



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La cláusula penal y las arras en los contratos de promesa.
Análisis en la legislación y jurisprudencia Ecuatoriana.**

AUTORA:

Calle Prado Ivett Isabel

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**

TUTOR:

Aguirre Valdez Javier Eduardo

Guayaquil, Ecuador

30 de agosto del 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Calle Prado Ivett Isabel**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTOR

f. _____
Aguirre Valdez Javier Eduardo

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández María Isabel

Guayaquil, a los 30 del mes de agosto del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Calle Prado Ivett Isabel**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La cláusula penal y las arras en los contratos de promesa. Análisis en la legislación y jurisprudencia Ecuatoriana** previo a la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 30 del mes de agosto del año 2016

LA AUTORA

f. _____
Calle Prado Ivett Isabel



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Calle Prado Ivett Isabel**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La cláusula penal y las arras en los contratos de promesa. Análisis en la legislación y jurisprudencia Ecuatoriana**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 30 del mes de agosto del año 2016

LA AUTORA:

f. _____
Calle Prado Ivett Isabel



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

AGUIRRE VALDEZ JAVIER EDUARDO
TUTOR

f. _____

LYNCH FERNÁNDEZ MARÍA ISABEL
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

REYNOSO GAUTE DE WRIGHT MARITZA
COORDINADORA DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

ÍNDICE

RESUMEN (ABSTRACT)	VI
INTRODUCCIÓN	7
DESARROLLO	9
1. CONTRATO DE PROMESA	9
1.1. Elementos del contrato de promesa	10
1.2. Contenido del Contrato de Promesa.....	12
2. CLÁUSULA PENAL.....	14
2.1. Características de la Cláusula Penal	14
2.2 Ejecución de la cláusula penal.....	17
2.3. Cláusula Penal Enorme	19
2.4. Cuando se extingue la cláusula penal	19
3. ARRAS	20
3.1. Arras confirmatorias.....	20
3.2. Arras de retractación.....	21
3.3. Características de las arras	22
4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE CLÁUSULA PENAL Y ARRAS.....	22
5. JURISPRUDENCIA ECUATORIANA	24
CONCLUSIONES	26
REFERENCIAS	27

RESUMEN (ABSTRACT)

El incumplimiento de los contratos es un fenómeno que se vive a diario en la práctica y alrededor del mundo. Es por esto, que la ley debe otorgar a la sociedad mecanismos o herramientas que sirvan como ayuda para alcanzar o promover el cumplimiento de las obligaciones y así tratar de reducir la carga procesal para los juzgados con demandas por incumplimiento de contratos. El presente artículo académico está enfocado al análisis del incumplimiento específico de los contratos de promesa y la aplicabilidad de dos herramientas de carácter accesorio denominadas, cláusula penal y arras, que a pesar de no ser elementos esenciales en el contrato de promesa, constituyen un medio que tienen las partes para conseguir el cumplimiento de la obligación, así mismo para valorar y acordar según su criterio propio el perjuicio que podría causar el incumplimiento, se realizará un análisis de la cláusula penal y las arras destacando semejanzas y diferencias, así como sus requisitos de aplicabilidad y exigibilidad según la legislación y los criterios de la jurisprudencia ecuatoriana respecto de este tema.

Palabras Claves: *Contrato de promesa, contrato definitivo, incumplimiento, cláusula penal, arras confirmatorias, arras de retractación.*

INTRODUCCIÓN

En varias ocasiones, la celebración y ejecución de un contrato no se puede realizar por ciertas razones, requisitos o circunstancias que lo impiden en ese momento, por lo que los contratantes no están dispuestos a firmar un contrato sin el intercambio completo de prestaciones que conlleva, ya que esto puede que no sea completamente ventajoso para sus intereses. Ante ello, la negociación debe quedar en suspenso hasta superar aquella circunstancia que nos impide firmar el contrato definitivo.

Es aquí, cuando entran en protagonismo los contratos de promesa que, en palabras breves, son aquellos en los que partes acuerdan la celebración de un contrato definitivo a futuro, una vez que se superen los hechos o circunstancias que impidieron su celebración inmediata. Se analizará en este trabajo las formalidades que debe tener este contrato para su nacimiento, validez, exigibilidad y cada una de sus partes.

En la práctica, se vive una inseguridad jurídica latente respecto del cumplimiento de contratos de promesa, que podría dejar frustrada la celebración del contrato definitivo, por esto, es necesario para persuadir a la otra parte respecto del cumplimiento del contrato establecer una sanción o pena, lo cual generalmente se pacta. Es materia del presente trabajo académico analizar la cláusula penal y las arras como aquellos mecanismos que nos da la ley para tratar de asegurar el cumplimiento de un contrato de promesa y su posterior culminación con la celebración de un contrato definitivo.

La cláusula penal es analizada en el Código Civil ecuatoriano a partir del artículo 1551, y es aquella que le permite a las partes determinar de manera anticipada la valoración de los perjuicios que les podría causar el incumplimiento de la obligación. Es una herramienta útil, ya que cabe recordar que el cálculo de los perjuicios se puede dar de manera legal, judicial o convencional, siendo esta última la más conveniente para las

partes, ya que de no utilizar esta cuantificación le correspondería al juez y su valoración podría ser menor a la que las partes pudieran pactar. Es por esto importante que las partes tomen ventaja de esta facultad que les da la ley para valorar su perjuicio en caso de no concretarse el contrato, siempre dentro del contexto legal, sin abusar del derecho otorgado pudiendo caer en la denominada cláusula penal enorme, que surge cuando la pena establecida por las partes supera a la obligación principal al doble. Con esta figura, el legislador busca evitar un abuso por parte de quienes quieren sacar provecho del incumplimiento de los contratos. A su vez las arras, no tienen el mismo protagonismo en la legislación ecuatoriana, y están contenidas en el Código Civil ecuatoriano en la sección de contrato de compraventa, y, aunque constituyen asimismo una garantía, tienen una doble función que las lleva a dividirse en arras confirmatorias y arras de retractación, siendo las primeras aquellas aplicables para asegurar y confirmar el cumplimiento del contrato, mientras las segundas le permiten a las partes retractarse, pero sometiéndose a la penalidad establecida por la ley, que estipula que si se retracta quien entregó la garantía, la pierde y si se retracta quien recibió las arras, debe devolverlas dobladas. Tanto la cláusula penal como las arras serán aplicables bajo ciertos parámetros que serán analizados posteriormente.

Como he manifestado, el objetivo de estas dos herramientas va dirigido a asegurar el cumplimiento de una obligación y ambas son accesorias a la obligación principal; esa es su principal semejanza pero, al momento de su aplicabilidad y ejecución, tienen diferencias sustanciales, que serán analizadas detalladamente en el presente artículo académico.

DESARROLLO

1. CONTRATO DE PROMESA

Es menester para el desarrollo y entendimiento del presente artículo académico definir el contrato de promesa, el cual es un contrato bilateral, solemne, accesorio o preparatorio que sirve para preparar una proyección que se plantean las partes a futuro; por lo tanto se adquiere a través del mismo, una obligación de hacer, esto es, de celebrar el contrato prometido, (Ansha Ramírez, 2014) este contrato se encuentra debidamente reconocido y regulado en la legislación ecuatoriana y su importancia radica en que las figuras de la cláusula penal y las arras -que serán materia de análisis del presente artículo- se aplican con frecuencia en la práctica en este tipo de contratos.

El contrato de promesa se caracteriza por su incapacidad de satisfacer por completo el interés negocial de las partes. Éste se celebra porque puede haber circunstancias que impidan que se pueda concretar el contrato principal, por lo que el contrato de promesa se denomina según la doctrina como un tipo de contrato preparatorio o preliminar, que es aquel que tiene como finalidad garantizar la celebración en el futuro de un contrato definitivo. Pero esta característica de “preparatorio” no le quita la fuerza o vínculo que crea entre las partes que lo suscriben, ya que estos manifiestan a través del mismo su inequívoca voluntad de obligarse a celebrar el contrato definitivo cuando se supere la circunstancia que no permite concretar el acuerdo inmediatamente.

En la actualidad, el contrato de promesa tiene un gran protagonismo, por cuanto las partes contratantes buscan seguridad desde la etapa de negociación hasta el momento de efectuar el contrato definitivo, y cuando

hay circunstancias que impiden la ejecución inmediata del contrato recurren a esta figura jurídica para asegurar la negociación, valiéndose de herramientas de carácter coercitivo que obligarán a las partes a concretar la negociación, so pena de una sanción por incumplimiento.

1.1. Elementos del contrato de promesa

El contrato de promesa para su validez deberá cumplir con los presupuestos básicos de todo contrato, enumerados en el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano, estos son: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

El artículo 1570 del Código Civil ecuatoriano, da los presupuestos según los cuales se genera una obligación al celebrar un contrato de promesa, y se entiende perfeccionado el mismo, brindando de esta manera los requisitos especiales que se deben cumplir para su celebración, caso contrario el contrato estaría viciado de nulidad absoluta.

Los requisitos de validez del contrato de promesa son los siguientes (Código Civil, 2005):

- En primer lugar se estipula la manera de celebración u otorgamiento del contrato, esto es, por escrito, ya que en caso contrario no produciría obligación alguna y como requisito de solemnidad, éste debe ser celebrado por escritura pública cuando el objeto materia de la negociación sea un bien inmueble o raíz. Este primer punto es indispensable para la existencia del contrato de promesa, ya que su correcta celebración determina su nacimiento a la vida jurídica o su declaración de nulidad.

Como base jurídica de este primer requisito, cabe mencionar que de conformidad con lo establecido en los artículos 1726 y 1740 del Código Civil ecuatoriano, todo acto o contrato cuyo objeto esté

valorado en más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América debe celebrarse por escrito y que las ventas de bienes raíces deberán otorgarse por escritura pública.

- En segundo lugar se habla de la eficacia o validez de contrato en cuanto a su objeto; es decir, no se puede prometer celebrar un contrato cuyo objeto sea nulo. El contrato definitivo que se promete celebrar debe ser válido y eficaz ante la ley, caso contrario será nula la promesa.

Este requisito se encuadra en los principios básicos que todo contrato debe tener según el artículo 1461 del Código Civil, ya que todo contrato debe tener causa y objeto lícito, caso contrario será nulo.

- En tercer lugar se habla del plazo o condición que determinará la época de celebración del contrato, con esto la ley busca dar seguridad y certidumbre de cuándo se va a celebrar el contrato principal o definitivo, y procura que las relaciones jurídicas se concreten. Cabe recalcar que la condición pactada en el contrato de promesa debe ser posible y determinada, las condiciones indeterminadas no sirven y en cuanto al plazo, este debe estar determinado de manera puntual, recomendándose que se establezcan fechas o periodos de tiempo exactos. La forma de redacción del artículo deja abierta la posibilidad de que los contratantes decidan entre el uno o el otro, estos se podrán aplicar de manera conjunta, es decir, pactando tanto plazo como condición para la ejecución del contrato, o de manera individual, pactando una u otra sin afectar la validez del contrato de promesa, el requisito es usar una de los dos medios que da la ley para determinar la celebración del contrato.

Es en esta parte del contrato es donde surge el protagonismo de las arras o la cláusula penal, ya que una vez que se cumple el plazo o condición y no se celebra el contrato, salvo los casos de caso fortuito

o fuerza mayor, la obligación se considerará incumplida y se recurrirá a estos medios jurídicos para asegurar el cumplimiento del contrato, que serán analizadas más adelante.

- En cuarto y último lugar, se requiere que se especifique en el contrato de promesa, que sólo falte para su perfeccionamiento, la tradición de la cosa objeto del contrato, o las solemnidades exigidas por ley, esto da a relucir el carácter vinculante que tiene el contrato de promesa para las partes, ya que su celebración debe darse acorde con la ley. El contrato prometido debe estar prácticamente contenido en la promesa, dejando pendiente el perfeccionamiento del mismo, la tradición o el cumplimiento de ciertas solemnidades dependiendo del caso.

Cabe recalcar que en el contrato de promesa ambas partes se obligan recíprocamente para la celebración del contrato definitivo, y la participación activa de ambos es esencial para el perfeccionamiento del contrato, ya que si uno cumple con todos los requisitos y no hay cooperación de la otra parte no se puede celebrar el contrato de ninguna manera, pero en caso de incumplimiento de una de las partes, se puede recurrir al cumplimiento forzoso de la obligación, ya que el juez puede intervenir supliendo la voluntad del deudor y cumpliendo con el contrato definitivo a su nombre.

La ley limita la promesa a contratos reales y solemnnes. En contratos consensuales la promesa carece de utilidad práctica.

1.2. Contenido del Contrato de Promesa

Siguiendo la norma general aplicable a los contratos, todas las cláusulas del mismo forman un conjunto, no se pueden interpretar de manera independiente, ya que el contrato es uno solo.

Se debe determinar con claridad a las partes que intervienen a la celebración del contrato, ya que es contra quien se exigirá el cumplimiento de la obligación en caso de incumplimiento y se deben verificar los requisitos de capacidad y consentimiento expreso para la validez de su participación en el contrato.

En cuanto al objeto, debe estar claramente determinado en el contrato, con sus debidas especificaciones y detalle del mismo, recordando que debe ser un objeto lícito.

El precio pactado por las partes por la celebración del contrato definitivo debe constar en la promesa; así mismo, se especificará la forma y lugar de pago. En la práctica, lo que se acostumbra es dar una entrada, anticipo o cuota inicial al momento de celebrar la promesa y posteriormente cuando se celebre el contrato definitivo deberán cancelar la totalidad del valor y la entrega del bien objeto del contrato.

El plazo o condición se detallará en el contrato de promesa, marcando el punto que delimitará el incumplimiento del contrato en caso de no cumplir con estos presupuestos. Ambos deben ser claros. Si se estipula un plazo es recomendable dar una fecha determinada y en caso de condición esta debe ser posible de cumplir.

Una vez explicado brevemente el contrato de promesa y su contenido, vemos que el objetivo del mismo es celebrar un contrato definitivo a futuro, pero las partes deben garantizar de alguna manera el cumplimiento del mismo, ya que, como se dijo anteriormente, en el contrato de promesa se suele dar un adelanto del precio, por lo que las partes buscan proteger sus intereses mediante dos mecanismos con diferente aplicación: la cláusula penal y las arras, que explicaremos a continuación.

2. CLÁUSULA PENAL

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1551, define la cláusula penal como 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. (Código Civil, 2005)

Otra definición de cláusula penal, como su nombre lo señala, es una pena pactada por las partes, es decir, convencional, en la cual se somete al sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de garantizar o reforzar el cumplimiento de la obligación. (Mosset Iturraspe, 1993)

Podemos entenderlo, entonces, como el pacto que realizan las partes estableciendo una especie de pena, que se ejecutará en caso de incumplimiento del contrato, este acuerdo se puede dar antes de que surja en incumplimiento, es decir, como método preventivo, así como una vez que éste se genere, normalmente consiste en una pena de carácter pecuniario, pero, según lo establece nuestro Código Civil, pueden ser obligaciones de dar o hacer. Esto la diferencia de la fianza, por ejemplo, ya que en ésta sólo se manejan obligaciones de carácter pecuniario.

A mi parecer, el principal objetivo de la cláusula penal, y por el cual las partes buscan establecerla, es principalmente el evitar una valoración judicial de los perjuicios causados por el incumplimiento, lo que evita que el acreedor, además de sufrir por el incumplimiento, deba tener que probar el daño para poder ser indemnizado.

2.1. Características de la Cláusula Penal

Las principales características de la cláusula penal son las siguientes, sin perjuicio de que comparte ciertas similitudes con las arras, las cuales serán analizadas más adelante:

- **Consensual:** ya que las partes deciden su contenido, sin dejar de lado lo permitido por ley, esto es, sin caer en la denominada cláusula penal enorme, ya que en este caso sería nula.
- **Condiciona:** La ejecución de la cláusula penal depende del hecho del incumplimiento o del retardo del deudor. Por esta característica se determina que la cláusula penal se mantiene suspendida en el tiempo hasta cumplirse la condición ya mencionada para su ejecución.
- **Accesoria:** ya que no puede existir sin la existencia de un contrato principal, es decir, no se podría celebrar un contrato de cláusula penal sin la existencia de una obligación principal. Esta característica está contemplada en el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1552, donde estipula que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal, siguiendo los lineamientos generales del derecho civil.
- **Inmutable:** La cláusula penal, al ser pactada por las partes, se constituye en ley para las mismas; es decir que una vez verificado el incumplimiento de la obligación, el deudor no podrá alegar que el perjuicio ocasionado está valorado en menos, ni a su vez, el acreedor podrá solicitar que suba la pena alegando que el perjuicio fue mayor, deben someterse a lo pactado desde la celebración del contrato.

A su vez la doctrina (Abeliuk, s.f.) le otorga tres funciones esenciales:

- **Caución**

Es la que servirá para garantizar el cumplimiento del contrato, ya que si se celebrara el contrato de promesa y no estableciera cláusula penal, la obligación a la que se someterían las partes sería meramente psicológica.

Es importante que al momento de determinar la caución no se pacten valores irrisorios que no constriñan a las partes a su cumplimiento. El monto a pactarse debe ser una suma importante que impulse a las partes a

cooperar para que se ejecute el contrato principal. No está de más recalcar que el monto máximo a establecer como cláusula penal está regulado por la legislación y no queda totalmente a la voluntad de las partes, evitando así un abuso del derecho.

La caución que constituye la cláusula penal es de carácter personal, no real, esto quiere decir que la parte que salga perjudicada no podrá perseguir directamente los bienes objeto del contrato, deberá ir contra la persona que incumplió.

- **Cálculo convencional y anticipado de perjuicios**

Respecto a esta función, el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez lo define como “la evaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que puede experimentar el acreedor con el incumplimiento de la obligación, o con el cumplimiento imperfecto o tardío”. (Alessandri, 1988)

La cláusula penal sirve para evitarle al juez el trabajo de valorar la indemnización que debe recibir la parte afectada, por cuanto ésta servirá como el medio de cálculo convencional de perjuicios. Las partes deben decidir de manera conjunta y anticipada la pena a pagar en caso de incumplimiento y esto se considera que le están poniendo un avalúo al perjuicio causado.

La cláusula penal es accesoria al contrato principal, en este caso a la promesa, esto quiere decir que se puede redactar dentro del contrato de promesa pero no habría problema con que se otorgue por instrumento separado y posterior.

Según lo estipulado en el Código Civil en su artículo 1551, esta cláusula se aplica “en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento”, clasificando de esta manera a la cláusula penal en compensatoria y moratoria: será compensatoria cuando no se cumpla la obligación principal y será moratoria cuando se retarde su cumplimiento.

- **Pena civil**

Es considerada una pena civil, por su característica de ser sancionadora ante la parte que incumple el contrato, y la legislación les da a los particulares la capacidad de establecer penas de carácter civil.

2.2 Ejecución de la cláusula penal

Para la ejecución de la cláusula penal se debe poder imputar el incumplimiento a una de las partes que celebraron el contrato, o también, la existencia de mora por parte de quien incumple.

En cuanto a la constitución en mora, ésta se determinara dependiendo si la obligación que se incumple es de hacer, no hacer o dar, el artículo 1554 del Código Civil, señala el requisito de constituir en mora para poder exigir la pena y si la obligación que se incumple es negativa, o de no hacer, la parte incumple desde el momento en que ejecuta el acto que prometió no realizar.

Una ventaja que posee la cláusula penal como medio de cálculo anticipado de perjuicios es que una vez ocurrido el incumplimiento, esta pena se puede exigir así no existan perjuicios, la parte afectada no debe probar que sufrió perjuicio alguno para exigir su cumplimiento.

El acreedor podrá exigir nada más que el cumplimiento de la obligación principal y es que la otra parte no se encuentra en mora, en caso de haber concurrido en mora quedara a criterio del acreedor exigir el cumplimiento de la obligación principal, o cobrar la pena compensatoria o a su vez recurrir a la indemnización ordinaria de perjuicios.

Excepcionalmente se podrá exigir la pena y el cumplimiento forzoso de la obligación principal o se puede exigir la pena y a su vez recurrir a la vía ordinaria para indemnizar perjuicios. Para la aplicación de estos casos deben convenirlo anticipadamente así las partes pues, en caso de escoger la vía ordinaria de indemnización de daños y perjuicios y no tener resolución favorable, ya no se podrá recurrir a la pena, por cuanto se entiende que se ha renunciado a ésta.

Por ejemplo: Si A y B celebran una promesa de compraventa y pactan \$10.000 de cláusula penal. En caso de que B incumpla, A tiene la libertad de exigirle el cumplimiento de la obligación principal, que es la celebración del contrato definitivo de compraventa, o podrá cobrar la pena. Así mismo, A podría decidir recurrir a la vía ordinaria a solicitar una indemnización por daños y perjuicios y renunciar a la pena pactada en la promesa. La única manera de poder pedir en conjunto alguna de estas posibilidades sería estableciéndolo de manera expresa en el contrato.

La cláusula penal siempre favorece al acreedor, por lo que tiene el derecho de renunciarla, de ser el caso y acudir a la vía ordinaria.

- **Cumplimiento parcial de la obligación**

El Código Civil en su artículo 1555, explica el caso de que se cumpla parcialmente la obligación principal, y señala que dependerá de la aceptación de la parte que recibe, ya que si éste acepta el cumplimiento parcial le otorga el beneficio de rebaja proporcional de la pena a prorrata del cumplimiento realizado. Esto queda a consideración del acreedor, ya que la ley estipula que el acreedor no está obligado a aceptar pagos parciales.

- **Mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal**

La inmutabilidad, señala que la cláusula penal no podrá ser sujeta a modificación alguna, ya que al ser caución de la obligación principal debe dar seguridad jurídica a las partes.

La mutabilidad, al contrario, señala que se podrá someter a revisión la cláusula penal, por cuanto el acreedor puede abusar de su derecho y exigir penas exageradas, que la otra parte aceptara de manera forzosa por su necesidad de celebrar el contrato.

Nuestro código reconoce la mutabilidad de la cláusula penal, es decir se podrá reducir en casos específicos, cuando haya la presencia de cláusula penal enorme.

2.3. Cláusula Penal Enorme

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1560, trata la cláusula penal enorme de la siguiente manera: “Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada”.

De esta redacción se desprenden ciertos requisitos, como lo son que se trate de un contrato conmutativo y que, tanto la obligación principal como la pena, consistan en cantidades determinadas, es decir que ambas sean en dinero.

Se incurrirá en cláusula penal enorme cuando la pena establecida supere a la obligación principal al doble.

Es irrenunciable el derecho que tiene el deudor a solicitar una reducción de la pena en caso de presentarse lesión enorme.

2.4. Cuando se extingue la cláusula penal

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1552, estipula que si la obligación principal es nula, al ser la cláusula penal accesoria, esta nulidad acarrea la de la cláusula penal, aclarando que si es nula la cláusula penal por sí sola no afectara la subsistencia de la obligación principal (Código Civil, 2005).

La extinción de la cláusula penal implica que deja de tener eficacia o vigor y está sujeta a dos factores esenciales: la extinción de la obligación principal

de la que es accesoria y la extinción de la pena en sí misma. (Peirano, 1982)

3. ARRAS

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 1742, señala: “Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que los contratantes podrán retractarse: el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas.” (Código Civil, 2005)

Las arras tienen tres características básicas (Afonso, 1995):

- Son señal de que se ha celebrado un contrato. Dan garantía o protección.
- Constituyen también una valoración de perjuicios en caso de incumplimiento.
- Le permiten a las partes desistir del contrato de manera lícita.

Las arras, al igual que la cláusula penal, son accesorias, ya que sirven para garantizar el cumplimiento de la obligación principal fijada en el contrato, las arras tienen una doble función, de las cuales se desprende su clasificación en:

3.1. Arras confirmatorias

Las arras confirmatorias son aquella garantía de que el contrato efectivamente se va a celebrar, por lo tanto, las partes no podrán retractarse de su celebración. Es de suma importancia que este pacto quede por escrito para su validez.

El valor otorgado en calidad de arras confirmatorias se considerará como un abono al precio pactado por la celebración del contrato.

Si se incumplen las arras de carácter confirmatorias, la parte afectada podrá exigir el cumplimiento forzoso del contrato o la resolución del contrato. Esto sin perjuicio de exigir la indemnización correspondiente por la vía ordinaria.

La doctrina reconoce la existencia de las arras confirmatorias penales, que aparte de la función convencional de garantizar el cumplimiento del contrato, serán consideradas una valoración previa de los perjuicios que podría causar la inexecución del contrato. A diferencia de la cláusula penal, estas arras se dan desde que se celebra el contrato, no se exigen desde el incumplimiento del mismo. En el caso de entregar algo a título arrasal, estamos comprobando que se generó el vínculo contractual y, en caso de celebrarse el contrato definitivo se entenderá un abono a la deuda y se pagará únicamente el saldo. A su vez, en la cláusula penal no se entrega nada, sino hasta verificarse el incumplimiento o mora en el contrato. La semejanza de las arras denominadas penales y la cláusula penal es grande, la diferencia la delimita la consensualidad de la pena y el carácter real de las arras.

El sometimiento de las partes al tipo de arras de carácter confirmatorias, deberá darse de manera expresa, si no hay especificación de ningún tipo siempre se entenderá que se trata de arras de retractación.

3.2. Arras de retractación

Las arras de retractación permiten que las partes puedan desistir de la celebración del contrato o de su ejecución sin necesidad de intervención judicial, ya que son las partes quienes pactan los montos y la forma de ejecutar la penalidad está establecida en el artículo 1742 del Código Civil, que señala:

- Si se retracta quien entregó la garantía, la perderá.
- Si se retracta quien recibió las arras, deberá devolverlas dobladas.

El artículo 1743 del Código Civil señala que para este derecho de retractación debe fijarse un plazo de manera expresa, caso contrario el tiempo se impone por el ministerio de la ley, otorgando dos meses para retractarse desde que se suscribe la convención, entrega de la cosa o

celebración de la escritura pública, si se cumplen estos supuesto no habrá lugar a retractación de ningún modo.

3.3. Características de las arras

En capítulos anteriores fueron analizadas las características de la cláusula penal, haciendo hincapié en la similitud que puede llegar a tener con las arras, a continuación nombraré las principales características de las mismas:

- Acuerdo Real

Es real por cuanto su perfeccionamiento se ejecuta con la entrega, no basta con la voluntad de las partes de querer constituir las.

- Unilateral

En las arras intervienen dos partes, el que las da y el que las recibe, la unilateralidad está dada porque la parte que da las arras no tiene más deberes que cumplir, sin embargo el que las recibe, tiene un deber de conservación de las mismas, hasta el desenlace de la obligación principal.

- Accesorio

Son accesorias al contrato principal, ya que su objetivo es garantizar o verificar su cumplimiento, sin éste no tendría razón de ser.

- No formal

La ley no le exige a las arras formalidad alguna, es decir, se podrán pactar de manera verbal o escrita, pero sometiéndose a las reglas generales para la validez de los contratos, como por ejemplo de tratarse de un bien inmueble, se realizará por escritura pública.

4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE CLÁUSULA PENAL Y ARRAS.

Antes de enunciar sus diferencias, es necesario dejar en claro que poseen una similitud que podría llegar a generar dudas al momento de darles

aplicabilidad, pero su característica más semejante recae en el hecho de que ambas servirán como medio para asegurar que las partes concreten su objetivo, con la celebración de un contrato definitivo y su carácter de accesorias respecto de la obligación principal.

Otra característica en común es el hecho de que la aplicación de estos recursos no eximiría la acción de la parte afectada para solicitar indemnización por la vía ordinaria, salvo que se haya pactado dicha prohibición en el contrato.

Entre sus diferencias encontramos:

- En cuanto al momento suscripción de las mismas: las arras se deben otorgar cuando se firma el contrato de promesa y en cuanto a la cláusula penal, su aplicabilidad sólo se manifiesta cuando ha surgido el incumplimiento.
- La cláusula penal tiene únicamente un carácter sancionador, ya que lo que se acuerda es la penalidad que deberá asumir la parte que incumple el contrato. A su vez, las arras de tipo confirmatorias son una garantía, una prueba de que el negocio jurídico se va a realizar.
- Respecto de las arras de retractación, son un medio que les da libertad a las partes de poder retirarse del negocio, sometiéndose a las sanciones establecidas en la ley, esto es, perdiéndolas quien la dio y devolviéndolas dobladas quien las recibió. La cláusula penal es la valoración o cálculo anticipado de perjuicios que pudiera ocasionar el no cumplimiento de la obligación pactada, sin perjuicio de que la parte afectada pueda solicitar la ejecución forzosa del contrato o acogerse a una liquidación judicial de daños y perjuicios, renunciando de esta manera a la pena.
- El valor u objeto otorgado como garantía en las arras confirmatorias, se considera un abono al precio pactado por las partes, situación que no puede darse en caso de la cláusula penal por cuanto ésta sólo se da al momento de incumplir el contrato.

5. JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

Las Salas de lo Civil de Quito, se han pronunciado respecto al tema del incumplimiento del contrato de promesa y la ejecución de la Cláusula Penal, como se analiza a continuación:

- **Resolución No. 4604, Segunda Sala, R.O. 378, 15VII2004**

Manifiesta que la escritura pública de promesa de compraventa, constituye un título ejecutivo, sin embargo, no es un título cambial como un cheque o pagaré, por lo tanto requiere reconocimiento mediante decisión judicial.

Así mismo analiza el requisito esencial de la constitución en mora por parte del deudor, para poder ejecutar la cláusula penal pues, antes de esto, sólo se podría exigir el cumplimiento de la obligación principal. Una vez constituido en mora, puede demandar el acreedor a su arbitrio, el cumplimiento de la obligación principal o la pena, pero no ambas, a menos que se encuentre estipulado de manera expresa en el contrato y se trate exclusivamente de pena moratoria.

La Sala cita al tratadista Barros Errázuriz, manifestando que puede cobrarse la pena además del cumplimiento de la obligación principal, en tres casos:

- 1.- Cuando aparece del texto del contrato haberse estipulado la pena por el simple retardo.
2. Cuando se estipula expresamente que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal; y,
3. Cuando la ley en casos especiales lo establece así. (Barros, s.f, p. 103).

- **Resolución No. 4432001, Segunda Sala, R.O. 533, 13III2002**

Este fallo, destaca que el contrato de promesa es bilateral o sinalagmático, por cuanto hay prestaciones mutuas. En cuanto al cumplimiento del mismo, cita el axioma jurídico de “la mora purga la mora”, por cuanto en el contrato que se analiza hubo incumplimiento por ambas partes, el comprador no pagó

el precio total y el vendedor no saneó el bien inmueble, imposibilitando la ejecución del contrato definitivo.

Sin embargo, el promitente comprador realizó un requerimiento notarial al promitente vendedor, y hubo un allanamiento respecto a la obligación de saneamiento del bien inmueble y manifestó su voluntad de celebrar la escritura definitiva, quedando de esta manera en mora únicamente el promitente comprador.

- **Expediente No. 71298, Primera Sala, R.O. 103, 711999, Fallo de triple reiteración**

En este caso el promitente comprador demanda por cuanto se le está condenando a pagar una suma superior a la pactada por las partes como cláusula penal en el contrato de promesa por concepto de daños y perjuicios.

La Sala aclara que, el hecho de pactar un avalúo anticipado por concepto de perjuicios a través de la cláusula penal, no exime al acreedor de recurrir ante la justicia ordinaria a reclamar daños y perjuicios. Salvo pacto expreso en el contrato, la regla general consiste en no poder solicitar la pena junto con la indemnización por daños y perjuicios, sin embargo, se deja a libre disposición, la elección de perseguir la una o la otra por parte del acreedor.

En conclusión, la parte actora decidió ir por la vía de indemnización judicial de daños y perjuicios, dando como resultado de la cuantificación judicial una suma superior a la pactada como cláusula penal, sin haber incurrido en alguna prohibición legal.

CONCLUSIONES

Es de vital importancia para las partes que pretendan celebrar un contrato, aclarar todos los aspectos que abarca la negociación, entre estos está la garantía de que se celebrará el contrato siguiendo los lineamientos pactados. Es por esto que al celebrar un contrato de promesa, las partes se obligan mutuamente a alcanzar un fin determinado, que en este caso es la celebración de un contrato definitivo, por lo que la cláusula penal y las arras, como ya las analizamos, serán los medios que la ley propone para garantizar el cumplimiento de lo prometido.

Puedo concluir en base al desarrollo del presente artículo académico y a la aplicación práctica de lo analizado, que en la actualidad es difícil encontrar un contrato de promesa que no estipule desde el momento de su celebración la debida caución o garantía, ya sea mediante cláusula penal o arras, ya que las partes desean salvaguardar sus intereses. Lo que le falta conocer a la sociedad es el alcance de esta protección y su ejecutabilidad, si bien la ley no prohíbe que se pacte la cláusula penal después de generado el incumplimiento, a mi parecer este carecería de sentido por cuanto la parte que incumplió no querrá negociar nada a menos que el contrato termine perjudicando de alguna manera a una de las partes.

En cuanto a las arras, mi recomendación sería darles mayor protagonismo en la legislación y no encontrarlas únicamente contenidas en el capítulo concerniente a la compraventa. Así como el Código Civil establece el título “De las Obligaciones con cláusula penal”, a continuación debería establecer el título “De las Obligaciones con arras” y explicar cada uno de sus tipos, ya que la sociedad tiende a pensar que cláusula penal y arras son lo mismo aunque tengan diferencias marcadas y puntuales como fue analizado en el presente trabajo, aunque siempre es necesario recordar que la finalidad o característica en común de ambas dentro de un contrato de promesa, es buscar el cumplimiento del contrato que terminará concretándose en la celebración de un contrato definitivo.

REFERENCIAS

- Abeliuk, R. (s.f.). *Las Obligaciones* (Cuarta ed.). Santiago, Chile: Ediar Editores LTDA.
- Afonso, M. (1995). *Las Arras en la Contratación*. Barcelona, España: Jose Maria Bosch Editor S.A.
- Ansha Ramírez, R. A. (febrero de 2014). Incumplimiento de la promesa de compraventa, efectos jurídicos y la normativa vigente en la legislación ecuatoriana. Quito, Ecuador.
- Código Civil. (2005). Ecuador.
- Mosset Iturraspe, J. (1993). *Medios para forzar el cumplimiento*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peirano, J. (1982). *La Cláusula Penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Calle Prado Ivett Isabel**, con C.C: # **0922641238** autora del trabajo de titulación: **La cláusula penal y las arras en los contratos de promesa. Análisis en la legislación y jurisprudencia Ecuatoriana**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **30 de agosto de 2016**

f. _____

Nombre: **Calle Prado Ivett Isabel**

C.C: **0922641238**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La cláusula penal y las arras en los contratos de promesa. Análisis en la legislación y jurisprudencia Ecuatoriana		
AUTOR(ES)	Ivett Isabel Calle Prado		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Javier Eduardo Aguirre Valdez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	30 de agosto de 2016	No. DE PÁGINAS:	19
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho civil, incumplimiento contractual, caución.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Contrato de promesa, contrato definitivo, incumplimiento, cláusula penal, arras confirmatorias, arras de retractación		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	<p>El incumplimiento de los contratos es un fenómeno que se vive a diario en la práctica y alrededor del mundo. Es por esto, que la ley debe otorgar a la sociedad mecanismos o herramientas que sirvan como ayuda para alcanzar o promover el cumplimiento de las obligaciones y así tratar de reducir la carga procesal para los juzgados con demandas por incumplimiento de contratos. El presente artículo académico está enfocado al análisis del incumplimiento específico de los contratos de promesa y la aplicabilidad de dos herramientas de carácter accesorio denominadas, cláusula penal y arras, que a pesar de no ser elementos esenciales en el contrato de promesa, constituyen un medio que tienen las partes para conseguir el cumplimiento de la obligación, así mismo para valorar y acordar según su criterio propio el perjuicio que podría causar el incumplimiento, se realizará un análisis de la cláusula penal y las arras destacando semejanzas y diferencias, así como sus requisitos de aplicabilidad y exigibilidad según la legislación y los criterios de la jurisprudencia ecuatoriana respecto de este tema.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-993855272	E-mail: ivett2005_cp@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute de Wright Maritza		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			