

INVERSIONES EBELLE, S.A., APPEALS IN CASSATION IN ORDINARY PROCEEDING BROUGHT AGAINST THE APPELLANT BY MS. MIRIAM COTO CABRERA.

Court: Supreme Court of Panama

Division: Civil Division One

Justice writing decision: Rogelio A. Fábrega Zarak

Date: 9 April 2003

Area of law: Civil Code

Cassation

Case No.: 104-02-F

[...]

The conceptual category of the contract (atypical contract) with which the Court is concerned, though it is not fully settled, is categorized into what legal scholars refer to as pre-contracts, the purpose of which is to enter into another contract (final) for which the pre-contract or preliminary contract only establish the indispensable key points to identify it. These include the “agreement” as to the price, the object of the sale, and the time (“the period”) when the contract is to be signed. The contract rules described and regulated in Article 1221 of the Civil Code must be applied to reciprocal purchase and sale promises, since they have a similar contractual structure. (See rulings of 17 February 1967 and 14 August 1975, in DULIO ARROYO, “20 years of established precedent of the First Civil Division of the Supreme Court of Justice, pages 203-304).

In that regard, the late esteemed civil law scholar DULIO ARROYO affirms that, in addition to specifying that the purpose of the promise is the promised or primary contract (page 60), he points out the differences between the purchase and sale contract and the promissory agreement in the text transcribed below:

‘(...)

Because an examination of the provisions of the Civil Code clearly shows that our Lawmakers did not intend to assimilate it into the purchase and sale contract, and categorized it as a different type of agreement, though they did not make it the subject of any special rules. Thus we see that: a) the purchase and sale contract is a nominate or typical contract, while the bilateral promise of purchase and sale agreement is an innominate or atypical contract, as the Court has acknowledged in a decision cited previously; b) because, as the Court has also ruled in the decision referenced above issued on 17 September 1969, the promise creates a duty to perform an obligation: enter into the promised or primary contract, while the purchase and sale contract imposes upon the seller the obligation to transfer ownership to the buyer (obligation to give), and the obligation of the buyer to pay the price of the item; c) while the purchase and sale contract constitutes a transfer of ownership, the promise of purchase and sale agreement is limited to acting as a preliminary and preparatory agreement, which rather serves the purpose of a guarantee; ch) the purchase and sale contract constitutes an act of conveyance, which is not the case with the promise of purchase and sale; d) in our Law, the promise of purchase and sale necessarily requires that

the parties stipulate terms or conditions that establish the time when the sale will occur (Article 1221); in other words, in this case these modalities constitute by mandate of the law an element of the essence of the contract; on the other hand, the purchase and sale agreement contains merely incidental elements; e) in the case of real property, the promise of purchase and sale is formalized in writing (Article 1221), while the purchase and sale contract is set forth in a public deed (Article 1220); f) if the promise of purchase and sale is recorded, based on Paragraph 3 of Article 1221, the recording does not constitute transfer of the property, while if the contract corresponds to a sale (of real property) it does result in a transfer (Article 1232, Paragraph 2); g) these contracts are not subject to the same rules. Since it is a nominate contract, the purchase and sale contract has its own specific rules, to which it must be subject (Article 1215 and following of the Civil Code); the bilateral promise of purchase and sale agreement, on the other hand, is an innominate contract, which is not subject in principle to the rules of the purchase and sale contract, but solely with respect to those rules that are compatible with its nature; by analogy, it is subject to the provisions of 1221 and in all other matters it is governed by general rules of obligations and contracts (see Article 1221, paragraph 2).

(...) (DULIO ARROYO CAMACHO, “Civil Contracts”, Volume I, Second edition, reviewed and updated, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 1997: pages 53-54).”

“In this sense, it bears mentioning that, in Colombian case law, there is a reference to this complex legal phenomenon, in which things like the price, specific elements of the purchase and sale (such as the price to pay and delivery of the thing) are incorporated into a contract, which does not negate its nature, and its use has come to be justified because of the evolution this contractual form has seen in recent years.

‘As the Court has repeatedly upheld the promise of purchase and sale, by its nature, simply creates the obligation to go through with the promised contract. The promise of a contract reflects a negotiation, to the point that the Legislature incorporated it into the legal order with some special requirements. However, the development of this form of negotiation, particularly in the large cities, where real estate ownership undergoes constant changes due to conventional interests, has made or prevailed (sic) that the promise, in matters related to purchases and sales, has become a legal business class of unquestionable use in transactions, to such a degree that a real estate purchase and sale contract is almost always preceded by a promise as a legal means of binding the parties in pursuit of the performance of that contract.

The frequent use of these promise of a purchase and sale agreements for real estate has also led to the parties not limiting themselves to defining the profiles of the transaction in accordance with their own provisions and those that emanate from Article 89 of Law 53 of 1887, but the expression of will lets them incorporate other contractual stipulations which, while not negating their nature, make them complex in their development and execution and obliges the promising parties to fulfill all the points in the document.

Among the negotiation points, there are many that revolve around the elements of the sale such as the price and the object, particularly with regard to the payment of the former and the delivery of the latter. In other words, the contracting parties most often agree, in the majority of cases, on points that do not necessarily lead to obligations but foretell commitments or duties to reach the main purposes desired by the parties, because what is pertinent is that those items be formalized when the purchase and sale contract is finalized.’

The obligations that the parties establish, as a preliminary step before formalizing their obligations, acquire an indisputable legal relevance: they must be fulfilled by the contracting parties in the agreed order and manner. Whatever is done, deviating from these contractual criteria or designs, will have an impact on the performance or nonperformance of the agreement, which will later enable the pertinent actions of termination of the contract or its fulfillment, but certainly leaving aside the disciplinary exceptions in the private order, like the unperformed contract.”

[...]

INVERSIONES EBELLE, S. A., RECORRE EN CASACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO QUE A LA RECORRENTE LE SIGUE LA SEÑORA MIRIAM COTO CABRERA.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Primera de lo Civil

Ponente: Rogelio A. Fábrega Zarak

Fecha: 9 de Abril de 2003

Materia: Civil

Casación

Expediente: 104-02-F

VISTOS:

Dentro del proceso ordinario propuesto por la señora MIRIAM COTO DE CABRERA contra INVERSIONES EBBELLE, S.A., ha propuesto la demandada recurso extraordinario de casación contra la sentencia expedida el 27 de febrero de 2002, por el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial.

El recurso fue admitido, por lo que se concedió a las partes el término de ley para que alegaran en el fondo, oportunidad procesal que fue aprovechada por ambas partes. El negocio se encuentra para decidir, procede la Sala a emitir la decisión respectiva, previo a lo cual se dejan expuestos los antecedentes fácticos del mismo.

LITIGIO

El proceso en el cual se recurre tiene su génesis en la demanda presentada por la señora MIRIAM COTO DE CABRERA contra INVERSIONES EBBELLE, S.A., en la cual pide que se condene a la demandada a pagarle la suma de TREINTA MIL CUATROCIENTOS BALBOAS (B/.30,400.00), más costas, gastos, intereses y el daño moral, por haber incumplido el contrato de compra venta que suscribió con la demandada.

De acuerdo con los hechos de la demanda, en virtud del contrato de promesa de compra venta antes referido se comprometió la sociedad demandada a venderle a la actora un apartamento con una cabida aproximada de 185 mts.2., obligación con lo cual no cumplió la promitente vendedora, puesto que el apartamento segregado tiene una cabida inferior a la pactada, es decir, que la superficie del mismo es de sólo 144 mts2, razón por lo cual pide el apoderado judicial de la actora la rescisión del contrato referido y la devolución de los B/.30,400.00 que su mandante le había abonado a la sociedad demandada, de conformidad con lo dispuesto en el contrato de promesa de compra venta antes referido.

La demanda quedó radicada en el JUZGADO TERCERO DE CIRCUITO DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMÁ, RAMO CIVIL, el cual la corrió en traslado a la parte demandada. En su escrito de contestación de la demanda niega INVERSIONES EBELLE, S.A. que el apartamento objeto del contrato tenga una cabida superficial inferior a los 185 mts2 pactado, lo que atribuye a una equivocación en los planos, de lo cual se pretende servir la actora. Explica que dicho apartamento, el 1-20A, tiene una cabida de 166.75 mts2, al

cual se le suma 18.26 mts², que corresponden al área de escalera, vestíbulo y elevadores, lo que da una cabida total de 185.01 mts², tal cual se había pactado.

Pero al margen de lo anterior, alega la apoderada judicial de la sociedad demandada que el contrato de promesa de compraventa suscrito por su mandante con la actora, fue incumplido por la señora MIRIAM COTO DE CABRERA, al dejar de pagar el saldo insoluto adeudado, razón por lo cual su poderdante optó por resolverlo, lo que fue comunicado a la demandante y reservando la promitente vendedora para sí la suma abonada, de conformidad con lo acordado.

Del proceso se cumplieron las fases de pruebas y alegatos, colocándose así en estado de decidir. Mediante Sentencia N°105, de 15 de octubre de 1999, profirió el Juzgado Tercero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial su decisión en el caso, rescindiendo el contrato de promesa de compraventa objeto del proceso y condena a la sociedad demandada a restituirle a la señora MIRIAM COTO la suma de B/.34,400.00, más intereses y costas.

La decisión anterior fue recurrida en apelación por la sociedad demandada ante el Primer Tribunal Superior de Justicia y solicitó la práctica de pruebas en segunda instancia. Evacuadas las pruebas solicitadas y presentados los alegatos oportunamente por ambas partes en esta instancia procesal, procedió el ad-quem a dictar sentencia en el caso el 27 de febrero de 2002, en la cual se modifica el fallo de primera instancia, en el sentido de fijar la cuantía de la condena impuesta a la sociedad demandada en TREINTA MIL CUATROCIENTOS BALBOAS (B/.30,400.00), que es la suma cuyo reembolso pide la parte actora en su demanda, y confirmada en todo lo demás.

No conforme con la decisión anterior, recurre en esta ocasión la parte demandada en casación contra la decisión de segunda instancia.

RECURSO DE CASACIÓN Y DECISIÓN DE LA SALA

El recurso de casación comentado se propone en el fondo y se invocan dos causales, las cuales se examinarán en el orden que aparecen enunciadas.

"Infracción de normas sustantivas de derecho por concepto de violación directa, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida".

La referida causal se apoya en cuatro motivos, de cuyo contexto se extrae que la supuesta violación directa de la ley atribuida al tribunal ad-quem, ha de derivarse de la omisión en la aplicación de las normas civiles que facultan a la parte que cumple con la pactado, en el supuesto de incumplimiento contractual, a resolver la obligación y a que se le reparen los perjuicios. Según el apoderado judicial de la parte casacionista, la omisión del pago por la demandante de conformidad con lo pactado en el contrato de promesa de compraventa objeto del proceso, dio lugar a que su mandante sin recurrir a los tribunales de justicia resolviera dicho contrato y se quedara con la suma abonada por la señora MIRIAM COTO CABRERA, de conformidad con lo acordado en la cláusula octava del contrato tanta veces referido, lo que el tribunal desconoció en franca contradicción con la ley civil.

Conviene dejar transcrito los motivos de la causal examinada:

"Primero: A pesar de que la obligación de realizar los pagos en la forma convenida y de efectuar un último abono equivalente al saldo insoluto del precio de venta final del apartamento fue incumplida injustificadamente por la Promitente Compradora, lo que conforme a las Cláusulas Sexta y Octava del Contrato de Promesa de Compraventa, le daba derecho a la Promitente Vendedora a considerar resuelto el contrato, y a quedarse con las sumas abonadas por aquélla, el Primer Tribunal Superior de Justicia no aplicó, debiendo hacerlo, la norma del Código Civil que faculta a nuestra representada a resolver la obligación y a que se le reparen los perjuicios; con lo cual incurrió

en Violación Directa de la Ley Sustantiva, que influyó sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida.

Segundo: No obstante que la Promitente Compradora incumplió la Cláusula Sexta del Contrato de Compraventa al no pagar el saldo insoluto luego de habersele comunicado de la fecha de expedición del Permiso de Ocupación, y que la Promitente Compradora convino en la Cláusula Octava que su incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones del Contrato da derecho a declarar resuelto el contrato, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia, en cuyo caso las sumas abonadas quedarán a favor de la Promitente Vendedora en concepto de daños y perjuicios, el Primer Tribunal Superior dejó de aplicar la norma del Código Civil que faculta al contratante que ha incumplido a resolver el contrato a exigir la reparación de perjuicios.

Tercero: A pesar de que la Promitente Vendedora había declarado resuelto el contrato de Promesa de Compraventa debido a la violación por la Promitente Compradora de la Cláusula Sexta del Contrato, al dejar de pagar el saldo insoluto de la obligación, el Primer Tribunal Superior de Justicia sin causa justificada rescindió el contrato y condenó a nuestra representada, con lo cual le desconoció a la Promitente Vendedora, que sí cumplió con su obligación, un derecho consagrado en la cláusula Octava debidamente aprobado por ambas partes, y dejó de aplicar la norma sustantiva del Código Civil que faculta a resolver el contrato y a exigir indemnización de perjuicios por incumplimiento de la otra parte.

Cuarto: El Primer Tribunal Superior de Justicia, sosteniendo equivocadamente a fs. 337 que el pago del precio no es de la esencia del Contrato de Promesa de Compraventa de un bien inmueble, a pesar de que ambas partes lo pactaron en las cláusulas Sexta y Octava, y que la Promitente Compradora incumplió su obligación, se abstuvo de aplicar la norma del Código Civil que faculta al Promitente Vendedor a resolver el contrato y a cobrar indemnización de daños y perjuicios por falta de pago del precio en el tiempo convenido, con lo cual incurrió en la causal de Violación Directa de la Ley Sustantiva, influyendo ello en lo dispositivo de la resolución recurrida". (f. 371-372)

parte casacionista, como consecuencia de los cargos formulados en los motivos arriba transcritos, incurrió el adición legal de los artículos 1009, 1221 y 1007 del Código Civil.

Si bien la censura se dirige a la violación directa que se produce desatendiendo el mandato que lo contiene, con respecto a toda cuestión de hecho, analizaremos las normas censuradas, en el orden utilizado por la recurrente

El artículo 1009 del Código Civil. Mediante dicho precepto fundamental para la terminación de las relaciones contractuales recíprocas, se concede a una de las partes que ha cumplido con su obligación o se allana a cumplirla el derecho potestativo de disolver el contrato judicial o extrajudicial, poniéndole fin al mismo o exigiendo su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. Es requisito fundamental que el afectado haya cumplido de su obligación, pues de otra parte entra en juego la excepción de contrato no cumplido, la que puede ser reconocida aún de oficio (artículo 693 del Código Judicial). Para ello, es indispensable que quien demanda la resolución o el incumplimiento del contrato haya a su vez cumplido la parte que le corresponde. Así se desprende de la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia de 17 de febrero de 1967 (Véase DULIO ARROYO "20 años de jurisprudencia de la Sala 1ª de lo Civil, ficha N°540, pág.254), que conviene transcribir:

"540. RESOLUCIÓN DE CONTRATO BILATERAL. *Para que proceda es preciso que el actor haya cumplido y que acredite el incumplimiento del demandado.*

Los demandantes sólo podían exigir al demandado el cumplimiento de su obligación demostrando ellos que habían cumplido la obligación que les incumbía; y que habiéndola cumplido *plenamente el demandado había incumplido la suya*, algo que en el presente litigio no se ha probado. Además, para que pueda prosperar la acción resolutoria que concede el Art.1009 del C.Civil es requisito esencial que haya habido verdadero, y propio incumplimiento.

Sentencia de 17 de febrero de 1967.

Repertorio Jurídico N°2, febrero 1967, pp.45 a 52."

(DULIO ARROYO CAMACHO, "20 años de jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá: 1961-1980", Impreso en San José de Costa Rica, Panamá, 1992; pp.254)

Como es evidente que esa no es la situación de autos, sino la contraria, dado que la demandante alega incumplimiento por parte de la demandada-recurrente, no aprecia la Sala que haya sido vulnerada la disposición en referencia.

Las referencias a esta potestad tiene una importancia paradigmática en nuestro ordenamiento civil, y en los importantes sistemas civiles comparados. Si bien en sus inicios se construye como condición resolutoria tácita o implícita, lo que ha sido señalado como un error, ya que no es técnicamente una condición, es evidente que se trata de un remedio procesal de continuado uso en los contratos de prestaciones recíprocas, de naturaleza sinalagmática, en la forma de una facultad o una potestad. Por esa razón debe permitirse su uso en las siguientes circunstancias: que la resolución o ejecución vengan reclamadas, judicial o extrajudicial, por quien ha cumplido frente a quien ha incumplido, que se trate de obligaciones recíprocas (sinalagma genético y funcional) es decir, que una sea causa de la otra, debe tratarse de un incumplimiento grave y de trascendencia, en virtud del principio de conservación de los actos (artículo 1135 del Código Civil) o, como plantea la doctrina jurisprudencial española, atribuirse a una "*voluntad obstativa al cumplimiento*".

Se reitera: al momento de incumplirse el contrato por la ahora demandante, ésta, a su vez, denunciaba el incumplimiento contractual de no ajustarse el objeto del contrato al bien prometido en venta, por cuanto tenía una superficie inferior a la pactada (vease foja 83 del expediente).

El artículo 1107 del Código Civil. La censura se ubica en que, al declarar la rescisión del contrato, se le reconoce a la demandante el derecho a rescindir unilateralmente el contrato. En primer lugar, cabe señalar que la rescisión del contrato fue producto de una decisión jurisdiccional, a consecuencia del ejercicio del derecho de acción de la demandante, que la sentencia estimó ajustado al ordenamiento jurídico, en ejercicio de la potestad de declarar el derecho vigente en una controversia específica, lo que es de esencia de la función jurisdiccional. El artículo 1107, por el contrario, impide que una de las partes contratantes, de manera unilateral, decidan sobre la validez de un contrato del cual es parte y también, en idénticas circunstancias, determine la forma en que un contrato ha de ser cumplido.

En realidad, lo que se deriva de los motivos nada tiene que ver con la validez o el cumplimiento de un contrato, sino, por el contrario, resolver el contrato en base a una cláusula resolutoria expresa, que consiste, como es sabido, de un derecho potestativo a ponerle fin al contrato extrajudicialmente, por un supuesto incumplimiento, sin acudir a la autoridad jurisdiccional a obtener un pronunciamiento en tal sentido (condición resolutoria expresa), cosa notoriamente diferente a la prohibición contenida en el artículo 1107 del Código Civil.

Ha sido agriamente discutido en la doctrina, si la resolución de un contrato bilateral ha de ser consecuencia de un pronunciamiento judicial o sí, por el contrario, tal derecho potestativo lo puede hacer directamente una de las partes, que cumplió. El estado de la doctrina es que esta segunda posibilidad es coherente con el ordenamiento jurídico, como una manifestación de la autonomía contractual expresado en el artículo 1106 del Código Civil, y que la doctrina constitucional alemana, ubica como una manifestación del derecho a la personalidad, es decir, de rango constitucional y, entre nosotros, de la libertad contractual, también de rango constitucional. No obstante lo dicho, es evidente que tal potestad no opera de manera automática, es

decir, no basta el incumplimiento para que, *ope legis*, opere la resolución. Se requiere una declaración recepticia por la parte que ha sido afectada por el incumplimiento, siempre que no se trate de incumplimientos recíprocos, porque en tal caso, la controversia contractual ha de ser desatada por los tribunales.

En ese sentido se ha pronunciado nuestro eximio civilista DULIO ARROYO CAMACHO (q.e.p.d.) en los términos que hace suyos la Sala:

" ...

Será preciso distinguir si el Pacto Comisorio es Simple o Calificado o de Resolución ipso facto. El simple se regirá por el Art. 1009 del C.C.P., y por las normas especiales que regulen la materia, v. Gr. Arts. 1308 y 1321, si se trata de un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, sujeto a las normas de dicho Código. En el calificado, aun cuando las partes hayan estipulado que la resolución tendrá lugar de pleno derecho, automáticamente, ello no será así, pues en este caso la resolución sólo se va a producir cuando se cumplan los requisitos o condiciones exigidos por la ley, y que son tres: a) que tenga lugar el incumplimiento; b) que el interesado haya cumplido con sus obligaciones y opte por la resolución, y, c) que le comunique a la parte que ha incumplido, su decisión de dar por resuelto el contrato. Dicha notificación podrá hacerse en cualquier forma, salvo en el caso contemplado en el párrafo 1º del Art. 1275, según el cual el requerimiento debe ser judicial. Este último requisito, aunque nuestra legislación no le establece con carácter general, como lo hacen los demás modernos Códigos civiles, v. gr. De Italia, Argentina, Perú, etc., resulta, en mi opinión, de la aplicación por analogía del Art. 1275, p.1º del C.C.P.. Ahora bien, como se trata de una declaración de voluntad recepticia, el contrato quedará resuelto cuando la misma llegue a conocimiento del destinatario, aunque si éste se opone a ella el interesado tendrá que acudir a los tribunales de justicia a solicitar que declaren que la resolución ha operado. En otras palabras, la resolución extrajudicial requiere el consentimiento del deudor para que quede consolidada.

Yo considero señalar que el Tribunal Supremo de España ha declarado que cuando se estipula un pacto comisorio, no es aplicable, el Art. 1009 (1124 del C.C. español). En efecto, en sentencia de 24 de febrero de 1966 declaró que no se ejercita en el pleito la acción resolutoria implícita que el Art. 1124 establece, (que fue precisamente lo que se alegó ante la Suprema), sino la explícita pactada en el contrato que liga a las partes, a cuyos términos y estipulaciones están sometidas".

(DULIO ARROYO CAMACHO, "Estudios Jurídicos", Tomo IV, Panamá, 1992: pp.78-79)

Lo que ocupa a la Sala es evidente que no estamos frente a la (erradamente) denominada condición resolutoria tácita resolutoria implícita, como sostiene el doctor DULIO ARROYO), sino la condición resolutoria expresa. Para demostrarlo, basta tan solo leer la cláusula 8ª del contrato objeto de este proceso. Dice así:

" ...

OCTAVA: EL PROMITENTE COMPRADOR conviene en que por su incumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones de acuerdo con los términos condiciones de este contrato, el mismo se considerará resuelto sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia, en cuyo caso las sumas abonadas hasta ese momento a favor de LA PROMITENTE VENDEDORA quedarán a favor de esta en concepto de daños y perjuicios, sin que EL PROMITENTE COMPRADOR tenga derecho a reclamo alguno, quedando LA PROMITENTE VENDEDORA en libertad de vender a terceros EL APARTAMENTO objeto de este contrato. Si al momento que LA PROMITENTE VENDEDORA declare resuelto el contrato, EL APARTAMENTO se encuentra ocupado por EL PROMITENTE COMPRADOR o cualquier persona que este haya autorizado, EL PROMITENTE COMPRADOR esta obligado a desocuparlo y devolverlo en su estado original dentro de un plazo de siete (7) días calendarios a partir de la notificación de resolución de contrato." (F.7)

Sea lo que fuere, es evidente que en virtud de la cláusula resolutoria expresa, la resolución no opera automáticamente, sino con arreglo a lo que anteriormente se ha expresado, y que consiste en un derecho potestativo de configuración, a que se refiere la doctrina (vease, por todos, ANDREA VON TUHR, "Derecho civil", Tomo I, volumen 1º, pág.164, Madrid, 1998), "que se efectúan por acto unilateral del titular, mediante negocio jurídico", "el titular tiene la posibilidad de producir efectos sobre las relaciones jurídicas de otro constituir derechos y deberes, modificarlos, extinguirlos..., a esta facultad no corresponde el deber de hacer o de obtenerse ... no existe y no es necesario porque, tratándose derechos configuración el ejercicio de la facultad se realiza mediante una declaración unilateral" de aquél (pag.172).

Estas circunstancias, sobre todo cuando la resolución se realiza extrajudicialmente, es menester que sea ejercitada con arreglo a la buena fe y a la fidelidad de las relaciones, potenciando el principio de conservación de los actos, a lo que se ha referido ya esta sentencia, y otorgándole un plazo razonable para cumplir con su obligación contractual, buena fe que es parte del negocio jurídico patrimonial (veáanse artículos 1108, primer párrafo y 1275 del Código Civil).

La categoría conceptual del contrato (contrato atípico) que ocupa a la Sala, sin ser medianamente pacífica, se ubica dentro de lo que la doctrina denomina pre-contratos, categoría esta cuyo objeto es el de celebrar otro contrato (final) del cual el pre-contrato (preliminar), solo establece los puntos medulares indispensables para identificarlo. Entre éstos sobresale la "conformidad" en el precio y la cosa y el tiempo ("la época") en que ha de celebrarse el mismo. Las normas del contrato descrito y regulado en el artículo 1221 del Código Civil han de aplicarse a las promesas recíprocas de vender y comprar, por pertenecer a una estructura contractual similar. (Veáse sentencias de 17 de febrero de 1967 y de 14 de agosto de 1975, en DULIO ARROYO, "20 años de jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, págs.203-304).

En este sentido se pronuncia el eximio civilista DULIO ARROYO (q.e.p.d.) que, además de señalar que el objeto de la promesa lo constituye el contrato prometido o principal (pag.60), señala las diferencias entre ambos contratos el de venta y la promesa en la forma que conviene dejar transcritos:

"...

Porque el examen de las disposiciones del Código Civil se desprende que nuestro Legislador no tuvo la intención de asimilarla a la compraventa, y la consideró un contrato distinto, si bien no la hizo objeto de una especial reglamentación. Tenemos así: a) que la compraventa es un contrato nominado o típico, mientras que la promesa bilateral de compraventa es un contrato nominado o atípico, como lo ha reconocido la Corte en un fallo citado; b) porque como también lo ha admitido la Corte en el referido fallo de 17 de septiembre de 1969, de la promesa emana una obligación de hacer: celebrar el contrato prometido o principal, en tanto que la compraventa le impone al vendedor la obligación de transferir el dominio al comprador (obligación de dar), y a éste la obligación de pagar el precio; c) mientras que la compraventa constituye un título traslativo de dominio, la promesa de venta se limita a ser un contrato preliminar y preparatorio, que cumple más bien una función de garantía; ch) la compraventa constituye un acto de enajenación, carácter que no tiene la promesa de compraventa; d) la promesa de compraventa requiere necesariamente en nuestro Derecho que las partes estipulen un plazo o condición que fije la época en que debe celebrarse la venta (art.1221); o sea, que en este caso estas modalidades constituyen por mandato de la ley un elemento de la esencia del contrato; en cambio, en la compraventa tienen el carácter de elementos meramente accidentales; e) tratándose de inmuebles, en la promesa la solemnidad es que conste por escrito (art.1221), en tanto que en la compraventa lo es la escritura pública (art.1220); f) si tal promesa se inscribe, con base en el inc. 3º, del art.1221, dicha inscripción no constituye tradición, mientras que si se trata de una venta (de inmuebles) si (art.1232, inc.2º); g) no están sujetos estos contratos a las mismas normas. La compraventa, por ser un contrato nominado tiene una reglamentación precisa y propia, a la cual debe sujetarse (art.1215 y ss. Del C.c.); la promesa bilateral de compraventa es, en cambio, un contrato innominado, que no está sujeto en principio a las reglas de la compraventa, sino sólo en aquello que sea compatible con su naturaleza; a ella le es aplicable, por analogía, lo dispuesto en el art. 1221 y, en lo demás, se regirá por las reglas generales relativas a las obligaciones y los contratos (v. Art. 1221, inc.2º).

...".

(DULIO ARROYO CAMACHO, "Contratos Civiles", Tomo I, Segunda edición revisada y actualizada, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 1997: pp.53-54)

se de contrato de promesa de compraventa bilateral, como es la naturaleza del que es objeto del presente proceso, lo que se comprometen recíprocamente los contratantes: a vender, el promitente vendedor, y a comprar, el comprador. El artículo 1221 del Código Civil que la recurrente cita como norma infringida por el fallo enjuiciado en a:

"Artículo 1221. La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa, en el precio y en el plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, dará derecho a la persona a quien se le ha hecho la promesa, para reclamar al promitente el cumplimiento de la promesa, que deberá constar por escrito cuando se trate de bienes inmuebles o derechos hereditarios.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en este Libro.

La promesa de vender un inmueble, hecha por escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad, constituye una limitación del dominio en virtud de la cual el promitente no podrá enajenar el inmueble mientras no sea cancelada la inscripción de la promesa, ni gravarlo sin el consentimiento del presunto comprador".

La norma citada, que para algunos autores contempla únicamente la promesa de compra o venta unilateralmente, no así la bilateral (contrato innominado), cuya licitud se explica en los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación establecidos en el artículo 1106 del Código Civil, permite establecer claramente que la obligación principal que deriva para las partes en el contrato de promesa de compraventa bilateral, consiste en celebrar el contrato de compraventa respecto y conforme con la cosa objeto del contrato, por el precio indicado, conformidad en el precio y la cosa adquirirla que constituyen elementos de especial relevancia para la validez del contrato de promesa de compraventa.

En todo caso, los abonos a cuenta del precio a incluirse en el contrato de venta definitivo, han de reputarse como adelantos al precio y se deberán aplicar al precio de compra.

Ahora, valga destacar, que la norma se refiere a la conformidad del precio de la cosa objeto del contrato, por lo que no puede considerarse el pago como elemento de la esencia del contrato de promesa de compraventa, como lo alega la parte recurrente, sino del contrato de compraventa mismo. La discutible teoría de la no aplicación de las normas contenidas en el artículo 1221 del Código Civil a los contratos de promesa de compra y venta recíprocas, convierte, de admitirse, el contrato que ocupa la Sala en un contrato innominado, categoría lícita en nuestro ordenamiento privado, y se le deben aplicar, en lo pertinente, las normas contenidas en el artículo en mención y, desde luego por expresa admisión del citado precepto, las normas sobre obligaciones y contratos.

En tal sentido, merece comentarse que, en la jurisprudencia colombiana, se encuentra referencia a este fenómeno jurídico complejo, en el que se incorpora a un contrato, como lo es la promesa, elementos u obligaciones propias de la compraventa (caso del pago del precio y la entrega de la cosa), lo cual no le desnaturaliza y su uso ha venido a justificarse por razón de la evolución que ha experimentado esta modalidad contractual en los últimos años:

"Como reiteradamente lo ha sostenido la Corte la promesa de compraventa, por su naturaleza, genera simplemente la obligación de hacer el contrato prometido. Y es que una promesa de contrato no encierra sino ese alcance negocial, hasta el extremo que frente al legislador patrio es excepcional su recibo o incorporación a la vida jurídica, mediante el lleno de especiales requisitos. Sin embargo, el desarrollo de esta modalidad negocial, particularmente en las grandes ciudades, donde la propiedad de inmuebles sufre constantes alteraciones por el juego de intereses convencionales, ha hecho o imperado (sic) que la promesa, en materia de compraventa, se convierta en una

clase de negocio jurídico de indiscutible utilización en el tráfico, hasta tal punto significativa que casi siempre un contrato de compraventa de inmueble está precedido de una promesa, como medio jurídico de atar a las partes en procura de la realización de aquel contrato.

El empleo frecuente del contrato de promesa de compraventa de inmuebles también ha originado que las partes no se limiten a definir los perfiles del negocio de acuerdo con las previsiones que le son propias y que emanan del artículo 89 de la ley 53 de 1887, sino que las manifestaciones de voluntad le hacen incorporar otras ordenaciones contractuales que, si bien no la desnaturalizan, la hacen compleja en su desarrollo o ejecución y que obligan a que los promitentes atiendan todas las letras del acto.

Entre los dictados negociales muchos son los que giran en relación con los elementos propios de la compraventa como son el precio y la cosa, particularmente sobre el pago del primero y la entrega de la segunda. Es decir, los contratantes convienen, las más de las veces puntos que no necesariamente desembocan en la obligación de hacer sino que anticipan compromisos o deberes, para producir los efectos sustanciales queridos por las partes, porque lo pertinente es que aquellos aspectos se concreten al momento de perfeccionarse la compraventa.

Las obligaciones que las partes establecen, como previas a la propia de hacer, adquieren una relevancia jurídica indiscutible: deben ser cumplidas por los contratante en el orden y forma convenidos. Lo que se haga, desviándose de esos criterios o designios contractuales, tendrá la repercusión en la ejecución o inejecución del pacto, que más adelante habilitará las acciones pertinentes de resolución del contrato o su cumplimiento, pero dejando a salvo, ciertamente las excepciones disciplinarias en el ordenamiento privado, como del contrato no cumplido.

Pero ya, ante obligaciones previas, resulta importante que los contratantes señalen con precisión los términos de las mismas para poder, de ese modo, dejar definida su influencia negocial, porque de no acontecer así habría que llegarse a estimar que esos deberes, en torno al precio y a la cosa, han de satisfacerse al momento de perfeccionarse el contrato prometido, o sea la compraventa, puesto que ha de entenderse que todo contrato debe cumplir una función práctica y efectiva, como es la de satisfacer los designios negociales, porque absurdo sería que se realice una promesa, con el lleno de los requisitos legales, y no se pueda cumplir so pretexto que se dejaron de indicar los puntos pertinentes a las prestaciones que son el contenido intrínseco en la compraventa; es decir, como todo contrato tiene una razón de ser, una justificación, que se mide por el interés mismo de las partes, el ordenamiento jurídico debe procurar que la fuerza vinculante se extienda con el criterio de hacerlo viable y posible".

(Fallo expedido por la Corte Suprema de Colombia, el 7 de junio de 1989, citado por CANOSA TORRADO, Fernando. Resolución de Contratos. Ediciones Doctrina y Ley: Bogotá, 1993, pág. 98-99)

Está claro, pues, que el pago del precio no constituye la esencia del contrato de promesa de compraventa, sino del contrato de compraventa mismo. Su incorporación a la promesa en principio no está prohibida por disposición legal alguna, por lo que resulta perfectamente válida en base al principio de autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación establecido en el artículo 1106 del Código Civil. No obstante, hemos señalado que la cláusula revocatoria expresa es distinta de la denominada cláusula revocatoria tácita contenida en el artículo 1009 del Código Civil.

En virtud de lo anterior, no estima la Sala que el fallo censurado en casación vulnere lo dispuesto en los artículos 1009 y 1221 del Código Civil. Respecto al artículo 1107 de la misma excerta legal, norma esta de difícil interpretación, según expresan los comentaristas, tampoco considera esta Superioridad que resulte violado por el ad-quem en la sentencia recurrida porque dicha norma lo que establece es la prohibición general de que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, es decir de que el arbitrio de una de las partes y no como cree la recurrente, la obligación de cumplir las prestaciones contractuales, en la forma pactada.

La obligatoriedad del contrato, se establece en el Código Civil en otras disposiciones que no sólo obligan a las partes a cumplir con lo pactado, sino que además disponen sanciones para el contratante que incumpla. Lo que prohíbe el citado artículo 1107, es que una de las partes pueda determinar los requisitos de validez del contrato, o que deje a voluntad de uno de los contratantes la posibilidad de modificar el comportamiento que debería observar para el cumplimiento de las obligaciones.

Visto lo anterior, debe desecharse la causal examinada y proceder al examen de la segunda causal de fondo invocada.

"Infracción de normas sustantivas de derecho, por error de hecho en la existencia de la prueba, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida".

Se refiere en los motivos el apoderado judicial de la casacionista a pruebas de tipo testimonial y pericial, según afirma, desconocidas por el ad-quem al proferir la decisión censurada en casación, como consecuencia de lo cual dejó de reconocer la facultad de su mandante de resolver el contrato de promesa de compraventa por incumplimiento de la actora, en calidad de promitente compradora, por una parte y declara rescindido dicho contrato, de la otra.

Los motivos son los que se dejan transcritos:

"PRIMERO. El Primer Tribunal Superior al expedir su resolución ignoró completamente la declaración testimonial rendida por el Ingeniero Civil José Jeremías Yau Matos, legible de fs.167 a 170, quien participó como residente de la obra, y quien manifestó que hubo un error en la nomenclatura en los planos de la obra, señalando que el apartamento tipo A era el más grande, y que por error se puso en el plano como apartamento B, pero que dicho error fue corregido y anotado por Ingeniería Municipal y el Registro Público. Además que la demandante personalmente inspeccionó el apartamento A, que escogió directamente. Si el ad-quem no hubiera ignorado esta prueba hubiera tenido que concluir que la Promitente Vendedora cumplió con lo estipulado en el contrato otorgándole a la Promitente Compradora el apartamento A, con las dimensiones pactadas. Por tanto, incurrió en error de hecho sobre la existencia de la prueba, lo cual influyó en lo sustancial del pleito.

SEGUNDO. El Primer Tribunal Superior no tomó en cuenta el Informe rendido por el perito Humberto Rodríguez Badillo, de la parte demandada, que se lee a fs. 175-192, y el Informe Pericial rendido por el perito del Tribunal, Eibar A. Ortega H., legible de fs.193-207, en la diligencia Exhibitoria practicada por el juzgado de la causa, y en donde se demuestra que la Promitente Compradora no cumplía con los pagos en las fechas estipuladas, infringiendo la cláusula sexta del contrato, y que no pagó el saldo insoluto de B/.129,200.00 el cual debió ser cancelado a más tardar el 26 de mayo de 1998. Si el ad-quem no hubiera ignorado esta prueba la conclusión del fallo hubiera sido a favor de nuestra representada, porque con ello se demuestra que la actora incumplió el contrato, por lo que no tiene derecho a reclamo alguno. En consecuencia, se incurrió en Error de Hecho sobre la existencia de la prueba.

TERCERO. Tampoco el Primer Tribunal Superior tomó en cuenta la Diligencia de entrega de informe pericial, y el mismo informe, rendido por el Ingeniero Civil Juan B. Quintero, legible de fs.208-211, y en el cual concluye que en el área de construcción del apartamento contempla el área eficiente; más el área compartida (con el otro apartamento) lo cual da 185 mts² del apartamento A escogido por la demandante. Al ignorar esta prueba el ad-quem incurrió en error de hecho sobre la existencia de la prueba, lo cual influyó sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida.

CUARTO. Como consecuencia de los anteriores errores probatorios, de hecho, el Primer Tribunal Superior dejó de aplicar las normas sustantivas del Código Civil que facultan al Promitente Vendedor a resolver el contrato, por incumplimiento de la Promitente Compradora, en un contrato lícito". (fs.353-354)

Las que, como consecuencia del error probatorio de hecho que se le imputa al tribunal de la alzada, fueron el fallo censurado en casación, son las contenidas en los artículos 780 del Código Judicial y 407, 1009 y 1221 del

texto de los motivos se desprende dos cargos concretos de ilegalidad contra el fallo censurado, el primero referido contractual por incumplimiento del pago del precio por la parte actora, cuestión ya examinada al decidir la primera que el segundo cargo dice relación con la rescisión del contrato por falta de objeto. Valga señalar que sobre este el tribunal ad-quem externó en la decisión enjuiciada en casación lo que se transcribe a continuación:

"Ahora bien, en referencia al objeto del contrato, observa este Tribunal que se contraponen las cláusulas tercera y cuarta del contrato, se advierte que mientras en la cláusula tercera la descripción del apartamento se hace en términos que incluyen una cabida "aproximada" de 185 metros cuadrados, y sugiere, por ende la posibilidad de que esta medida sea mayor o menor, la cláusula cuarta se propone cerrar el paso al aumento o a la disminución del precio, respectivamente, puesto que establece que la obligación de la promitente compradora es adquirir el apartamento al precio "convenido y ajustado" de B/.152,000.00".

Aunque el complemento formal de tales estipulaciones guarda coherencia, es evidente que si el apartamento por comprar era un bien futuro, es decir, cuyas dimensiones verdaderas estaban por verse, y su construcción estaba en manos del propio promitente vendedor, la proximidad mayor o menor a la cabida con que se describió el apartamento quedaba por entero en manos de éste y el cumplimiento de contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art.1107), ya que ello pondría en total desventaja a la parte que se le debe la prestación, la cual podría ser fácilmente inducida al error o llevada al fraude.

Es por ello, que si las partes acordaron que la unidad departamental tendría una cabida "aproximada de 185 mts²", y que el precio no sufriría variaciones ya fuera ésta mayor o menor, necesariamente, el concepto de "cabida real" juega un papel fundamental en la determinación del contrato prometido (por razón de su objeto), o sea, en la determinación de un elemento esencial de la promesa.

La Ley no ofrece una definición del término cabida que en ella se emplea, entre otros, en los artículos 1239, 1744 y 1765 (Código Civil) y en el artículo 60 del Decreto 9 de 1920, por el cual se reglamenta el Registro Público. No obstante, como regla de interpretación, el artículo 1º del Código Civil manifiesta...

El Diccionario de la Lengua Española define "cabida" como la extensión superficial de un terreno (Real Academia Española de la Lengua, 21º ed., Madrid, 1992), y, en principio, ello no presenta dificultad alguna cuando se trata de un fundo o predio individualizado e independiente, susceptible de encerramiento y con potencial, aprovechado o no, para contener bienes y mejoras acordes a sus propias características naturales o artificiales.

El problema se presenta cuando el titular del inmueble participa de la calidad de propietario, por un lado, y de la calidad de condómine, por el otro, que es lo que acontece bajo el Régimen de Propiedad Horizontal, en que el dueño de un apartamento tiene la propiedad (y por ende, el uso exclusivo) de éste, mientras que es copropietario (y por ende no tiene el uso exclusivo) de los bienes de uso común: la interrogante es, pues, ¿comprende la cabida de un apartamento el área destinada al uso común?

ALESSANDRI RODRIGUEZ, en monografía que dedica al tema de los bienes y los derechos reales, expone:

"El dominio exclusivo sobre el piso o departamento y el condominio sobre las cosas comunes son inseparables. La explicación encuentra en que la comunidad en los bienes de uso común tiene por objeto permitir al dueño del piso o departamento usar y gozar del mismo." (ALESSANDRI R.,

Arturo, "Los bienes y los derechos reales", Tomo I, Imprenta Universal, Santiago, Chile, 1987, p.245).

Esa acusada inseparabilidad que menciona el autor, se proyecta a la esfera legal en la restricción puesta a la enajenación o división de "los bienes comunes que permitan a todos y a cada uno de los propietarios el uso y goce de una unidad departamental..." (Art.13, Ley 13 de 1993) y a que la exigencia de identificación de las unidades departamentales, al efecto de incorporarlas al Régimen de Propiedad Horizontal, separe del detalle de éstas, las partes que pertenezcan en común (artículos 13 y 36 (numerales 3 y 4)). Así, pues, la cabida de un apartamento corresponde al área sobre la cual el propietario ejerce la propiedad en forma exclusiva.

A juicio del tribunal, la descripción que del apartamento se hizo en la cláusula tercera del contrato, indicando el destino de todos y cada uno de los espacios en que la construcción se dividiría internamente apunta, precisamente, a un aproximado de 185 metros cuadrados de propiedad y uso exclusivos para la compradora, y no a un aproximado de esa misma medida que incluiría las áreas de uso común del piso en que se ubicaría el apartamento, como pretende la demandada, puesto que tales áreas ni siquiera se mencionan en dicha cláusula.

Y, es que, el artículo 1142 numeral 1 del Código Civil, expresamente señala que hay nulidad relativa y por ende lugar a declarar la rescisión de un contrato, cuando alguna de las condiciones esenciales del mismo, ya sea para su formación o existencia, como lo es el objeto para este caso, es imperfecto o irregular, criterio consignado en la sentencia de primera instancia que habrá de ser secundada por este tribunal." (Fs.339-341).

que el objeto del contrato en este caso es el bien inmueble que la demandante convino en adquirir, sobre lo que versa. Donde proviene la disparidad de criterios es en la disconformidad del objeto prometido y aquel, en la forma que fue concluido por el constructor, en donde se refleja una diferencia de la cabida derivada de que el dueño-constructores, con malicia, determinadas áreas sociales, que no aparecían expresadas en el contrato de promesa de compra, este error que padeció la compradora, y que motivó la pretensión de resolución del contrato, fue derivado a un error en el contrato, motivado por la reticencia del vendedor de informarle o incluir en el contrato esa circunstancia, que es indicativa de dolo por parte del vendedor (el denominado dolo negativo), a sabiendas de que las áreas mencionadas no son parte del departamento, no son bienes privativos del propietario del departamento, sino de todos los propietarios, es para uso común de la propiedad horizontal, y sin que, por lo tanto, sean parte del departamento vendido, como señaló el MINISTERIO DE VIVIENDA, como se verá.

consta la comunicación de 14 de octubre de 1998, expedida por el MINISTERIO DE VIVIENDA que, por el contenido que debía contener el apartamento prometido a su inclusión dentro del mismo de las áreas comunes, se hizo de la siguiente manera:

"...

Con mucho gusto, damos respuesta a inquietudes tuyas relacionadas con el Régimen de Propiedad Horizontal, lo cual haremos de la siguiente manera:

Puede incluirse dentro del área privativa de una unidad departamental, los espacios correspondientes a bienes comunes, tales como pasillos, ascensores, cajillas eléctricas, etc., nos pregunta usted.

El área privativa de una unidad departamental está constituida por el espacio interior que conforma dicha unidad incluyendo el espacio que ocupen las paredes exteriores y los bienes anejos si los hubiere; las áreas correspondientes a pasillos, ascensores, cajillas eléctricas que constituyan bienes comunes no pueden ser incluidas como área privativa perteneciente a una unidad departamental y esto es así en virtud de que los bienes comunes son de propiedad de todos los propietarios en proporción a la cantidad que cada uno tenga designado en la Tabla de Valores y Porcentajes contenida en el Reglamento de Copropiedad.

Qué obligación tiene el promitente vendedor y qué derecho tiene el promitente comprador, si la unidad departamental resultante de la incorporación al régimen de propiedad horizontal, objeto de la promesa de compraventa tiene una cabida superficiaria inferior a lo pactado en el precitado contrato.

El artículo 70 de la Ley 13 de 28 de abril de 1993, señala que en los contratos de promesa de compraventa, debe incluirse un detalle de los metros cuadrados que tendría la unidad departamental objeto de la

promesa. Del texto de la norma se colige que el promitente vendedor está obligado a entregar esa unidad departamental con la cabida superficiaria señalada en el contrato mencionado y por su parte el promitente comprador tendrá el derecho de exigir que la cabida superficiaria señalada de la unidad departamental sea la establecida en el contrato de promesa. Es saludable señalarse que por mandato del artículo 67 de la Ley in comento, corresponderá a los jueces de circuito conocer todo lo relativo al Régimen del Propiedad Horizontal.

Qué comprende el área privativa de una unidad departamental?

Las áreas privativas de una unidad departamental está constituida por el espacio físico que queda dentro de las paredes de dicha unidad, puede incluirse también los bienes anejos, aquellos que aunque físicamente no están unidos a ésta forman parte de ella; en concordancia con lo señalado en los puntos anteriores el promitente vendedor deberá entregar una unidad departamental con la superficie que fue pactada en el contrato de promesa de compraventa." (Fs.21-22)

En el primero de los motivos manifiesta la recurrente que el tribunal ad-quem ignoró la declaración testimonial del Ingeniero Civil, JOSE JEREMÍAS YAU MATOS (fs.167-170), el cual se refirió en su deposición a un supuesto error en la nomenclatura de los planos de la obra, merced a lo cual se designó como apartamento tipo A, que eran los más grandes, a los tipo B y viceversa. Este error, manifiesta la recurrente, fue corregido en INGENIERÍA MUNICIPAL y el REGISTRO PUBLICO.

No considera la Sala que dicho testimonio sea relevante para lo que se decide. La decisión recurrida, como se dejó expuesto, declaró rescindido el contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes del proceso, por falta de objeto, toda vez que la cabida real del apartamento prometido en venta por la recurrente a la actora, era inferior a los 185 metros cuadrados establecidos en el contrato respectivo. De manera que, en el supuesto que se hubiera errado en la designación de los apartamentos, considera la Sala que ese hecho en nada variaría la decisión objetada, porque ese error no explica ni justifica la disminución en la cabida superficiaria del apartamento prometido en venta, que indujo al ad-quem a declarar rescindido el contrato de referencia y ordenar a la recurrente el reembolso de los abonos recibidos.

Además, pese el supuesto error en la designación de los apartamentos, lo cierto es que a la demandante se le concedió el apartamento tipo A, que de acuerdo a los planos tiene una cabida de 185 mts.2 según expresa el testigo de referencia. Sin embargo, esa no es la causa de la rescisión del contrato, sino el hecho de que dentro de la cabida superficiaria del apartamento que, como se vio, es de 185 mts2 se incluya las áreas de uso común, cuestión que para la sentencia recurrida contradice lo pactado. De manera que, aún cuando se tuviera por válida y se sopesara la prueba testimonial examinada, la realidad es que la misma no variaría en nada lo resuelto por el ad-quem.

Por otra parte, en el segundo motivo manifiesta la recurrente que el tribunal de segundo grado no tomó en cuenta los informes periciales rendidos por los señores HUMBERTO RODRIGUEZ BADILLO (fs.175-192) y EIBAR A. ORTEGA H. (fs.193-207), en la diligencia exhibitoria realizada por el juzgador de la causa, en los que se demuestra que la PROMITENTE COMPRADORA (DEMANDANTE) había incumplido con los pagos estipulados en la cláusula sexta (6ª). Sobre este particular tuvo la SALA oportunidad de referirse ya al analizar la causal primera, en la que se dejó señalado que el pago del precio no es un presupuesto de la esencia del contrato de promesa, sino de la compraventa, por lo que su incorporación en la promesa, merced al principio de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación, no puede interpretarse sino como un adelanto a cuenta del precio, como ha quedado antes expresado en la causal anterior.

Otra prueba que se dice desconocida por el ad-quem, es el informe pericial de fojas 208 a 211, rendido por el señor JUAN B. QUINTERO, en el que se establece que el área de construcción del apartamento contempla el área eficiente, más el área compartida, lo cual da 185 mts2 pactados. Tal medio probatorio, en cierta forma lo que viene es a confirmar la decisión recurrida, en la medida que dicha resolución plantea precisamente que dentro de la capacidad superficiaria real del apartamento prometido en venta, se había incluido las áreas o bienes comunes, lo que viola la promesa suscrita, en la cual se estableció (cláusula tercera) que los 185 mts2 abarcan sólo áreas de dominio exclusivo, por lo que quedan excluidas aquellas de uso común. Al respecto conviene dejar reproducida la cláusula respectiva.

"TERCERA: EL PROMITENTE COMPRADOR declara que tiene interés en adquirir por compra EL APARTAMENTO N°UNO-VEINTE A (120-A), ubicado en el Nivel 2000 de la Torre N°uno (1), (en lo sucesivo denominado APARTAMENTO), el consta de tres (3) recámaras, tres (3) baños principales, estudio, balcón-terraza, salón comedor, cocina, lavandería, cuarto de criada, un (1) baño de criada, con una cabida de aproximadamente 185.00 mts.2 y DOS (2) estacionamientos". (f.7)

A la vista de las consideraciones que vienen expresadas debe desestimarse la causal examinada, por no configurarse los cargos de ilegalidad formulados contra el fallo objeto de casación. Consecuentemente, debe denegarse la solicitud formulada por la parte casacionista para que se case la sentencia recurrida, con la consecuente imposición de costas para la parte casacionista.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 27 de febrero de 2002, expedida por el PRIMER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL en el proceso ordinario instaurado por la señora MIRIAM COTO DE CABRERA contra INVERSIONES EBBELLE, S.A.

Las obligantes costas a cargo de la parte recurrente se fijan en la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA BALBOAS (B/.350.00).

Notifíquese.

ROGELIO A. FÁBREGA ZARAK

JOSÉ A. TROYANO -- ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

SONIA F. DE CASTROVERDE (Secretaria)