos impuestos, tanto a favor del Municipio a cuya jurisdicción pertenece el bien: Uno por ciento sobre la cuantía del contrato, Art. 363 y 365, Ley de Régimen Municipal; y, uno por mil a favor de la Junta de Defensa Nacional. Cuando el contrato es de cuantía indeterminada, se debe pagar cien y cincuenta sucres, respectivamente (Art. 367 Ley de Régimen Municipal).

En consecuencia, habría que contemplar tres factores para efectos de determinación de la cuantía: 1) El precio total de la venta; 2) *el* valor de las arras; y, 3) La suma estipulada a pagarse como indemnización en la cláusula penal.

No obstante que, como expresamos, ya no se debe pagar por timbres fiscales, es necesario tener en cuenta, para una mejor orientación, el criterio de la Dirección General de Rentas.

Dicha Dirección, mediante oficio dirigido al Doctor Rodrigo Salgado, Notario Décimo Primero del cantón Quito, en el trámite 32185, al absolver la consulta plan-

teada con respecto al pago del impuesto de timbres en los contratos de promesa de compraventa, lo hace de la manera siguiente: "(...) TERCERO: En cuanto a la tercera consulta de su comunicación tendiente a conocer cómo se ha de pagar los derechos de timbres en los contratos de promesa de compraventa, esta Dirección se ha pronunciado en el sentido de que, para evitar la duplicidad del pago del mismo tributo, el contrato de "promesa de venta" se considera de CUANTIA INDETERMINADA, excepto cuando haya cláusula penal, en cuyo caso el valor de las multas será la cuantía DETERMINADA, para efectos del pago del mencionado impuesto de timbres".

Veamos en primer lugar qué es cláusula penal. Al tenor de lo dispuesto en el Art. 1578 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".

Del texto del oficio de la Dirección General de Rentas se infiere que si las partes no fijan una pena en caso de incumplimiento por cualquiera de las dos, la cuantía del contrato sería indeterminada, cualquiera que sea el precio que se estipule por la compraventa, y cualquiera que fuese la cantidad que se entregue como arras. Sin embargo, nos preguntamos si ¿al entregarse una suma determinada y estipularse expresamente que se la da en calidad de "arras", sin mencionarse que se devolverán dobladas en el caso de que el promitente vendedor sea quien incumpliere con la obligación prometida, podríamos interpretar que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, éstas se entregarán dobladas, y, con-

secuentemente, tomárselo como una penalidad, en cuyo caso la cuantía del contrato dejaría de ser indeterminada para determinarse por el duplo de la suma recibida por el promitente vendedor?

El Art. 1769 del Código Civil dice que "Si se vende con arras, está es, dando una cosa en prenda de la celebración o de la ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse, el que ha dado las arras perdiéndolas, y, el que las ha recibido, restituyéndolas, dobladas". La pena sería entonces la suma equivalente a las arras (no dobladas, porque está obligado a restituirlas). Entonces, la cuantía del contrato estaría determinada por el valor de las arras.

Al respecto, veamos las respuestas a algunas consultas realizadas al Tribunal Fiscal:

1.- Consulta # 732, Oficio # 8937, Quito, 29 de noviembre de 1978:

"La ley de impuesto de timbres vigente conforme lo prescribe el Art. 1 °, grava a los actos, contratos, actuaciones judiciales y administrativas y documentos públicos o privados determinados expresamente en la misma, pero NO A LA SIMPLE PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO, CUYA CUANTIA POR SU NATURALEZA ES INDETERMINADA. En las promesas de compraventa puede estipularse o no la cláusula penal para efectos de incumplimiento de la celebración del contrato prometido. Si se ha omitido dicha cláusula, en el documento que conste la escritura pública respectiva, de conformidad con lo que dispone el numeral 1) de la tarifa I del Art. 41 de la Ley, o sea para el caso de los con-

tratos de cuantía indeterminada, deberán apositarse por concepto de timbres S/. 20,00 en la primera foja y S/.6,00 en las siguientes". Pero, si se ha estipulado cláusula penal en el contrato de promesa de venta, la cuantía será la correspondiente al valor que **se estipule en dicho contrato** como sanción y la tarifa de los derechos de Timbres que afecte a la escritura pública, será la correspondiente a los contratos de cuantía determinada, para cuyo efecto se aplicarán los derechos fijos y graduales **contenidos en el numeral 2) de la tarifa 1 de la referida disposición legal**".

Como vemos, aquí se sigue el criterio enunciado por nosotros. Sin embargo, en la consulta siguiente vamos a observar una opinión completamente opuesta, para la determinación del impuesto de timbres fiscales en un contrato de promesa de compraventa contenido **en instrumento privado**, y cuya ejecución fue demandada judicialmente:

2.- Consulta # 370, oficio 8226, de 17 de septiembre de 1976.

"...2. El contrato antes mencionado adolece de nulidad, por cuanto los mismos deben elevarse a escritura pública, teniendo efecto única y exclusivamente para constancia de los valores entregados y recibidos. En tal virtud, procede que se liquide el impuesto de timbres fiscales tomando en consideración como cuantía el valor que ha sido entregado por el promitente comprador...".

Finalmente, veamos el caso de un contrato de compraventa, cuyo impuesto de timbres ya había sido satis-

fecho al momento de celebrarse el contrato de promesa de compraventa, por escritura pública:

3.- Consulta # 1757, trámite 110812, oficio # 390, diciembre 17 de 1984.

"(...) Con esos antecedentes y en consideración de que por las mencionadas escrituras de promesa de venta y construcción se han satisfecho los impuestos de timbres fiscales en la justa medida que corresponde a los precios estipulados por la construcción de los locales comerciales, y que comprenden también los valores de las alícuotas del terreno sujetas al régimen de propiedad horizontal, se declara que las escrituras definitivas a celebrarse para formalizar las negociaciones al tenor de las minutas presentadas, **NO CAUSAN NUEVAMENTE IMPUESTOS DE TIMBRES** por las cuantías determinadas, sino únicamente los que corresponden a un acto de cuantía indeterminada, conforme a la Tarifa I, numeral 1, del Art. 41 de la Ley de Timbres, más los timbres adicionales de salud y judicial en cada foja".

Como observamos, se ratifica el criterio de que la cuantía en el contrato de promesa de compraventa sin cláusula penal es de cuantía indeterminada.

CONCLUSIONES:

- 1.- El contrato de promesa de compraventa de un bien raíz debe necesariamente celebrarse por escritura pública.
- 2.- Es nulo todo contrato de ese género otorgado en instrumento privado, aun cuando las firmas en él

impuestas hayan sido autenticadas por un Notario, o reconocidas ante este funcionario o ante un juez.

- 3.- Tampoco surte efectos legales el instrumento privado que contenga un contrato de promesa de compraventa de bien raíz protocolizado por un Notario.
- 4.- El documento privado sólo sirve como documento probatorio en el evento en que se reclame las sumas entregadas por concepto de anticipo o de arras.
- 5.- La celebración, por escritura pública, del contrato comentado, no causa impuestos de alcabalas, no produciéndose, por tanto, doble tributación al momento de realizarse la compraventa.
- 6.- Para su inscripción, es necesario el pago de los impuestos de registro, para lo cual es necesario fijar la cuantía del contrato.