

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO



**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO**

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogado (a) de los Tribunales
y Juzgados de la República del Ecuador

TÍTULO

“Contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras en la legislación y la
jurisprudencia ecuatoriana”

AUTORA

Leilen Elizabeth Herrera Miño

TUTOR

Dr. Alex Bayardo Gamboa Ugalde

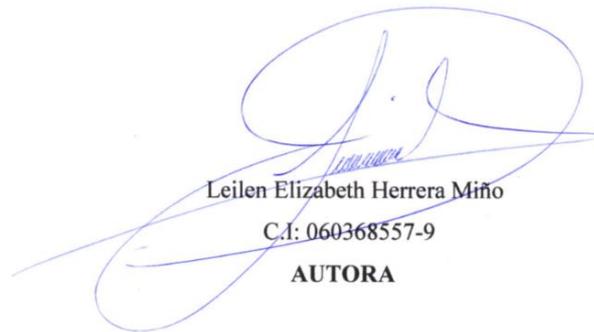
Riobamba-Ecuador

2021

AUTORIA

Leilen Elizabeth Herrera Miño, autor de la presente investigación, con cédula de ciudadanía No. 060368557-9, libre y voluntariamente declaro que el trabajo titulado “CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA CON CLÁUSULA PENAL Y CON ARRAS EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA”, es de mi plena autoría, original y no es producto de plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de la investigación científica y el patrimonio intelectual del trabajo investigativo pertenece a la Universidad Nacional de Chimborazo.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.



Leilen Elizabeth Herrera Miño
C.I: 060368557-9
AUTORA

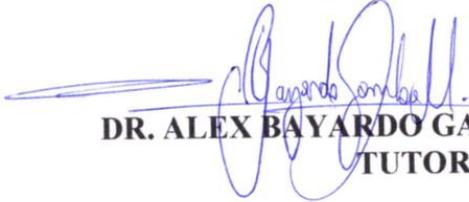
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Dr. ALEX BAYARDO GAMBOA UGALDE. CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS, DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO

Haber asesorado y revisado minuciosamente, durante todo su desarrollo, el proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, titulado: **“CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA CON CLÀUSULA PENAL Y CON ARRAS EN LA LEGISLACION Y LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA”**, realizado por la estudiante egresada, Leilen Elizabeth Herrera Miño, por lo tanto, autorizo ejecutar los trámites legales para su presentación.

Riobamba, septiembre del 2021


DR. ALEX BAYARDO GAMBOA UGALDE
TUTOR

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO



FACULTAD DE CIENCIA POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS

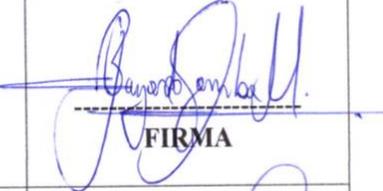
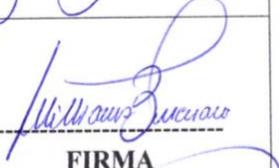
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“Contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras en la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana”

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador, aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, ratificado con sus firmas.

CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dr. Alex Gamboa TUTOR	9,5 ----- CALIFICACIÓN	 ----- FIRMA
Dr. Williams Buenaño MIEMBRO 1	9.5 ----- CALIFICACIÓN	 ----- FIRMA
Dr. Wilson Rojas MIEMBRO 2	9.5 ----- CALIFICACIÓN	 ----- FIRMA

NOTA FINAL: 9.5 ----- (SOBRE 10 PUNTOS)

CERTIFICADO ANTI-PLAGIO URKUND



DIRECCIÓN ACADÉMICA
VICERECTORADO ACADÉMICO



UNACH-RGF-01-04-02.20

CERTIFICACIÓN

Que, **HERRERA MIÑO LEILEN ELIZABETH** con CC: 060368557-9, estudiante de la Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado "Contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras en la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana", que corresponde al dominio científico Desarrollo Socioeconómico y educativo para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y ciudadana y alineado a la línea de investigación Derechos y Garantías Constitucionales, cumple con el 9%, reportado en el sistema Anti plagio URKUND, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación Institucional, por consiguiente autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 29 de noviembre de 2021.


Dr. Alex Gamboa Ugarte
TUTOR

DEDICATORIA

Con todo mi amor y mi afecto dedico este trabajo a mi familia, a mis docentes quienes me han forjado para convertirme en la persona que soy ahora, quienes me motivaron constantemente para alcanzar mis anhelos.

AGRADECIMIENTO

La vida me ha golpeado en todo momento y he aprendido de mis errores, estoy agradecida conmigo misma por no haberme dejado vencer. Le agradezco infinitamente a Rigoberto Novillo quien siempre estuvo a mi lado apoyándome incondicionalmente, gracias tío de mi corazón; y a ti Cecilia Herrera.

ÍNDICE

AUTORIA	I
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	II
CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL.....	III
CERTIFICADO ANTI-PLAGIO URKUND	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
ÍNDICE	VII
INDICE DE TABLAS	X
RESUMEN.....	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I.....	15
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.2 JUSTIFICACIÓN.....	17
1.3 OBJETIVOS.....	18
1.3.1 Objetivo general	18
1.3.2 Objetivos específicos	18
CAPÍTULO II.....	19
MARCO TEÓRICO.....	19
2.1 Estado del arte	19
2.2 ASPECTOS TEÓRICOS	21
2.2.1 UNIDAD 1: EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	21
2.2.1.1 Definiciones y características del contrato de promesa de compraventa.....	21
2.2.1.2 Contrato.....	21
2.2.1.3 Autonomía de la voluntad y sus límites	21
2.2.1.4 Promesa.....	22
2.2.1.5 Características del contrato de promesa de compraventa	23
2.2.1.6 Contenido y elementos del contrato de promesa de compraventa	23
2.2.1.7 Cláusulas del contrato promesa de compraventa.....	25
2.2.1.8 Elementos del contrato de promesa de compraventa.....	25
2.2.1.9 Elementos de existencia	25

2.2.1.10	Elementos de validez.	26
2.2.1.11	Ejecución del contrato de promesa de compraventa	26
2.2.2	UNIDAD 2: CLÁUSULA PENAL Y ARRAS	27
2.2.2.1	Clausula penal	27
2.2.2.2	Arras.....	27
2.2.2.3	Determinación jurídica de los alcances, limitaciones, semejanzas y diferencias entre los contratos de compraventa con cláusula penal y arras	28
2.2.2.4	Características de la cláusula penal	29
2.2.2.5	Funciones de la cláusula penal	31
2.2.2.6	Alcance de las arras	32
2.2.2.7	Características de las arras	33
2.2.2.8	Semejanzas y diferencias entre los contratos de compraventa con cláusula penal y arras.....	35
2.2.2.9	Constitución del deudor en mora.....	36
2.2.2.10	Efecto de la cláusula penal	37
2.2.2.11	Efecto de las arras.....	38
2.2.3	UNIDAD 3:	41
2.2.3.1	Sentencia de primera instancia	41
2.2.3.2	Sentencia de la Corte Provincial.....	45
2.3	Hipótesis.....	46
	CAPÍTULO III	47
	METODOLOGÍA.....	47
3.1	Métodos.....	47
3.2	Enfoques.....	47
3.3	Tipo de investigación	47
3.4	Diseño de investigación	48
3.5	Unidad de análisis.....	48
3.6	Población.....	48
3.7	Muestra.....	49
3.8	Técnicas e instrumentos de investigación	49
3.9	Instrumento de investigación.....	49
3.10	Técnicas para el tratamiento de información	50
	CAPÍTULO IV	51
	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	51

4.1	Resultados	51
4.2	Discusión de Resultados	52
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		54
CONCLUSIONES		54
RECOMENDACIONES.....		55
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		56
ANEXOS.....		59

INDICE DE TABLAS

Tabla 1 Población.....49

RESUMEN

El proyecto planteado nace del incumplimiento que en la actualidad es un fenómeno que las personas viven a diario por lo que analiza los efectos jurídicos del contrato de promesa de compraventa puesto que es ampliamente aplicado en la sociedad del Ecuador de manera especial en el momento de adquirir bienes inmuebles debido a que brinda la adecuada confianza a las personas mediante la garantía de su ejecución. Se identifica que los contratos de promesa de compraventa no se ejecutan de la forma adecuada puesto que no estipula los requisitos idóneos que permitan general el correcto cumplimiento. Es por esto que la ley debe otorgar a toda la sociedad herramientas que permitan promover el cumplimiento de todas las obligaciones pactadas y de esta manera reducir la carga procesal en todos los juzgados por demandas de incumplimiento. Con la presente investigación se pretende contribuir en la regulación y normativa para que la figura jurídica garantice eficazmente la seguridad de la sociedad que utiliza el contrato de promesa de compraventa como un medio que respaldan todos sus derechos.

Palabras Claves: Contrato de promesa de compraventa, Cláusula Penal, Cláusula de arras, Dominio, Seguridad jurídica.

ABSTRACT

The proposed project arises from the breach that is currently a phenomenon that people experience daily, which is why it analyzes the legal effects of the contract of the promise of sale since it is widely specially used in Ecuadorian society at the time of acquiring real estate because it provides adequate confidence to people by guaranteeing its execution. It is identified that the contracts of the promise of sale are not executed appropriately since the ideal requirements are not stipulated that generally fulfill the correct fulfillment. For that reason, the law must provide all of society with tools to promote compliance with all agreed obligations and thus reduce the procedural burden in all courts for non-compliance claims. The present research pretends to contribute the regulation and normative to the legal concept guarantee the security of the society which uses the contract of the promise of sale to support all their rights.

Keywords: Promise contract, Penal Clause, Deposit clause, Domain, Legal security.



Firmado digitalmente por:
YESENIA CECILIA
MERINO UQUILLAS

Reviewed by: Lic. Yesenia Merino Uquillas
ENGLISH PROFESSOR
C.C. 0603819871

INTRODUCCIÓN

Al hablar del Contrato promesa de compraventa y sus efectos jurídicos se ha visto que es un tema al cual no se le ha prestado la mayor importancia en el ámbito legislativo. Siendo en la actualidad su uso como documentos legales civiles ecuatorianos que provocan y amplían disputas legales. (Cabanellas, 2016) Se puede mencionar lo siguiente: Los artículos se destruyen o extinguen antes de la entrega sin incumplimiento del deber por parte de una de las partes y en algunos casos sin afectar el precio pactado en el contrato. (Esperón, 2012) Estas controversias son el resultado del desconocimiento y abuso de los contratos de promesa de compraventa.

Uno de estos mecanismos, es la cláusula penal, que siendo accesoria al contrato principal de compraventa, busca que los contratantes realicen la compraventa pactada en la fecha señalada, para lo cual establecen una pena de carácter pecuniaria, que deberá pagar la parte que incumpla el contrato, tanto el prominente vendedor como el prominente comprador, la cláusula penal lo encontramos en el Código Civil a partir del artículo 1551, donde se determina los perjuicios que le podría causar en caso de incumplimiento de la obligación, por lo que puede surgir varios problemas prácticos derivados, tal vez, por el desconocimiento de la figura y sus verdaderos alcances (Mejía, 2017).

Otras de las herramientas jurídicas que utiliza la legislación para lograr el cumplimiento de contratos de promesa de compraventa son las arras, están contenidas en el Código Civil ecuatoriano en la sección de contratos de compraventa, a partir del artículo 1742; las arras también constituyen una garantía dividida en depósitos de confirmación y retiro, siendo implementados los primeros para asegurar el cumplimiento de la obligación, mientras que las segundas le permite a los contratantes retractarse, pero sometiéndose a una penalidad, las arras permiten a las partes retractarse del negocio, para lo cual existe una penalidad, si lo hace el prominente comprador, este las pierde, pero si lo hace el prominente vendedor este deberá devolver las arras dobladas, es decir esta personas deberá devolver de lo que hayan pactado, comúnmente es dinero, estas sanciones permite de alguna manera que las partes se comprometan a cumplir lo pactado (Guambuguete, 2014).

Como he manifestado, el propósito de estas dos herramientas es asegurar el cumplimiento de una obligación y ambos contratos son accesorios a la obligación principal, esa sería una semejanza principal, pero, al momento de su aplicabilidad como también en la ejecución,

tienen diferencias esenciales que serán analizadas en el presente trabajo investigativo. (Leal, 2013)

En tal virtud teniendo una noción clara y precisa acerca de lo que es el contrato con cláusula penal y el contrato de arras, se ve la necesidad de explicar diferencias, así como semejanzas entre estos dos contratos, ya que muchas veces puede, llevar a los contratantes a tener serias confusiones respecto a los requisitos de aplicabilidad y exigibilidad, que muchas veces no son identificadas por los contratantes, asimismo de los efectos legales contenidos en estos dos ordenamientos jurídicos, lo que provoca enjuiciamientos civiles.

El presente estudio es importante y trasciende en el campo jurídico del derecho civil y mercantil, por lo cual se realizará un análisis investigativo del contrato de compraventa con cláusula penal y con arras, lo que permitirá obtener conclusiones científicamente validas que permita entenderse a cabalidad las implicaciones jurídicas que cada una de ellas conlleva, lo cual busca evitar el incumplimiento de contratos y los enjuiciamientos civiles que de ellos se derivan, ya que son mecanismos que prevé la ley para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la posterior celebración de los contratos.

La investigación se realizara en el Cantón Riobamba, Provincia de Chimborazo, el problema será estudiado a través, del método inductivo, analítico y descriptivo; por los objetivos que se pretende alcanzar es de tipo documental- bibliográfica, de campo, analítica, descriptiva; por la complejidad de la investigación es de diseño no experimental; la población involucrada está constituida por los jueces de la Unidad Judicial Civil y Mercantil, Docentes de la cátedra de derecho Civil, Abogados en libre ejercicio especializados en Materia Civil, a quienes se los encuestará para recabar información que sirva de base para verificar el objeto de estudio mediante técnicas matemáticas, informáticas y lógicas.

Para sistematizar y facilitar el trabajo investigativo, está estructurado conforme al esquema aprobado por la Comisión de la Carrera de Derecho, de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo, el 21 de diciembre de 2016, Art. 16 numeral 3; que contienen las siguientes partes: Portada o carátula, introducción, planteamiento del problema, objetivos, marco teórico, metodología, cronograma de trabajo de investigativo, materiales de información, anexos y aprobación del tutor.

CAPÍTULO I

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El contrato de promesa de compraventa es uno de los más utilizados a todo nivel en el Ecuador y en el mundo entero, debido a su objeto que hace posible las relaciones civiles, con esta realidad los legisladores ecuatorianos han emitido normas jurídicas que pretenden dotar de herramientas legales que se constituyan en mecanismos para lograr el cumplimiento de lo pactado, por lo que se deberá tomar en cuenta el perjuicio económico que les causaría el incumplimiento del contrato de promesa.

Las promesas de contratos de venta son uno de los medios más utilizados entre los contratantes, previo a la celebración definitiva del contrato de compraventa, lo que pretende es que se cumpla con la obligación estipulada en el contrato, aparentemente respalda los acuerdos pactados entre las partes, entre el prominente vendedor y el prominente comprador.

Entre los mecanismos que ha dotado nuestra legislación para el cumplimiento a cabalidad del contrato, es la cláusula penal como el contrato de arras, la primera busca el cumplimiento de la obligación, y al obligarse cualquiera de los prominentes contratantes si sus principales obligaciones no se cumplen o se retrasan, estará sujeto a una sanción por dar o hacer algo, así lo establece el Artículo 1551 del Código Civil ecuatoriano, en tanto que la segunda busca también el acatamiento del contrato de promesa de compraventa, respecto de las cuales el Código Civil, señala que, los contratantes pueden retractarse del negocio, para lo cual existe una sanción, si lo hace el prominente comprador, este las pierde, pero si lo hace el prominente vendedor este deberá devolver dobladas, es decir deberá devolver el doble de lo que hayan pactado, comúnmente es dinero, estas sanciones buscan de alguna manera que las partes se comprometan a cumplir lo pactado.

El problema radica actualmente, en que los contratantes suelen confundirse entre estas dos figuras jurídicas, ya que existen ciertas semejanzas que dificultan su exigibilidad y aplicabilidad, en muchas ocasiones no son identificadas, lo que provoca juicios civiles, situación que deberá ser investigada y aclarada, para lo cual se analizará la legislación y la jurisprudencia, para dejar en claro las divergencias entre estos dos contratos, lo cual evitara en un futuro enjuiciamientos innecesarios.

En todo caso lo que se problematiza son los efectos jurídicos que el desistimiento de ambos contratos provoca para el que no acata dicho contrato. Así mismo, se busca investigar en las posibilidades que existen para indemnizar a la parte afectada, que así mismo, surta efecto mediante el uso de la legislatura.

El análisis investigativo del contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras, permitirá obtener conclusiones científicamente válidas que permita entenderse a cabalidad las implicaciones jurídicas de cada una de ellas, lo que se pretende es evitar el incumplimiento de contratos, la gente incurre en estas falencias gracias al desconocimiento ya que, desconoce su función jurídica, de tal modo, se han planteado las siguientes preguntas: ¿qué se necesita para que ese contrato sea válido?; ¿en qué casos debe inscribirse el contrato en el Registro de la Propiedad? ¿La cláusula de arras cómo afecta en el contrato de compraventa? ¿Qué imposiciones y sanciones debe acatar la parte que ejerce el incumplimiento?; ¿Qué garantías posee la parte afectada por el incumplimiento de dicho contrato?

El estudio reflexiona en los efectos del incumplimiento de la promesa, haciendo énfasis en separarlos para un análisis pertinente de cada una de las causales jurídicas y su ejecución mediante el Código Civil.

1.2 JUSTIFICACIÓN

El contrato promesa de compraventa en la sociedad es de gran aplicación, por esta razón es importante la presente investigación puesto que la suscripción del contrato por lo general es incorrecta lo que afecta al prominente vendedor y al prominente comprador debido a que se debe establecer todas las obligaciones de las partes que representen respaldo para generar seguridad jurídica.

Por este motivo el tema investigado es de gran importancia para la ciudadanía ya que es un instrumento de consulta que permite verificar si el contrato de promesa de compra y venta cumple con el papel de la celebración de dicha transacción sin dejar de lado que la promesa genera todas las obligaciones establecidas bajo el marco jurídico.

El contrato de promesa de compraventa sin duda alguna es un tema muy útil puesto que es de gran relevancia para ser estudiado con la finalidad de que los problemas sean resueltos ya que general litigios en el ámbito jurídico por el incumplimiento que puede llegar a ser de manera dolosa por parte del vendedor o fortuita que puede generar la imposibilidad legal de llegar hasta el acatamiento establecido ya que el contrato de promesa de compraventa es importante puesto que presenta la garantía de dicho contrato y es necesario proveer de una ejecución correcta y aplicación con la finalidad de beneficiar y obtener mayor respaldo en el caso de que exista algún inconveniente sobre en el pacto previo estipulado y de esta forma aportar en la efectividad de la transacción.

El tema planteado contribuye a la jurisprudencia en el Ecuador propósito de desarrollar la convivencia ciudadana, fortalecimiento de la seguridad y la transformación de la justicia; es por ellos que investigación está enfocada en reducción de todas las controversias que se presentan cuando se da conflictos entre los prominentes contratantes por la falta e ineficacia de la normativa en el marco jurídico que permite la correcta seguridad en la sociedad.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo general

- Analizar jurídicamente el contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y arras en la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana para determinar sus características jurídicas y las implicaciones de orden legal que de ellas se derivan.

1.3.2 Objetivos específicos

- Conceptualizar el contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y arras, para determinar sus alcances y limitaciones.
- Diagnosticar las semejanzas y diferencias del contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y arras.
- Realizar un análisis casuístico de procesos judiciales referentes a contratos de compraventa con cláusula penal y arras.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

En el marco teórico de la presente investigación, está estructurado por el estado del arte, aspectos teóricos y la hipótesis.

2.1 Estado del arte

Quishpe Albalco Bethy Maricela, en el año 2018, presenta una tesis titulada: “El contrato de Promesa de Compraventa y sus efectos jurídicos en el Derecho Civil ecuatoriano” (Quishpe, 2018, pág. 1) la autora concluye su trabado señalando, que:

Una promesa de venta, como cualquier otro contrato en general, tiene cuatro ventajas y justifica la inclusión de sanciones. Evite la decisión del juez en daños. El deudor está exento de la obligación de acreditar daños. Velar por el cumplimiento de las obligaciones. El deudor también recibe ciertas obligaciones que no se impondrán sin sanciones y beneficios en caso de incumplimiento (Quishpe, 2018, pág. 109).

En el año 2016, Jhenny Maritza Gamarra Aucancela, entrega una tesis titulada: “La cláusula de arras y su incidencia en el contrato de compraventa, en la Unidad Judicial Civil del Cantón Riobamba, en el ciclo enero- junio 2015” (Gamarra, 2016, pág. 1), la autora dice:

Se puede concluir que la cláusula hipotecaria afecta en el tiempo la parte económica del contrato de compraventa incumpliendo la cláusula hipotecaria prepaga. Esto es el doble del monto del pago inicial recibido del vendedor o el doble del monto del pago inicial perdido para el comprador (Gamarra, 2016, pág. 114).

Para obtener el título de abogado, la señorita Melba Mora, en el año 2014, presenta en la Universidad Técnica Estatal De Quevedo, el trabajo investigativo, titulado, “Impacto sobre las arras civiles y sus derechos constitucionales” (Mora, 2014, pág. 1), la investigadora concluye diciendo:

En el Art. 1743 del Código Civil ecuatoriano se evidencia la vulneración de los derechos y garantías los compradores sufren si no se cumple el contrato de venta con Arras. El artículo 1743 del Código Civil ecuatoriano aún no ha sido reformado para establecer las obligaciones de quienes interfieran con el contrato de compra mediante el pago de un

depósito y garantizar los derechos constitucionales y garantías civiles. (Mora, 2014, pág. 127)

En la Universidad Central del Ecuador, en el año 2018, Chimbo Diana Isabel, exhibe la tesis titulada “El desarrollo de los proyectos inmobiliarios frente a la figura jurídica de la promesa de compraventa en inmuebles del D.M.Q, año 2018” (Chimbo, 2018, pág. 1) la autora llega a la siguiente conclusión:

El contrato de promesa de compraventa tiene un conjunto de características entre las que se encuentra el ser bilateral, nominado, solemne y principal, en el Código Civil prescribe que el contrato de promesa tiene que cumplir con las solemnidades de ser un contrato por escrito; y la más importante, debe elevarse a escritura pública en el caso de que esta promesa se hiciera sobre bienes inmuebles. Las partes que intervienen dentro de un contrato de promesa de compraventa son dos: el prominente comprador y el permitente vendedor. Los elementos del contrato de compraventa son los mismos elementos de contrato en general: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. (Chimbo, 2018, pág. 105)

Ansha Ramírez Ricardo Augusto, en la Universidad Central del Ecuador, en el año 2014, exterioriza, titulada de su tesis, “Incumplimiento de la promesa de compraventa, efectos jurídicos y la normativa vigente en la legislación ecuatoriana” (Ansha, 2014, pág. 1) el investigador sostiene lo siguiente:

Recientemente se han hecho promesas de compraventa de bienes raíces. Este contrato se usa generalmente cuando el comprador de promitente no obtiene el valor total de la propiedad pagando una parte de su valor cuando se firma la promesa. Se convierte en la fecha límite para la venta y cancela el saldo adeudado. Otro caso creado para el uso de un contrato de venta es cuando el promotor no puede celebrar un contrato de venta porque la propiedad tiene un gravamen o concesión que limita su dominio. Otras circunstancias que impidan la construcción de una propiedad o la celebración de un contrato de compraventa. Por tanto, la promesa de venta debe garantizar la imitación del inmueble. (Ansha, 2014, pág. 115)

2.2 ASPECTOS TEÓRICOS

2.2.1 UNIDAD 1: EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

2.2.1.1 Definiciones y características del contrato de promesa de compraventa

A continuación, se procede a definir lo que corresponde al contrato de promesa de compraventa

2.2.1.2 Contrato

Contrato recoge la idea de un acuerdo de voluntades. Como la principal o al menos la más común de las fuentes de las obligaciones. Se le atribuye a la voluntad de las partes el ser el origen y medida de las obligaciones. Tal concepción es coherente con la idea de la autonomía de la voluntad. (Duque, 2008) Por otro lado, el contrato es un acuerdo jurídico de voluntades por el que se exige el cumplimiento de una cosa determinada. Se trata de un acto privado entre dos o más actores para ser destinado a crear obligaciones y generar derechos (Bosch, Del Pozo, & Vaquer, 2016). Añadiendo a esto el contrato siendo un acuerdo de voluntades puede crear y modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos patrimoniales, así, no hay contrato por el solo hecho de que una persona realice una prestación no solicitada a favor de otra, y esta permanezca en silencio.

De acuerdo al artículo 1460 del Código Civil ecuatoriano se puede mencionar que para que surta efecto alguno o se degenere un contrato mediante lo estipulado:

Hay una distinción en cada pacto entre la cuestión de su existencia, la cuestión de su esencia y la cuestión de la pura casualidad. La sustancia del contrato incluye algo que sería nulo sin él o transformado en otro contrato. La naturaleza contractual debe entenderse como propia sin ninguna condición particular porque no es necesaria y lo que no es de naturaleza contractual o por supuesto por casualidad y derecho.

2.2.1.3 Autonomía de la voluntad y sus límites

El contenido del contrato es el que los contratantes han expresado libremente y prevalece sobre cualquier fuente del Derecho, sin otros límites que las normas imperativas, la buena fe y el orden público. Así mismo, En lo que las partes contratantes no hayan acordado, el contenido del contrato es el que establece la ley con carácter dispositivo en la

regulación de los tipos contractuales que se adecúan al contenido contractual querido por las partes. (Bosch, Del Pozo, & Vaquer, 2016)

Además, el Código Civil ecuatoriano menciona en su art. 1461 que para que una persona pueda obligar a otra a declarar un acto o un testamento, debe:

- Tener plena capacidad jurídica.
- Acepta la acción o declaración anterior y su pleno consentimiento.
- Que recaiga en un objeto lícito y
- Que tenga una causa lícita
- La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. (Código Civil , 2005)

2.2.1.4 Promesa

Para definir lo que es la *promesa* se apoyará el estudio en el Código Civil ecuatoriano el cual, menciona en el art. 1570. Las promesas en un contrato no son una obligación. A menos que ocurran las siguientes situaciones:

- 1. La obligación está por escrito. La prueba sólo cuando se celebre un contrato que requiera tal seriedad será válida bajo las disposiciones de esta Ley.*
- 2. Un contrato prometido no se declara nulo por ley.*
- 3. La promesa tiene condiciones que determinan la fecha de firma del contrato, cuando,*
- 4. El contrato prometido se determina de tal manera que la ley solo imita cosas o ceremonias para cumplirlo. En el caso de que estos casos coincidan, será de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior. (Código Civil , 2005)*

En este sentido, un contrato de promesa puede entenderse como un documento legal que obliga a las partes a celebrar otro contrato a futuro. En conclusión, es un contrato preparatorio que se celebra con un fin preciso y determinado, contiene un conjunto de cláusulas que aseguran la plena conclusión del contrato final celebrado por las mismas partes del contrato de promesa.

En términos y estructuras más complejas es un proceso coherente, sobre la base de este requisito, es un acuerdo escrito según el cual las partes deben celebrar un contrato y la ley no declara nulo este contrato. En los términos o condiciones que determinan el momento de su celebración, cualquier contrato está obligado. Se imaginan tradiciones y recuerdos de lo que le falta a la ley (Rodríguez, 2015).

También es una oferta para realizar un evento o no, o para firmar un contrato con una persona en concreto. La promesa de subcontratar el examen de un acto jurídico a una persona está obligada a cumplirla. (Esperón, 2012).

2.2.1.5 Características del contrato de promesa de compraventa

Cuando se habla de ello, un contrato preparatorio es un contrato importante similar a un contrato final, porque existe por sí solo sin la necesidad de un acuerdo adicional bajo el artículo 1570 del Código Civil ecuatoriano.

Los contratos de compromiso siempre tienen en cuenta el hecho de que incluyen obligaciones de desempeño. En toda esta historia, sus características son:

- Bilateral: Solo el hecho de que ambas partes hayan firmado el compromiso.
- Problema: Según el artículo 1456 del Código Civil ecuatoriano, “si el propósito es a favor de dos signatarios, cada parte paga por el otro”, esto es una carga. (Código Civil 2005)
- Recíproco: se refiere al hecho de que una parte tiene que ofrecer algo a cambio de la otra. Acuerdo: Porque hay acuerdo en todo lo relacionado con el contrato final.
- Nombramiento: Se trata de un contrato de cesión porque es un contrato regido por el ordenamiento jurídico. (Larrea, 2013).

2.2.1.6 Contenido y elementos del contrato de promesa de compraventa

En lo que se refiere a su contenido, para su validez se necesita que cumpla con los siguientes requisitos de forma y de fondo según la ley, de acuerdo al Código civil en su art. 1570 se menciona lo siguiente:

“Numeral I. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme las disposiciones de este Código.” (Código Civil , 2005)

Este numeral presenta con exactitud que la promesa debe ser celebrada por escrito, por tal, al no existir un documento en físico, por ende, no existe el contrato de promesa y siendo el caso de un contrato verbal, este carecería de algún efecto jurídico, aun cuando se trate de probar mediante declaración de parte se estaría subsanando el primer numeral pero no, los otros tres numerales que establece el Código Civil ecuatoriano.

Numeral II “Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces” (Código Civil , 2005)

Señala que este contrato debe ser otorgado bajo la ley ecuatoriana y, por lo tanto, no puede entrar en conflicto con la ley nacional. Por tanto, este recurso legal debe tener un propósito y una razón para mejorarlo.

Sección III “Contratos con Condiciones para Determinar la Fecha de Firma del Contrato” (Código Civil , 2005). La duración es el período de tiempo especificado en el contrato firmado para la conclusión del acuerdo final de compraventa entre las partes interesadas. En este punto, cualquiera de las partes puede reclamar las obligaciones especificadas en el compromiso. También establece la duración del contrato, incluido el período desde la celebración del contrato de venta hasta la celebración del contrato de venta final. También se puede considerar como un requisito hacer una prenda cuando se realiza la venta final.

Sección IV “establece que el contrato prometido carece únicamente de las memorias estipuladas en la imitación de las cosas o la ley para su cumplimiento” (Código Civil , 2005).

Debe aclarar el contrato, detallar la promesa y especificar los términos que ambas partes consideren apropiados para cumplir con la promesa. Asimismo, cuando se entregue la mercancía, está claro que se ejecutará cuando se celebre el contrato definitivo. Es decir, el comprador entrega la mercancía al vendedor.

2.2.1.7 Cláusulas del contrato promesa de compraventa

Como ocurre con todos los contratos, los términos son fijos y pueden variar de un contrato a otro, por lo que el contrato de promesa de compraventa debe especificar lo siguiente:

- **Obligatorio:** las partes se identifican y se hace constar conjuntamente las generales de ley en el contrato.
- **Condiciones aleatorias:** Está cláusula configura como la más importante a especificar, puesto que el contrato de promesa debe expresar obligatoriamente la voluntad de las partes con respecto al precio, plazo, entrega de las arras y la fecha del contrato definitivo.
- **Condiciones de uso:** Son habituales y también se aplican como requisitos específicos a la hora de redactar este tipo de contrato.
- **Disposiciones sobre cláusula penal o arras:** Las penas o prendas dentro de las mismas, garantizan el cumplimiento de las obligaciones contractuales básicas y las someten a sanciones contractuales en caso de incumplimiento (Cevallos, 2007).

2.2.1.8 Elementos del contrato de promesa de compraventa

Al hablar de los elementos del contrato de promesa de compraventa se divide en dos, siendo los de existencia y de validez que se desarrollan a continuación:

2.2.1.9 Elementos de existencia

Consentimiento: El objeto del consentimiento en la promesa consiste en obligar a las partes a la celebración de un contrato futuro.

Objeto que pueda ser materia de contrato: el objeto en el contrato accesorio, es dar o hacer una cosa, según cláusulas especificadas que tienen como fin llegar al contrato definitivo (Larrea, 2013).

2.2.1.10 Elementos de validez.

Capacidad de ejercicio: los sujetos que intervienen en el contrato deben tener capacidad legal plena para contratar y obligarse.

Voluntad libre y consciente: que la voluntad se exprese sin vicio alguno (error, fuerza, dolo). Es decir que sea una voluntad libre, definida y cierta. Se llama a este elemento ausencia de vicios en la voluntad o voluntad sin vicios.

Licitud en el objeto, motivo, fin: el objeto de contrato debe de estar siempre del marco jurídico legal sin cometer ninguna falta a las leyes aplicables.

Forma: el contrato de promesa debe constar por escrito, siendo un elemento de validez, específicamente la forma, es decir, el contrato de promesa es formal, aun y cuando el definitivo sea consensual (Cevallos, 2007).

2.2.1.11 Ejecución del contrato de promesa de compraventa

En cuanto a la ejecución del contrato, la promesa de venta tiene un efecto inmediato sobre la creación de la obligación de ejecución. Normalmente, las partes cumplirán voluntariamente con esta obligación. Es decir, el cumplimiento expira del contrato de compromiso, por lo que solo se aplican los nuevos contratos. Si las partes no cumplen voluntariamente con sus obligaciones, tienen derecho a exigir el cumplimiento obligatorio de las obligaciones pactadas. Este suele finalizar cuando finaliza por el agotamiento natural del efecto contractual, pero también caduca si el plazo no se produjo por negligencia de alguna de las partes o si el contrato definitivo es legal. (Calderón, 2015)

2.2.2 UNIDAD 2: CLÁUSULA PENAL Y ARRAS

**Los contratos de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras.
Diferenciación entre cláusula penal frente a la cláusula de arras.**

2.2.2.1 Clausula penal

Ahora es una práctica común incluir una cláusula de penalización en la celebración de un contrato. Esto no es una parte exclusiva de este acuerdo, pero también se incluye en el acuerdo de compromiso de venta, pero por consentimiento mutuo.

También define una cláusula de penalización como un reclamo de reembolso obligatorio. Con ello se pretende obligar al deudor a cumplir el contrato, teniendo en cuenta el riesgo de tener que cumplir esta sanción, que suele ser más gravosa que las obligaciones contraídas. (Gutiérrez, 2016)

En tal, virtud este pacto que se realiza entre las partes y tiene carácter de una obligación accesoria, por lo que tiene como objetivo asegurar el cumplimiento de la misma, que a la vez constituye una obligación condicionada, ya que la pena únicamente se debe al incumplimiento o retraso de una obligación central, lo que también puede ser una liquidación convencional y anticipada de los prejuicios del caso al darse alguno de esos presupuestos (Rodríguez A. , 2003).

2.2.2.2 Arras

De acuerdo con el Código Civil ecuatoriano, en el art. 1742 menciona: "Si se vende con un depósito, no hace falta decir que el contratante puede retirar el artículo si se entrega como garantía para concluir o cumplir el contrato. La persona que deposita el depósito lo pierde. Y la persona que lo recibió lo duplicó".

Además, Mosset (2015) revela tres características básicas del dinero ganado.

- Indica que se ha firmado el contrato. Proporcionan garantía o protección.
- Estos también representan evaluaciones de daños en caso de incumplimiento.
- Permite a las partes rescindir legalmente el contrato.

Las asignaciones, al igual que las sanciones, son accesorias a los contratos porque ayudan a hacer cumplir los contratos y tienen funciones duales definidas como:

Arras de confirmación: El depósito de confirmación garantiza la conclusión efectiva del contrato y las partes no pueden rechazar o revocar el contrato. Es importante que este contrato esté por escrito para que sea válido. El monto otorgado como depósito de confirmación se considerará como pago al precio acordado en el momento de la firma del contrato (Cevallos D. , 2014).

Una vez cumplido el margen, las partes tienen la opción de solicitar la ejecución o disolución del contrato. Esto no prejuzga reclamar la indemnización correspondiente en la forma habitual (Tamayo, 2006).

Arras de retracción: Permiten a las partes desistir de la celebración o ejecución del contrato sin supervisión judicial. Como dice el Código Civil Ecuatoriano 1742:

- Si la persona que hizo la garantía se retira, esa persona la pierde.
- Si la persona que recibe el depósito retira el depósito, debe devolverlo dos veces (Código Civil, 2016).

A través del art. del Código Civil de 1743 estipula que este derecho de retractación debe establecerse dentro de un plazo explícito. En caso contrario, el plazo lo fija el Ministerio de Justicia y celebra la acción pública para que no haya lugar para desistimiento de la firma del contrato, entrega de bienes, o cualquier forma de desistimiento cuando se cumplan estos supuestos.

2.2.2.3 Determinación jurídica de los alcances, limitaciones, semejanzas y diferencias entre los contratos de compraventa con cláusula penal y arras

Alcance de la Cláusula penal:

De acuerdo con menciona que la cláusula penal “Lo expuesto por las partes en sus contratos, dará lugar a una sanción para aquel que no cumpla lo estipulado”. Además, se considera una estipulación anticipada en el contrato de promesa, de los prejuicios que puedan suscitarse para el acreedor por el incumplimiento o con la tardanza de cumplimiento de la obligación (Gracia, 2018).

La cláusula penal se la determina para todo tipo de convención o contrato, constituyéndose en garantía para el cabal cumplimiento de la obligación contraída. El alcance que anima la cláusula penal es precautelar el cumplimiento o en el evento de que su cumplimiento sea incompleto o de manera tardía, por total responsabilidad del deudor, no es menos cierto que se suscita una lesión enorme y por ello con antelación se considera la cláusula penal compensatoria (Abeliuk, 2013).

De conformidad con el artículo 1592 del Código Civil, una cláusula penal es una disposición contractual en virtud de la cual el deudor de una obligación se compromete al cumplimiento de una penalidad en el evento de que no se ejecute o que se retarde la satisfacción de la obligación a su cargo (Coca, 2019).

La cláusula penal es una disposición establecida en un contrato para garantizar el cumplimiento de una obligación principal. Y también para castigar el incumplimiento de esta obligación. Es una cláusula en contratos de compraventa de empresa o negocio en relación con la obligación de no competencia. El deudor de la prestación, está obligado a pagar una determinada cantidad pecuniaria si incumple la obligación principal. Sin perjuicio de lo pactado, el Juez tiene la capacidad de modular la pena. El Juez aplicará esta facultad en base al principio de equidad. No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no podrá proceder a su revisión ni modificación en casación (Ortega, 2020).

La obligación del deudor de pagar una cantidad no relacionada con el daño causado por la lesión del deudor es la expresión más completa del "precio" acordado previamente por el deudor. Por lo tanto, si la contratación es eficiente, y si es la forma "más barata" de garantizar el cumplimiento de la Convención, se deben revisar las sanciones. Por lo tanto, se puede suponer que obligar a alguien a hacer algo es costoso (especialmente si se trata de una "ejecución" personal, es decir, no sustituible) y a menudo es impuesto por el deudor del servicio. ¿Le cuesta dinero al deudor controlar el comportamiento del deudor durante la ejecución del contrato? (Alfaro, 2017).

2.2.2.4 Características de la cláusula penal

Entre las principales características de la cláusula de penal, se enumeran las siguientes:

Condiciona: La ejecución de la cláusula de penalización depende del incumplimiento de una de las partes intervinientes en el contrato. Por tanto, esta característica prevé que la cláusula de sanción se mantenga en suspenso hasta que se cumplan las condiciones ya fijadas para su ejercicio (Boffi, 2013).

Auxiliar: No puede existir sin la necesidad de celebrar un contrato principal; en cualquier caso, un contrato de cláusula penal no se puede celebrar sin una obligación principal.

Accesoria: El art. 1552 del Código Civil ecuatoriano, da a entender que el contrato con cláusula penal es accesorio a la obligación fundamental que es perfeccionar el contrato principal, igualmente, la invalidación a este contrato accesorio no conduce a la invalidación de la obligación principal (Abeliuk, 2013).

Inmutable: La cláusula penal al haber sido acordado entre los intervinientes, exige a los mismos dar cumplimiento a lo pactado, esto se entiende que sí después de haber legalizado dicho acuerdo, ninguno podrá alegar que no está acuerdo con la pena estipulada. (Larrea J. , 2016).

- Se trata de una cláusula accidental; requiere de pacto expreso por las partes en el contrato para que sea vinculante entre ellas.
- Para que el acreedor pueda hacer efectiva la cláusula penal, el deudor debe incumplir con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y estar constituido en mora.
- El término anterior se refiere a una reconvención judicial emitida contra el deudor a través de la notificación del auto admisorio de la demanda.
- La cláusula penal puede cumplir una finalidad de estimación anticipada de los perjuicios, es decir, las partes establecen (mediante un pacto) una evaluación anticipada del perjuicio que ocasionaría el incumplimiento de alguna de las obligaciones del acuerdo contractual.
- Dentro de las modalidades de tasación de perjuicios que puede tener la cláusula penal está la moratoria, cuya finalidad es indemnizar al acreedor afectado por la mora o el retardo culposo de su deudor (Actualícese, 2016).

2.2.2.5 Funciones de la cláusula penal

Caución

Esto ayuda a garantizar el cumplimiento del contrato. Esto se debe a que si se celebra el acuerdo de compromiso y no se han establecido sanciones, las obligaciones cumplidas por las partes son solo de naturaleza psicológica (Lasarte, 2007).

Al establecer una garantía, no debe ponerse de acuerdo sobre valores ridículos que no imponen cumplimiento a las partes. El monto en este caso es un valor importante que motiva a las partes a trabajar juntas para concluir el contrato principal. De igual forma, esta cantidad de sanciones está regulada por ley y las partes no son del todo conscientes de ello, evitando así abusos (Leal H., 2019).

La garantía es de naturaleza personal y no genuina, por lo que se refiere al hecho de que la parte lesionada no puede rastrear directamente los bienes cubiertos por el contrato. Debe señalarlo a la persona que cometió la infracción. (Lasarte, 2007).

Las cláusulas penales cumplen diversas finalidades económicas. Para aquellas que son estimativas de perjuicios, la principal función consiste en evitar a quien sufre un incumplimiento incurrir en los costos que implica la prueba de perjuicios y arriesgarse a que, por ser ciertos perjuicios no verificables para un juez, estos no sean indemnizados. En cuanto a las cláusulas penales punitivas, aquellas que permiten cobrar tanto la suma pactada en calidad de pena como los perjuicios sufridos y probados, su función por excelencia es disuadir el incumplimiento o, en otras palabras, generar incentivos a las partes para cumplir. Lo anterior llevaría a pensar que mientras más alto sea el monto de una cláusula penal, mayor será la probabilidad de que esta cumpla sus funciones económicas (Gaviria, 2019).

Calculo convencional y anticipado de perjuicios

Es la evaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que pueden experimentar al acreedor con el incumplimiento de la obligación o con el cumplimiento imperfecto o retrasado. A su vez, se puede redactar dentro del contrato de promesa, sin embargo, no hay problema si se muestra como un elemento separado (Abeliuk, 2013).

Esta cláusula penal sirve para evitarle al juez la tarea de valorar la indemnización que recibirá la parte perjudicada. Así, sirve como medio de cálculo convencional de perjuicios. Las partes tomarán la decisión de forma conjunta y anticipada la pena que será a pagar en el caso de que se incumpla la obligación principal, Se considera esto como un avalúo al perjuicio causado (Boffi, 2013).

En el art. 1551 se del Código Civil se menciona los siguiente: “el caso de incumplimiento o atraso en el cumplimiento de la obligación principal. Esto clasifica las sanciones en cláusulas de compensación y aplazamiento. El incumplimiento de la obligación principal es la compensación y el cumplimiento se llama moratoria”.

Criminal civil Puede ser sancionado por la parte infractora y se considera una sanción civil porque la ley permite que las personas impongan sanciones civiles (Lasarte, 2007).

También llamado castigo civil, equivale a equiparar los actos ilegales del Código Civil con los llamados delitos civiles. Esta es una forma de compensar a alguien que ha sufrido una lesión moral sin tener que calificar para una compensación. La compensación se impone al perpetrador como un castigo más que como satisfacción con la víctima. Por lo tanto, también se le conoce como el nombre: Pecunia doloris. Debido a la influencia del sistema legal del Common Law, donde el principio de responsabilidad extracontractual es elaborado, el daño punitivo se refiere a daños con fines educativos para víctimas o lesionados. Por eso, el nombre que se les da: daños punitivos. En cualquier caso, se estima que la compensación económica por estos daños no debería ser cubierta por un seguro (Enciclopedia jurídica, 2020).

2.2.2.6 Alcance de las arras

El dinero serio es el propósito real que se da como prenda para la celebración o cumplimiento de un contrato, y estos son de naturaleza accesoria. Por tanto, el dinero real es un subcontrato con modalidad tradicional ligado a un contrato de compraventa, pero no suele ser una garantía natural del mismo, sino más bien a la voluntad de la parte que le permite celebrarlo. También se menciona que los beneficios en efectivo de un contrato de compromiso no son una provisión de beneficios en efectivo de un contrato de compromiso. La entrega puede configurarse como revocación o fianza penal, ya que esta es una práctica que impone obligaciones a ambas partes. La aplicación a un tipo particular de contrato no se describe y puede aplicarse plenamente por voluntad explícita de las partes contratantes. Se

habla de normas conjuntas sobre los depósitos de confirmación para estos contratos (Fueyo, 2013).

Sobre el alcance de este requisito, la Cámara de Comercio dijo que, en el caso de los contratos inmobiliarios, "la especificación del tipo de contrato prometido en el contrato de pagaré no fue suficiente para el legislador y hubo leves indicios de que podría serlo". Explique que el pagaré puede ser vinculante, pero como se indica en el documento legal transcrito, solo falta la tradición o proceso legal en cuestión para su cumplimiento. Se impuso precisión para decidir los contratos de tal manera, el tratado interino no podía incluir el pagaré en la decisión del método riguroso que estipula la ley. Su ubicación y restricciones como uno de los factores esenciales para la determinación de un pagaré. En definitiva, la ley es un pagaré de una propiedad que no está alineada, no tiene valor y es absolutamente nula.

Explicando los alcances de este requisito, en tratándose de la promesa que involucra bienes inmuebles, tiene dicho la Sala que "no le bastó al legislador que en la convención promisoria se señalase la especie del contrato prometido y se consignaren indicaciones que permitieran determinarlo marginalmente, para que la promesa pudiera tener poder vinculatorio, sino que, como lo reza el texto legal transcrito, se impuso la precisión de que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Ahora bien, no podrían hacerse en la convención provisoria la determinación del contrato prometido, en la forma exhaustiva reclamada por la ley, sin la especificación de las cosas objeto de este último. Así que, en tratándose de la promesa de compraventa de un bien inmueble, la singularización de este en el acto mismo de la promesa, por su ubicación y linderos, se impone como uno de los factores indispensables para la determinación del contrato prometido, en síntesis, para la ley, la promesa de contrato de un inmueble en que falte el alindamiento del mismo, carece de valor, es absolutamente nula (Gerencie, 2020).

2.2.2.7 Características de las arras

Tomando en cuenta que las arras es una garantía, para asegurar el cumplimiento del objetivo principal se enumera las características, de la siguiente manera (Gherzi, 2010):

Acuerdo Real: Por cuanto el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa, no es suficiente la voluntad de las partes o la simple intención de constituir las.

Unilateral: En el contrato de promesa con arras intervienen dos partes, la parte quien entrega las arras y quien las recibe, se entiende que es unilateral por quien entrega las arras mientras llegue el tiempo acordado para la perfección del contrato definitivo no tiene más deberes que cumplir, ya que al otorgar las arras esta responsabilidad está en la parte que las recibe.

Accesorio: Es un contrato accesorio porque simplemente es una garantía para el fiel cumplimiento de la obligación de comparecer a la celebración del contrato principal, es decir las partes están protegidas legalmente pero solo de forma parcial y con esta característica se busca cumplir a la totalidad de la obligación principal.

Informal: En el contrato de promesa por arras la ley no exige ninguna formalidad previa a constituir las, un ejemplo claro es que para celebrar un contrato definitivo de compraventa no debe pesar gravamen alguno en el bien, sin embargo, en la celebración de un contrato de promesa con arras permitiría tranquilamente entregar dicha garantía aun con el gravamen impuesto, siempre y cuando pueda levantarse.

Un contrato con arras es un contrato privado en el que las partes acuerdan vender una propiedad, deben asegurar el fiel cumplimiento de lo pactado por lo cual la manera eficaz es hacerlo, frente a un notario público, quien autentificará los datos de los intervinientes y demás generalidades:

- Datos personales del comprador y vendedor.
- Identificación de la calidad en que comparecen los intervinientes y la respecta prenda entregada por uno de ellos.
- Estipulación del tipo de pago.
- Cantidad entregada por concepto de arras.
- El precio final pactado por un bien.
- Tiempo máximo para celebrar el contrato principal. (Spain Houses, 2018)

Un contrato de promesa con arras es un contrato privado que exige la obligación de vender dicha propiedad en las condiciones establecidas en el mismo. Por lo tanto, una de las partes proporciona la entrega de una cosa en prenda, para asegurar la perfección de dicha

compraventa. El contrato registra todos los detalles del contrato, incluido el monto, la forma de pago, la distribución de varios costos y el plazo para celebrar el contrato principal. (Mastres Empresarial, 2019).

2.2.2.8 Semejanzas y diferencias entre los contratos de compraventa con cláusula penal y arras

Semejanzas

En esta parte es necesario aclarar que poseen una similitud que genera dudas en el momento de aplicarlas, sin embargo, se puede enumerar como semejanzas las siguientes:

Los contratos con cláusula penal y arras son figuras jurídicas que garantizan el cumplimiento de su objetivo final como lo es la firma del contrato definitivo que será perfeccionado mediante escritura pública y su respectiva inscripción.

Otra similitud es que las dos figuras tienen la naturaleza de ser accesorias frente a la obligación principal que es la celebración del contrato final.

Otra característica común es el hecho de que la cláusula penal y las arras buscan la compensación generalmente económica por la afectación ocasionadas a las partes interesadas en caso de no perfeccionarse el contrato definitivo, no se requiere prueba del daño para exigir la compensación.

La última semejanza para considerar es que en las dos figuras se puede demandar civilmente en caso de incumplimiento de lo que se encuentra prometido.

Diferencias

La cláusula penal y las arras tiene una diferencia desde la descripción legal, en virtud que la cláusula penal con el fin de garantizar la celebración del contrato definitivo establece una pena, que consiste en dar o hacer algo, mientras que el de arras consiste específicamente en dar una cosa en prenda, a fin de asegurar el objetivo principal, es decir, la primera es un castigo por el incumplimiento, mientras que la segunda es una garantía para su cumplimiento.

La cláusula penal no es susceptible de retracción, sino que incurre en mora en caso de no cumplirse a tiempo la obligación, sin embargo, no se puede pedir el pago de la pena y a la

vez exigir el cumplimiento del contrato principal, si no únicamente en el caso en que se estipule expresamente que se cobrará la pena por el simple retardo y además se obligará el cumplimiento del contrato definitivo. El contrato de promesa con arras otorga la libertad de arrepentirse en un plazo estipulado entre las partes, caso contrario la ley otorga el plazo de dos meses para retractarse, obviamente con las consecuencias legales como es perdiendo las arras quien la otorgo y devolviéndolas dobladas quien la recibió.

La cosa entregada en el contrato de promesa con arras, configuran como una forma de confirmación para la celebración del contrato definitivo, mientras que en el de cláusula penal no existe ninguna garantía o confirmación de que se cumplirá la obligación, sino que establece una pena.

En la cláusula penal al momento de firmar el contrato de promesa no existe ninguna entrega material que asegure el cumplimiento de la obligación, mientras que en el de arras ya se entrega la prenda al momento mismo de la celebración del contrato accesorio, de esta forma anticipando la indemnización por los posibles perjuicios que se llegará a configurar en lo futuro.

En la cláusula penal puede darse un incumpliendo parcial y total, es decir el parcial cuando existe un simple retardo y el total al nunca haberse dado cumplimiento de la obligación principal. En el contrato de promesa con arras existe solo el incumplimiento total, por lo cual se pierde o se restituye dobladas las arras.

2.2.2.9 Constitución del deudor en mora

Se menciona como Mora lo siguiente de acuerdo Álvarez, (2013) con:

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

Así se puede mencionar según: La constitución en mora del deudor implica el reconocimiento de los perjuicios que el incumplimiento de la obligación por parte del deudor le está ocasionando al acreedor, otorgándole así dos opciones:

- La primera, posterior a la constitución en mora, sea automática o por vía de requerimiento, el acreedor puede solicitar a un juez competente el cumplimiento forzoso de la obligación con el reconocimiento de los perjuicios moratorios que ha sufrido; y,
- La segunda, solicitar al juez la resolución del contrato con el reconocimiento de los perjuicios compensatorios como consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del deudor (Osterling, 2013).

De acuerdo al Código Civil en el art. 157 se menciona lo siguiente:

“El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (Código Civil, 2016)

2.2.2.10 Efecto de la cláusula penal

Con respecto a la ejecución de la cláusula penal, el incumplimiento será consecuencia de una decisión en rebeldía de una de las partes contratantes o del infractor. La naturaleza del incumplimiento depende de si la obligación incumplida se cumple, se incumple o se da. El artículo 1554 del Código Civil establece que la ejecución de las sanciones contractuales debe resultar en incumplimiento. Si la obligación incumplida es negativa o no se cumple, las partes fallarán desde el momento en que se realice el acto no prometido. Una de las ventajas de la cláusula de penalización como medio para predecir los cálculos de daños es que después de que se produce una infracción, esta penalización se reclama incluso si no se ha producido ningún daño. Las partes interesadas no tienen que demostrar que han sufrido daños para realizar una solicitud. Cumplimiento (Código Civil, 2016).

El deudor solo puede exigir el cumplimiento de la deuda primaria, lo que significa que la otra parte no ha incumplido. En caso de incumplimiento, el deudor podrá, a su

elección, solicitar el cumplimiento de la obligación principal o cobrar una sanción compensatoria. Luego vuelva a la compensación normal.

Como excepción, puede exigir una sanción contractual y el cumplimiento obligatorio de sus principales obligaciones, o puede exigir una sanción contractual y recurrir a los recursos habituales. Las partes deben acordar previamente la aplicación de estos procedimientos, por lo que, si optan por la vía de compensación habitual y no siguen una solución favorable, no podrán recurrir a sanciones contractuales (Cevallos D. , 2014).

El artículo 1552 del Código Civil contiene dos párrafos que merecen la pena prometer imponer sanciones por no cumplir una promesa en nombre de otra persona, pero la obligación principal es que la persona esté de acuerdo, si no, no es válida. En este caso, el tercero se compromete a hacer algo, de lo contrario el postor debe cumplir con las sanciones.

2.2.2.11 Efecto de las arras

El contrato de arras es un acuerdo privado entre comprador y vendedor previo donde las partes se comprometen a efectuar la compraventa futura de una propiedad y el comprador entrega una cantidad de dinero a cuenta del total. Así mediante este contrato se puede:

- El comprador se reserva el derecho sobre la compra de un bien a cambio de una cantidad de dinero determinada a cuenta del precio total.
- Y el vendedor se compromete a entregar el bien al comprador en las condiciones pactadas (Esperón, 2012).

En cuanto a la interpretación de los convenios mercantiles, en virtud de la expresa remisión que para el efecto hace el Código de Comercio, procede la aplicación de las reglas:

Así, las etapas que comprende el proceso de interpretación, son:

1. La labor de identificación y establecimiento de los datos que han de interpretarse.
La búsqueda y averiguación del sentido negocial de tales datos.
La función de calificación del contrato.
La reconstrucción de la regla negocial (Legis, 2018).

Habitualmente cuando se firma un contrato de compraventa de vivienda o local, se da una cantidad a cuenta del precio que juega el papel de reserva del bien que queremos

adquirir. Y esa entrega a cuenta son conocidas, coloquialmente, como arras y mucha gente considera que, si decidimos, finalmente, no comprar, las perdemos y el contrato queda sin efecto. Sin embargo, esto no es siempre así: no todas las arras de una compraventa tienen el mismo efecto o consecuencias en un contrato (elabogado, 2016).

Además, se mencionan los siguientes efectos de las arras:

Arrepentimiento del vendedor: el arrepentimiento del vendedor ocasiona instantáneamente la ejecución de las cláusulas de arras, debido a que no se produjo la tradición del bien y en esta forma el contrato de compraventa ha sido incumplido. El incumplimiento de una de las partes a la misma para exigir los efectos de las arras penitenciales por supuesto desistimiento de la otra parte: En íntima conexión con el incumplimiento del contrato se encuentra la cuestión sobre un plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento de la otra parte. En íntima conexión con el incumplimiento del contrato se encuentra la cuestión sobre el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento y si el mismo estuviese previamente determinado, estaría resuelto el problema antes referido de la delimitación entre el desistimiento y el incumplimiento (Gutiérrez, 2016).

Arrepentimiento de las partes contratantes: es igual la cláusula que consiste en la facultad que se reservan las partes en el contrato de compraventa de proceder a su extinción por la vía del arrepentimiento unilateral. Así, podemos decir que el arrepentimiento ha recibido el criterio de las arras por desistimiento, teniendo como base en el derecho Romano, abandonando la señal confirmatoria. Si se hubiere dado una señal para asegurar el cumplimiento del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliera, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación, pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuese de hacer o de no hacer (Mejía, 2017).

Arrepentimiento del comprador: si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega; esto quiere decir que si los contratantes estipularan que la venta no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera

de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida (Abeliuk, 2013).

Lo realmente importante es que quede reflejado en el pacto la voluntad de las partes de concederse recíprocamente la facultad de desistimiento del contrato; por ejemplo con una expresión análoga o similar a «las partes pactan expresamente la facultad recíproca de desistimiento del presente contrato, constituyendo, la cantidad entregada al efecto, arras penitenciales sujetas a los efectos del artículo 1454 del Código Civil, en el sentido de que para el supuesto de que la parte compradora ejercite su facultad de desistimiento del contrato, perderá la cantidad entregada en concepto de arras, y para el supuesto de que sea la parte vendedora quien la ejercite, deberá restituir a la compradora el doble de la cantidad entregada en concepto de arras; quedando el contrato resuelto, sin que las partes puedan compelerse a exigir el cumplimiento forzoso del contrato ni exigirse una cantidad indemnizatoria diferente de la establecida» (Marientto, 2018).

2.2.3 UNIDAD 3:

Estudio de caso: 06302- 2011- 0061 registrado en el Consejo de la Judicatura del Ecuador

2.2.3.1 Sentencia de primera instancia

Nos hemos propuesto como objetivo específico realizar un análisis casuístico de procesos judiciales referentes a contratos de compraventa con cláusula penal, por este medio. A continuación se presenta un estudio de sentencia dictada dentro del juicio **06302- 2011- 0061**, de Incumplimiento de Contrato de Promesa de Compraventa, propuesto por la señora Dolores Noemí Bonilla Duchi, en contra de Rojas Parra María Magdalena, representante legal su conyugue señor Malacatus Valdiviezo Pedro Miguel.

La demandada Sra. MARI MAGDALENA ROJAS PARRA en calidad de mandataria de su conyugue PEDRO MIGUEL MALACATUS VALDIVIEZO, ofreció dar en venta y enajenación perpetua un inmueble en la Urbanización “Las Acacias” situado en la Parroquia Lizarzaburu de esta ciudad de Riobamba, con una superficie total de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE METROS CUADRADOS SETENTA DECÍMETROS CUADRADOS, para lo cual realizaron un contrato de promesa de compraventa el 23 de marzo del 2010, ante el notario Italo Bedran, asignando un precio de compra de CIENTO CUARENTA Y DOS MIL DÓLARES de los cuales conforme reza la promesa de compraventa tiene cancelado SESENTA MIL DÓLARES AMERICANOS los mismos que han sido pagados de la siguiente forma: VEINTE Y CINCO MIL DÓLARES al momento de suscribir la promesa de compraventa, los TREINTA Y CINCO MIL DÓLARES en dos cheques uno de ONCE MIL DÓLARES que se canceló mediante transferencia de fondos de la cuenta corriente de la compareciente signada con el número 31001560, otro cheque de VEINTE Y DOS MIL SEISCIENTOS DÓLARES del Banco del Pichincha de la cuenta corriente perteneciente al señor JORGE BOLIVAR ANDRADE y de los restantes, MIL CUATROCIENTOS DOLARES los cancelo en efectivo con dicho dinero la demandada cancela la hipoteca que pesaba sobre el inmueble descrito.

En el contrato de promesa de compraventa establecen de mutuo acuerdo una fecha para la celebración de la escritura definitiva, siendo el 10 de mayo del 2010, pese la actora haber cancelado la cantidad de SESENTA MIL DOLARES AMERICANOS, pese haber fenecido

el plazo para la suscripción de las escrituras definitivas la demandada se niega mediante evasivas a entregar la escritura de compraventa a su favor, por lo cual la actora propone el requerimiento en contra de los prominentes vendedores ante el señor Juez de lo Civil y Mercantil, una vez citada con el requerimiento el juez dispone concurrir a la demandada a la debida suscripción de la escritura de compraventa, sin embargo, el Notario manifiesta que la demandada dio evasivas para no suscribir la escritura de compraventa, en reiteradas ocasiones se negó a firma la escritura de compraventa definitiva o a la vez la devolución del dinero.

A la negativa de la demandada a suscribir la escritura definitiva, se solicita al juez que se le constituya en mora, providencia dictada miércoles 4 de agosto del 2010, posteriormente la demandada apela la providencia ante la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, una vez conocida la causa el juez resuelve rechazar la apelación presentada por la demandada por improcedente e ilegal ya que la resolución se encuentra ejecutoriada por el Ministerio de la Ley, pese a que a que el valor total se encuentra cancelado la prominente vendedora se niega a firmar la escritura actuando de mala fe, pues que a la presente fecha sigue en posesión de la casa, cabe destacar que en el contrato de promesa de compraventa en la cláusula sexta estipulan de mutuo acuerdo una multa de DIEZ MIL DOLARES AMERICANOS que deberá ser pagados por la parte que incumpla el contrato, en este caso pide que cancele esta suma la demandada ya que ha sido ella quien ha incumplido el contrato.

Por la negativa se da paso a un juicio Ordinario en donde pide la actora lo siguiente:

- 1) La Resolución del Contrato de Promesa de Compraventa; y su vez devolver la suma de SESENTA MIL DOLARES AMERICANOS entregados a la demandada, con sus respectivos intereses.
- 2) El pago de la multa estipulada en la promesa de compraventa, esto es la suma de \$10.000)
- 3) El pago de resarcimiento de daños y perjuicios como daño emergente y lucro cesante.
- 4) El pago de las costas procesales, honorarios profesionales de su abogado patrocinador

Una vez citada la parte demanda, la misma comparece a juicio y manifiesta que jamás ha rehusado al cumplimiento de la obligación ya que su esposo ha concurrido cuantas veces a la

notaria del Dr. Italo Bedran a suscribir las escrituras definitivas, sin poder hacerlo por la culpa de la prominente compradora quien no ha completado la cantidad pactada, ya que tiene abonado es CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DOLARES, faltando la suma de MIL CUATROCIENTOS DOLARES, además la prominente compradora, manifestó que ya no quería proceder a la compraventa y que se le devolviera el dinero, es decir a esa fecha la promitente compradora incumplió la celebración del contrato además de los abonos y manifestó también que se les devolviera el dinero ya que el Banco de Guayaquil no les había facilitado el préstamo para completar el precio de la venta y que dicha negativa bancaria era porque constaba en la Central de Riesgo.

La demandada se exceptúa en lo siguiente:

- 1) Niega los fundamentos de echo y de derecho
- 2) No se allana a las nulidades de este juicio
- 3) Que la compareciente siempre ha querido cumplir con la promesa de compraventa que por eso acudieron a la notaria a firmar las escrituras, donde la prominente compradora manifiesta que se le devolviera el dinero.
- 4) Reconviene al pago de la multa fijada como clausula penal la suma de Diez Mil Dolores.
- 5) Pago de la suma de Veinte Mil Dolores por plusvalía ya que ha subido los inmuebles por el sector.
- 6) Reclama el pago de daños y perjuicios, así como costas procesales, honorarios profesionales.

Se lleva a cabo la junta de conciliación en la cual comparece el Dr. Freddy Hidalgo ofreciendo poder y ratificación de la parte actora y los demandados acompañados de su de su abogado Dr. Luis Treviño en esta diligencia cada una de las partes se ratifica en sus aseveraciones, posteriormente se abre la causa de la prueba por el término de la ley, las mismas que son practicadas.

Una vez el juez ha escuchado a las partes y a haberse evacuado las pruebas, resuelve que la prominente compradora no ha probado que haya entregado a los demandados la cantidad de MIL CUATROCIENTOS DOLARES en efectivo, es decir a cancelado únicamente CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DOLARES y no los SESENTA MIL DOLARES que ha pactado en la cláusula cuarta de promesa de compraventa, de conformidad a lo que dispone el Art. 1561 del Código Civil, que establece que el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, la celebración de las escrituras definitivas debió celebrarse el 10 de mayo de 2010 según reza en la cláusula quinta del contrato antes indicado, por lo cual el juez establece que la prominente compradora no ha cumplido este particular.

Señala que quien propone la acción resolutoria debe ser una persona afectada por el incumplimiento del contrato y no quien ha cumplido con dicho contrato, además según consta en el expediente los demandados han recibido CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DOLARES valores que han sido devueltos a la actora, por lo tanto los demandados no han faltado al contrato, por lo cual el juez declara sin lugar la demanda y la reconvencción de la parte actora y por los demandados, el cual se pronuncia y dice que no se aprecia que se hay litigado de mala fe por lo que no se condena en costas procesales ni honorarios profesionales.

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones ya de un hecho voluntario de la persona, como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos, ya por disposición de la ley como entre los padres y los hijos de familia”. Art. 1453 Código Civil en concordancia con el Art. 1454 instituye “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa cada parte puede ser una o muchas personas” en este caso que nos ocupa tanto la parte actora como la parte demandada se comprometen voluntariamente a firmar un contrato de promesa de compraventa, y por lo cual se obligan a dar, la prominente vendedora a entregar el inmueble una vez que se haya cancelado el valor por el inmueble, el contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Art. 1561 ibídem.

El Código Civil Art. 1455 el contrato, es el pacto o convenio establecido con ciertas formalidades entre dos o más personas y virtud del cual se comprometen recíprocamente a ciertas obligaciones, en este caso a cumplir con el contrato de promesa de compraventa suscrito los contratantes, siendo este un contrato bilateral, después de a ver realizado un estudio termino diciendo que concuerdo con la decisión del juez ya que debemos señalar que quien propone la acción resolutoria debe ser la persona que ha sido afectada por el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa y no quien ha incumplido con dicho contrato, en este caso la misma actora no ha cancelado el valor pactado en la cláusula cuarta, es obligación de la parte actora probar los hechos que han puesto afirmativamente en el juicio, como ya lo hemos mencionado no se ha probado que la prominente compradora haya cancelado la totalidad del inmueble.

2.2.3.2 Sentencia de la Corte Provincial

La segunda instancia se inicia con el escrito de interposición del recurso de apelación (que puede ser fundado o no, según lo disponga el ordenamiento jurídico), y concluye con la notificación a las partes de la sentencia del tribunal de apelaciones que le da respuesta. Pueden existir otras instancias si las admite el ordenamiento jurídico (Loutayf & Solá, 2015).

En este apartado se analiza la sentencia de la Corte Provincial del juicio **06302- 2011- 0061** con fecha del 26 de septiembre del 2018 y con Juez Ponente DR. RODRIGO MIRANDA donde la doctora la señora DOLORES NOEMÍ BONILLA DUCHI manifiesta el juicio ordinario por incumplimiento en contra los señores MARÍA MAGDALENA ROJAS PARRA y PEDRO MIGUEL MALACATUS VALDIVIEZO en dónde se fundamenta de los recursos de apelación con la finalidad de ser analizado el proceso anterior de Primera Instancia.

Es importante considerar que la justicia otorga el derecho a la defensa a toda la persona que se sienta ofendida o perjudicada por algún proceso por lo que la señora DOLORES NOEMÍ BONILLA DUCHI hace uso de la apelación de sentencia sobre el contrato de promesa de compraventa, citando que las disposiciones legales correspondientes del Código Civil en el mismo hace mención a que los contratos representa una condición bilateral que de no cumplirse debe ser considerado como una perjuicio objeto de a lo que indemnización los señores MARÍA MAGDALENA ROJAS PARRA y PEDRO MIGUEL MALACATUS VALDIVIEZO han determinado mediante contestación que no están de acuerdo con la

fundamentación de la señora DOLORES NOEMÍ BONILLA DUCHI ya que no se fundamenta en una base jurídica.

En el proceso se revisa los montos de la sentencia de primera instancia en donde manifiesta el pacto de la suma por el bien inmueble de 142000,00 USD que es el que el valor que consta en el contrato de promesa de compraventa de los cuales 70000,00 USD han sido pagados de la siguiente manera 25000,00 USD al momento que se suscribió el debido contrato con 35000 USD con cheques de montos correspondientes a 22600,00 USD y 11000,00 USD respectivamente y el restante que 1400,00 en efectivo.

Cabe recalcar que luego de la revisión de los literales de la sentencia de primera instancia se manifiesta que en apelación es muy importante la prueba dentro de un proceso judicial puesto que cada parte está obligada a probar todos los hechos de los cuales alega sentirse perjudicados. Por su parte la actora DOLORES NOEMÍ BONILLA DUCHI dentro de sus peticiones establece que se debe tener en consideración la citación, la demanda y la exposición por parte de su abogado, así como en la impugnación de las pruebas presentadas en su contra ya que manifiesta que es falsa, solicita también que se ha tomado en cuenta cada uno de los documentos que se han presentado para el proceso especialmente todo lo referente al contrato de promesa de compraventa.

En el proceso de apelación es importante que el juez analice todas las pruebas que se ha presentado durante el proceso de forma crítica que permita su libertad para ser comparada una con otra en relación al proceso que se presenta con la finalidad de llegar a un mutuo acuerdo.

Cabe mencionar que en relación juicio **06302- 2011- 0061** se ha recurrido a la segunda instancia puesto que trata de resolver todos los recursos pertinentes para la apelación que se manifiesta en las Cortes Provinciales para hacer cumplir la compraventa que existe entre el promitente comprador y el promitente vendedor de tal modo que el proceso es examinado por un segundo órgano jurisdiccional cuya decisión debe prevalecer sobre el primero.

2.3 Hipótesis

Existen diferencias marcadas, en el orden legal y doctrinario, entre el contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Métodos.

Para el estudio del objeto se aplicó el método inductivo, analítico y descriptivo.

Método Inductivo. - Se estudió al objeto de estudio de manera particular, para establecer generalidades del problema investigativo. Mediante este método se empleó como base el análisis de la comprensión sin dejar de lado el razonamiento que permite obtener resultados con la finalidad de aportar con soluciones eficaces a la problemática direccionado desde lo particular a lo general.

Método Analítico. - Con este método se realizó un análisis jurídico de los aspectos, consecuencias y efectos que trata el problema de la investigación, es el encargado de la determinación de todas las características sobre los efectos y causas de las leyes o normativas jurídicas por lo que permitió obtener información y resultados correctos y precisos para la oportuna solución.

Método Descriptivo. - Con los resultados que se logren en la investigación se puntualizó, la existencia de diferencias marcadas, en el orden legal y doctrinario, entre el contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras, lo que permitió entenderse a cabalidad las implicaciones jurídicas de cada una de ellas.

3.2 Enfoques

Porque la investigación parte del estudio de un problema de la realidad social, que se está dando en un contexto natural, es de enfoque cualitativo, puesto que todos los datos obtenidos en la investigación aportan en la descripción de todas las cualidades del problema con este proceso obtener resultados efectivos enfocados en dar solución a la problemática identificada.

3.3 Tipo de investigación

Por los objetivos que se pretende alcanzar, es de tipo documental-bibliográfica, de campo, analítica, descriptiva;

Documental Bibliográfica. - Es documental-bibliográfica, porque para la elaboración del estado del arte y los aspectos teóricos, la investigadora utilizó documentos tales como: libros, leyes, artículos de revistas y jurisprudencia, etc.

Analítica. - El problema de investigación fue descompuesto en partes, para analizarlos parte por parte, con el propósito de determinar las cualidades y/o características del objeto de estudio.

Descriptiva. - Es descriptiva, porque al final de la investigación porque describe aspectos relacionados con el problema de investigación, mediante la presente investigación y con los datos obtenidos de campo y de la bibliografía permitió conocer los resultados de los contratos de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras en la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana

3.4 Diseño de investigación

Por la complejidad de la investigación es de diseño no experimental debido a que los valores no han sido manipulados y a la vez se fundamentó en la observación del tema planteado.

3.5 Unidad de análisis

La unidad de análisis se ubica en el Cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, donde se estudió la existencia de diferencias marcadas, en el orden legal y doctrinario, entre el contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras.

3.6 Población

La población involucrada está constituida por jueces de la Unidad Judicial Civil y Mercantil, docentes de la cátedra de Derecho Civil, abogados en libre ejercicio especializados en materia Civil, representados en el siguiente cuadro.

Tabla 2 Población

POBLACIÓN	NÚMERO
Jueces de la Unidad Judicial Civil y Mercantil	8
Docentes de la catedra de Derecho Civil	12
Abogados en libre ejercicio especializados en Materia Civil	20
Total	40

FUENTE: Población involucrada en la investigación

ELABORADO POR: Leilen Elizabeth Herrera Miño

3.7 Muestra

La población no es extensa, por tal razón no existió la necesidad de obtener una muestra porque se trabajó con todos los involucrados a quienes se aplicó un cuestionario de preguntas cerradas.

3.8 Técnicas e instrumentos de investigación

Para la recopilación de la información se utilizarán las siguientes técnicas e instrumentos:

Encuesta

La encuesta es un instrumento que permitió recolectar información de la población identificada para el estudio.

3.9 Instrumento de investigación

El cuestionario que fue aplicado a la población involucrada en el trabajo investigativo, ya que aportó en la recopilación de datos mediante el planteamiento de una serie de preguntas.

3.10 Técnicas para el tratamiento de información

La información fue procesada utilizando técnicas matemáticas, informáticas y lógicas.

Para procesar la información se aplicará el software Microsoft Excel, para la tabulación de datos obtenidos en base a las encuestas que se les realizó a los actores involucrados (es decir los resultados estadísticos), mediante el método porcentual con lo que se conformaran las tablas. Es importante la utilización de Excel como herramienta para el análisis de datos del tema propuesto debido a que permite obtener conclusiones certeras mediante la gestión de datos, valores y el respectivo análisis de la información obtenida permitiendo de esta manera interpretaciones objetivas para el estudio propuesto.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Resultados

Del 100% de encuestados al referirse a la pregunta ¿Conoce usted qué es la cláusula penal en el contrato de promesa de compraventa? El 90% ha manifestado que si conoce su conceptualización mientras que tan solo el 10% menciona su desconocimiento al respecto.

En la pregunta ¿Estima correcto que la cláusula penal y las arras, en el contrato de promesa de compraventa, prevean una sanción económica en caso de incumplimiento? El 95% considera que si es correcto la prevención de la mencionada sanción mientras que solamente el 5% menciona que es una aseveración incorrecta.

Del total de encuestados en la pregunta ¿Cree usted que la cláusula penal y las arras inciden positivamente en la ejecución del contrato de promesa de compraventa? El 80% cree que si inciden las mencionadas conceptualizaciones en la ejecución del contrato por lo que el 20% manifiesta que no tienen incidencia alguna.

En la pregunta ¿Existen diferencias en los contratos de promesa compraventa con cláusula penal y arras? El 80% manifiestan de la presencia de diferencias los contratos de promesa compraventa con cláusula penal y arras mientras que el 10% mencionan que no existe diferencia y el 10% presentan desconocimiento sobre dichas diferencias.

Del 100% de encuestados sobre la pregunta ¿Considera usted adecuado que el contrato de promesa de compraventa deba realizárselo mediante escritura pública? El 80% manifiesta que si se debe establecer el contrato de promesa de compraventa bajo escritura pública y el 20% menciona que no es necesario que se lo realice de esa forma.

Al preguntar a los encuestados ¿El contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y arras es un medio adecuado para asegurar la compra de una cosa? El 84.2% manifiesta que el contrato de promesa de compraventa si representa en cierto punto en alguna transacción mientras que el 15.8% manifiesta que no representa seguridad alguna.

En la pregunta ¿Considera usted que el Código Civil ecuatoriano debe ser reformado respecto del contrato de promesa de compraventa con cláusula penal? El 55% considera que

no es necesario la reforma sobre el contrato de promesa de compraventa con cláusula penal puesto que si es de contenido amplio sobre el tema mientras que el 45% menciona que si es necesario una reforma.

Del 100% de encuestados en la pregunta ¿Considera usted que el Código Civil ecuatoriano debe ser reformado respecto del contrato de promesa de compraventa con arras? El 65% manifiesta que si debe ser reformado en relación a las arras mientras que el 35% considera que esta bien como se ha establecido hasta el momento.

Del total de encuestados al preguntar ¿Considera usted que han existiendo confusiones legales entre estos dos contratos por parte de los contratantes? El 80% manifiesta que si existe confusión en cuanto a los dos contratos y el 20% considera que los conceptos son claros y no existe confusión alguna.

4.2 Discusión de Resultados

En la pregunta uno se evidencia que si existe un adecuado conocimiento sobre la cláusula penal en el contrato de promesa de compraventa lo que aporta en los casos prácticos con soluciones altamente asertivas.

En la pregunta dos se inclinan las respuestas sobre la prevención de una sanción económica en caso de incumplimiento lo que se busca llegar a un acuerdo entre las partes sin que exista perjuicio económico alguno.

En la tercera pregunta los encuestados indican la incidencia que la cláusula penal y las arras al momento de ejecutar el contrato de promesa de compraventa puesto que estos fundamentos que representan la garantía y sanción para ambas partes en los mencionados contratos.

En la cuarta pregunta se ha mencionado que si existe diferencia entre los contratos de promesa compraventa con cláusula penal y arras puesto que tienen regulaciones y propósitos diferentes la cláusula penal es una sanción por incumplimiento mientras que las arras es la garantía para las personas que tienen la voluntad de establecer un negocio.

En la quinta pregunta los encuestados han mencionado que es importante realizar el contrato de promesa de compraventa bajo escritura pública con la finalidad que quede correctamente asentado la transacción en conformidad de ambas partes.

En la sexta pregunta se ha manifestado que el contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y arras si asegurar la compra de una cosa puesto que las regulación o normativas legales hace que las personas tengan la obligación de cumplirlas.

En la séptima pregunta los encuestados consideran que no es necesario que se realice una reforma en relación al contrato de promesa de compraventa con cláusula penal puesto que desde el punto de vista jurídico abarca todo lo que se requiere para que los resultados de las negociaciones sean beneficiosos para las dos partes.

En la octava pregunta los encuestados manifiestan la necesidad que una reformulación del contrato de promesa de compraventa con arras puesto que al parecer las garantías brindadas a las personas que hacen negocio no son las suficientes para realizar el contrato bajo clausulas acordes a lo necesitado.

En la novena pregunta las personas a las que se han planteado la encuesta mencionaron que si se presenta confusión en el aspecto legal sobre los contratos de promesa de compraventa de clausula penal y de arras puesto que al momento de establecerlo de forma práctica no se les ha brindado la debida información a cada parte.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- Se determina que el contrato representa una acción en el ámbito jurídico de orden bilateral que se establece en libre voluntad entre más de dos personas, sin dejar de lado que luego de ser celebrado se establecen aspectos jurídicos en relación a lo que se pacta en el contrato sin dejar de lado las obligaciones y derechos.
- El pacto de arras que realizan las partes se constituye para el comprador en la entrega de una parte del valor del objeto del contrato como garantía de su interés para la adquisición y para el vendedor en un anticipo del precio del bien que, de acuerdo al cumplimiento o no de lo pactado, determina que la primera sea de tipo confirmatorio y la segunda de tipo penitencial, En cuanto a la Cláusula Penal, se considera como el pacto que establece que quien incumpla la promesa de la compraventa (Hacer el contrato de Compraventa) está obligado a dar, hacer o no hacer algo específico que, usualmente, es el pago de una indemnización en dinero que se entrega a la parte que no incumplió.
- Representa que las partes del contrato de promesa de compraventa tienen la obligación de comprometerse a firmar un contrato con en el aspecto definitivo en base a la voluntad con la que se ha pactado, en el ámbito jurídico el contrato de promesa de compraventa representa sin duda un contrato decisivo y terminante en la que las dos partes son independientes puesto que el contrato de promesa solamente significa contratar a futuro sin la necesidad de un resultado jurídico a diferencia de los contratos de compraventa.

RECOMENDACIONES

- A los entes regulados que se realice normativas legales sobre el Código Civil con la finalidad que se fomente una adecuada regulación en que se relacione con el contrato de promesa de compraventa sobre el Registro de la Propiedad con la finalidad que se cree el derecho a la seguridad en el ámbito jurídico para las partes.
- A los profesionales relacionados con derecho con la finalidad que sean más responsables deben tener capacitaciones en relación a los contratos de promesa de compraventa de arras y clausula penal con la finalidad de que el asesoramiento a las partes que celebran el contrato sea afectivo y evite los posibles litigios y nulidades por diversas causas.
- Se recomienda a la Función Judicial que los jueces presentes conocimientos adecuados con la finalidad de fomentar criterios prudentes y responsables cobro los contratos de promesa de compraventa puesto que en muchos casos se ha evidenciado que existe un diferente y contradictorio criterio sobre el desarrollo jurídico de este instrumento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abeliuk, R. (2013). *Las Obligaciones, Volumen II. El contrato de promesa*". Santiago: Editorial Imprenta Fantasía.
- Actualícese. (21 de Noviembre de 2016). *Actualícese*. Obtenido de <https://actualicese.com/clausula-penal-caracteristicas-e-incompatibilidades-que-se-pueden-presentar/>
- Alfaro, J. (14 de Agosto de 2017). *Derecho*. Obtenido de <https://almacenederecho.org/clausulas-penales-funcion-economica-legitimidad-juridica-efectos-mercado>
- Álvarez, A. (2013). *Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano (segunda ed., Vol. I*. Guayaquil: U. d. Guayaquil Ed.
- Ansha, R. A. (2014). *Incumplimiento de la promesa de compraventa, efectos jurídicos y la normativa vigente en la legislación ecuatoriana*. Quito- Ecuador : UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.
- Boffi, L. (2013). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: 2015.
- Bosch, E., Del Pozo, P., & Vaquer, A. (2016). *Teoría general del contrato: propuesta de regulación*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Cabanellas, G. (2016). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Heliasta.
- Calderón, F. (2015). *La promesa de compraventa y su eficacia en la celebración de la escritura de compraventa definitiva, en la unidad Judicial del cantón Riobamba*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.
- Calle, I. I. (2016). *La cláusula penal y las arras en los contratos de promesa. Análisis en la legislación y jurisprudencia Ecuatoriana*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Cevallos, D. (2014). *Promesa de compra-venta de los bienes inmuebles según la legislación ecuatoriana*. Quito : Universidad Internacional del Ecuador.
- Cevallos, V. (2007). *Contratos civiles y mercantiles* . Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Chimbo, D. E. (2018). *El desarrollo de los proyectos inmobiliarios frente a la figura*. Quito- Ecuador : UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.
- Coca, D. F. (7 de Mayo de 2019). *Asuntos legales*. Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/consideraciones-sobre-las-clausulas-penales-2858977>

- Código Civil . (2005). *Código Civil*. Quito : Lexis.
- Código Civil. (2016). *Código Civil*. Quito: LexisFinder.
- Duque, A. (2008). Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencia Políticas* 38(108), 453-479.
- elabogado. (8 de Abril de 2016). *El abogado en casa*. Obtenido de <https://www.elabogadoencasa.com/arras-compraventa-vivienda-precio/>
- Enciclopedia jurídica. (2020). *Pena Civil*.
- Esperón, G. (2012). *Manual de contratos civiles y mercantiles*. México D.F. : Trillas.
- Esperón, G. (2012). *Manual de Contratos Civiles y Mercantiles*. México D.F: Editorial Trillas.
- Fueyo, F. (2013). *Derecho Civil" Los contratos en particular, y demas fuentes de lasobligaciones*. S. Santiago : Universo S.A.
- Gamarra, J. M. (2016). *LA CLÁUSULA DE ARRAS Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA, EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL PERÍODO ENERO – JUNIO 2015*. Riobamba – Ecuador: Unach.
- Gaviria, J. A. (2019). *El efecto de las cláusulas penales en las decisiones de incumplimiento. Un análisis de economía conductual*. Bogotá: Revista de Derecho Privado.
- Gerencie. (27 de Mayo de 2020). Obtenido de <https://www.gerencie.com/promesa-de-compraventa.html>
- Ghersí, C. (2010). *Tratados de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo*. Buenos Aires: Ley.
- Gracia, J. (2018). *Manual Teórico Práctico en Materia Civil*. Quito: Ediciones Rodin.
- Guambuguete, U. (2014). *La promesa de Compraventa y sus Efectos legales en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Gutiérrez, E. (2016). *Derechos y obligaciones* . México D.F: Porrúa.
- Larrea, J. (2013). *Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador VII*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea, J. (2016). *Diccionario del Derecho Civil*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lasarte, C. (2007). *Cursos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos.

- Leal, H. (2013). *Curso de Contratos Civiles*. Bogotá: Librería Profesional.
- Leal, H. (2019). *Contrato de compraventa*. Bogotá: Librería doctrinaria y ley.
- Legis. (03 de Septiembre de 2018). *Legis Ambito Jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/lo-que-debe-saber-sobre-arras-clausula-penal-e-interpretacion>
- Loutayf, R., & Solá, E. (2015). *La sentencia de segunda instancia*. Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Mariantto, J. (19 de diciembre de 2018). *Legal Today*. Obtenido de <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/arras-penitenciales-y-su-interpretacion-restrictiva-2018-12-19/>
- Mastres Empresarial. (22 de Octubre de 2019). *Mastres Asesoria*. Obtenido de <https://www.mastresasesoria.com/blog/contrato-de-arras-caracteristicas-tipos-y-funcionamiento>
- Mejía, C. (2017). *El contrato de promesa de compraventa y sus efectos jurídicos*. Riobamba: Universidad Nacional del Chimborazo.
- Mora, M. I. (2014). *Las Arras en las obligaciones Civiles y su afectación en los Derechos Constitucionales*. QUEVEDO – ECUADOR: Universidad Estatal de Quevedo .
- Mosset, J. (2015). *Medios para forzar el cumplimiento*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ortega, F. J. (17 de Marzo de 2020). *ilp Abogados*. Obtenido de <https://www.ilpabogados.com/la-clausula-penal-y-su-moderacion-por-el-juez/>
- Osterling, F. (2013). Mora del deudor. *facultad de Derecho de la PUC* , 1-6.
- Quishpe, B. M. (2018). *El Contrato de Promesa de Compraventa y sus efectos jurídicos en el Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito- Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Rodríguez, A. (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta, Volúmenes 1-2*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez, A. (2015). *De los contratos*. Santiago de Chile: Zambrano y Caperán.
- Spain Houses. (13 de Noviembre de 2018). *Noticias Spainhouses.net*. Obtenido de <https://noticias.spainhouses.net/2018/11/contratos-de-arras-tipos-y-caracteristicas/>
- Tamayo, A. (2006). *Manual de la Obligaciones*. Bogotá: Editorial Rodríguez.

ANEXOS

Anexo 1 Guía de Encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENCUESTA

Destinatario; Cuestionario dirigido a los jueces de la Unidad Judicial Civil y Mercantil, Docentes de la cátedra de derecho Civil, Abogados en libre ejercicio especializados en Materia Civil de la Provincia de Chimborazo

Objetivo: Recabar información que permita determinar las implicaciones jurídicas del contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y arras.

Introducción: la presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “Contrato de promesa de compraventa con cláusula penal y con arras en la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario

Preguntas:

1.- ¿Conoce usted qué es la cláusula penal en el contrato de promesa de compraventa?

SÍ () NO ()

¿Por qué? _____

2.- ¿Estima correcto que la cláusula penal y las arras, en el contrato de promesa de compraventa, prevean una sanción económica en caso de incumplimiento?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

3.- ¿Cree usted que la cláusula penal y las arras inciden positivamente en la ejecución del contrato de promesa de compraventa?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

4.- ¿Existen diferencias en los contratos de promesa compraventa con cláusula penal y arras?

SI () NO ()

¿Cuáles? _____

5.- ¿Considera usted adecuado que el contrato de promesa de compraventa deba realizárselo mediante escritura pública?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

6.- ¿El contrato de compra de compraventa con cláusula penal y arras es un medio adecuado para asegurar la compra de una cosa?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

7.- ¿Considera usted que el Código Civil ecuatoriano debe ser reformado respecto del contrato de promesa de compraventa con cláusula penal?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

8.- ¿Considera usted que el Código Civil ecuatoriano debe ser reformado respecto del contrato de promesa de compraventa con arras?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

9.- ¿Considera usted que han existiendo confusiones legales entre estos dos contratos por parte de los contratantes?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

Gracias por su colaboración