

ALGUNAS IDEAS SOBRE LAS ARRAS. UN ESTUDIO ABIERTO.

Purificación Cremades García

*Profesora Colaboradora del Área de Derecho Civil
de la Universidad Miguel Hernández.*

Sumario: **I. Introducción.- II. Concepto de arras.- III. Funciones de las arras. III.1 Esquema de las funciones. III.2 Breve análisis de las funciones. III.2.1 Las denominadas arras confirmatorias. III.2.2 Las arras penitenciales. III.2.3 Las arras penales.- IV. Un estudio abierto.**

ALGUNAS IDEAS SOBRE LAS ARRAS. UN ESTUDIO ABIERTO.

Sumario: *I. Introducción.- II. Concepto de arras.- III. Funciones de las arras. III.1 Esquema de las funciones. III.2 Breve análisis de las funciones. III.2.1 Las denominadas arras confirmatorias. III.2.2 Las arras penitenciales. III.2.3 Las arras penales.- IV. Un estudio abierto.*

Resumen: Las arras aparecen con frecuencia en la vida diaria, en concreto cuando dos personas pactan la suscripción de un contrato de compraventa, con frecuencia de un bien inmueble, acuerdan el precio del mismo, y firman un documento más o menos sencillo, donde plasman precisamente dicho precio, y la cantidad que se entrega en dicho acto; el problema vendrá cuando hay que interpretar la función que a dicha cantidad, han pretendido darle las partes. El presente trabajo trata de poner en evidencia brevemente determinadas cuestiones entorno a la repercusión que la entrega de arras puede tener en la vida de un contrato, siendo diferentes sus efectos si estamos ante las denominadas arras confirmatorias, o bien se trata de arras penitenciales, o penales. Se apuntan cuestiones en especial por lo que a las arras penitenciales se refiere, en concreto la voluntad de desistir del contrato, la oportunidad de su manifestación, haciendo un somero repaso a los criterios jurisprudenciales que priman entorno a la consideración de las mismas, para concluir en lo que hemos denominado un estudio abierto, ya que resulta evidente que los pronunciamiento judiciales llenan la laguna legal que en este campo pueda considerarse que existe, pero dadas las múltiples posibilidades de pactos que al respecto se pueden suscribir, y los datos circunstanciales que deberán considerarse, hacen que incluso a priori se puedan plantear dudas acerca de la correcta redacción de la cláusula con pacto de arras, de manera que plasme la intención inicial de las partes.

Palabras clave: Arras, arras confirmatorias, arras penitenciales, arras penales.

I. Introducción.

Al margen del contenido matrimonial que el término arras nos pueda insinuar, nos ceñiremos en este estudio a su acepción como prenda y señal de un contrato que señala el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua¹.

¹ “Lo que se da como prenda o señal en algún contrato o concierto”.

Las arras aparecen normalmente, cuando dos personas pactan la suscripción de un contrato de compraventa, con frecuencia de un bien inmueble, acuerdan el precio del mismo, y firman un documento más o menos sencillo,² donde plasman precisamente dicho precio, y la cantidad que se entrega a cuenta³.

No nos detendremos en los orígenes, baste decir que se le atribuían poderes mágicos, por cuanto que aquel que había recibido lo dado con esta consideración, adquiría fuerza e influencia sobre el que se lo había dado, por tener un objeto personal de este último, pero volviendo al presente, queremos resaltar, previo a cualquier estudio sobre las mismas dos cuestiones que influyen en su configuración actual, a saber, en primer lugar la ligereza con que en ocasiones se entregan las arras y se firma el documento referido, cuando en la mayoría de los casos, el objeto de la compraventa tiene un valor importante, pues se trata de contratos de compraventa de inmuebles.

Y además, y en relación con lo anterior, la intención de las partes al entregar las arras, que es en muchos casos de inicio del cumplimiento del contrato de compraventa; y si realmente son conscientes de los efectos de las arras, se conciben como una especie de sanción por incumplimiento del propio contrato, más que como una posibilidad de rescindirlo.

De ahí que una vez suscrito el documento, si el mismo se consuma, no existirá mayor problema, y la cantidad entregada en concepto de arras se imputará como una cantidad entregada a cuenta del precio total de la compraventa, el conflicto surge cuando el contrato de compraventa no llega a buen fin, y entonces las partes pretenden interpretaciones contradictorias en cuanto a los efectos de las arras se refiere, en base a sus propios intereses.

II. Concepto de arras.

El punto de partida, es decir el concepto mismo de arras, resulta ya controvertido. El propio término evoca la idea de un vínculo o de la creación de una obligación.

La dificultad de definirla estriba fundamentalmente en que se intenta encuadrar dentro de una misma categoría, las distintas funciones que tradicionalmente se le han atribuido⁴ (penales, penitenciales y confirmatorias).

² Sobre el esquema que se sigue en la entrega de arras ver CASAS VALLÉS, Ramón, *Algunas cuestiones en materia de arras* en Aranzadi Civil, Vol. I, 1994, pag. 31; habla de sencillos escritos donde se sacrifica la seguridad a la agilidad

³ También se acuerda normalmente la fecha de la firma de la escritura pública de venta.

⁴ En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, t. XIX, Madrid 1991, pag. 108; RIVERA FERNANDEZ, Manuel, *Arras: Una construcción jurisprudencial* en Revista General de

En realidad, en nuestro Código civil, existe una escasa regulación legal⁵, lo que se contrapone a la profusa jurisprudencia que sobre la materia existe, y a la que ineludiblemente haremos referencias.

Recogidas del contrato de compraventa en el Código civil, el artículo 1.454, las delimita como que su entrega permite la rescisión del contrato, allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas⁶.

Tres consideraciones iniciales hacemos del precepto, en primer lugar su encuadre dentro del contrato de compraventa, y aunque es opinión unánime que ello no impide que también se puedan dar en otros contratos, lo cierto es que donde realmente se muestran, es en la propia compraventa⁷.

En segundo lugar no especifica el precepto en qué consisten las arras, y se ha venido a reconocer que puede consistir en dinero u otra cosa⁸. En realidad, es la entrega de dinero la que se da, siendo extraño la entrega de cualquier otra cosa; y si como dice el art. 1.454, hay que devolverlo duplicado, se requiere de una cuantificación económica, salvo que lo entregado sea por unidades o medidas.

En tercer lugar, la única referencia que aparece en el Código civil respecto de las arras, lo es en la descripción de las mismas por el precepto, de las denominadas penitenciales; pero se trata de una posibilidad que admite pacto en contrario por las partes, aunque ni siquiera esto viene previsto de forma literal en dicho precepto, sino que se deduce del término “podrá”, en cuanto que se podrá rescindir el contrato, es decir que no se rescinde necesariamente.⁹

Derecho nº 594, año 1994, pag. 1.706; QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las arras* en Aranzadi Civil nº 5/2003, pag. 46.

⁵ CASAS VALLÉS, Ramón, *Algunas cuestiones...art. cit.*, lo afirma y cita como excepción la Compilación Navarra, aunque no resulta tan clara como sería de desear.

⁶ Art. 1.454 del Código civil: “Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas”.

⁷ RIVERA FERNÁDEZ, Manuel, *Arras: una construcción...art. cit.*, pag. 1.707, incluso la opinión jurisprudencial reconoce que se puedan dar las arras en contratos diferentes de la compraventa, aunque no existe ningún pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal en un tipo contractual que no sea una compraventa o un estricto contrato de promesa bilateral de compraventa.

⁸ HERNÁNDEZ GIL, Félix, *Las arras en el Derecho de la contratación*, Universidad de Salamanca 1958, pag. 62, afirma que es nota característica de las arras, la entrega efectiva de una cantidad de dinero o de cosa fungible, y desde un punto de vista cuantitativo, que lo entregado no represente la totalidad del precio, pues entonces sería un contrato cumplido; GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios...op. cit.*, pag. 110-111, considera que el precepto no contiene límites cuantitativos o cualitativos sobre la misma, que por la naturaleza de la institución se requiere que su valor sea inferior al importe total del precio, y que la doctrina mantiene que puede tratarse de dinero o cosa fungible, pero no hay inconveniente en que se entreguen en tal concepto cosas específicas y determinadas (por ejemplo el vendedor que se ha comprometido a vender mil metros de terreno entrega como señal una parcela de cien).

⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios...op. cit.*, pag. 112.

III. Funciones de las arras.

III.1 Esquema de las funciones.

Las arras podemos clasificarlas, según su función, y por lo tanto con diferentes efectos en:

a) Confirmatorias: La entrega de una señal como prueba de la perfección de un contrato, que se hace a cuenta, como pago parcial y por tanto inicio de la ejecución.

b) Penitenciales: Se permite a cualquiera de las partes, después de hecha la entrega y por tanto perfeccionado el contrato, desistir de la ejecución, debiendo por ello que devolver las arras duplicadas quien las recibió, si el mismo se arrepiente, o perderlas quien las entregó si desiste esta parte. Siempre teniendo en cuenta que es una posibilidad que el Código civil recoge para la compraventa en el artículo 1.454.

c) Penales: Funcionan de igual manera que las penitenciales, se pierden o devuelven duplicadas, ahora bien se diferencian en que también la obligación puede ser exigida coactivamente con lo que se asemejan a la cláusula penal con la posible aplicación por lo tanto del artículo 1.154, y la posibilidad del Juez de modificar equitativamente la pena, cuando la obligación se hubiera cumplido en parte.

La jurisprudencia, a pesar de que parece decantarse por la aplicación supletoria del artículo 1.454, por lo que se puede pactar que los efectos no sean los previstos en el artículo 1.454 o cuando de la voluntad de las partes se desprenda otra cosa, sin embargo ha caminado siempre entre una interpretación restrictiva o bien considerar que desde el momento en que se emplea la palabra “señal”, expresa necesariamente la facultad de separarse del contrato, si bien esta opción es la menos utilizada por parte del Alto Tribunal.¹⁰

¹⁰ Citamos entre otras muchas la sentencia de 21 junio 1994 (RJ 1994,4968), referida también por QUESADA GONZÁLEZ, M^a Corona, *Estudio de la Jurisprudencia...art. cit.*, pag. 46: “En orden a la naturaleza del pacto de arras, la jurisprudencia de la Sala viene admitiendo la existencia de las siguientes clases: a) Penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1454 del Código Civil, concebidas a la manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes de desistir, a su arbitrio, del contrato. B) Confirmatorias, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante, no facultando por tanto, para resolver la obligación contraída y, normalmente, se corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio, de lo que es ejemplo, el supuesto previsto en el artículo 343 del Código de Comercio, y c) Penales, que funcionan de modo similar a la cláusula penal del artículo 1154, como resarcimiento, en este supuesto anticipado, para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar ese estricto cumplimiento de la obligación pactada”.

III.2 Breve análisis de las funciones.

III.2.1 Las denominadas arras confirmatorias.

Son aquellas que no vienen previstas en el Código civil, y aun así se reconocen como hemos visto, como las que cumplen una función probatoria de la relación contractual, de entrega a cuenta del precio total pactado. Se dice de las mismas, para distinguirlas de las penitenciales, que no permiten el desistimiento del contrato.

Hay quien ha considerado que no existen, o que en realidad no son verdaderas arras¹¹. Téngase en cuenta que la función probatoria no es exclusiva de este tipo de arras, ni de la propia existencia de arras en sí. La relación contractual se prueba con cualquier tipo de medio admitido en Derecho. Por lo que respecta a su entrega a cuenta del precio total pactado, los otros dos tipos de arras también lo son, ya que al final se imputarán al mismo en caso de cumplimiento de la obligación. Ya hemos referido con anterioridad que el objeto de las arras es dinero¹², es por ello que se convierte en parte del precio de la compraventa¹³.

Además se afirma que no permiten el desistimiento del contrato, pero es que la norma general en todo contrato es precisamente esa, que no cabe el arrepentimiento.

Por lo tanto, las denominadas arras confirmatorias, en caso de cumplimiento de la obligación, pasan a ser parte del precio total, y en caso de incumplimiento, y en aplicación del art. 1124 del Cc, cabría pedir el cumplimiento del contrato o bien la resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios si procede. Ahora bien la cuantía entregada en concepto de arras no prejuzga la citada indemnización¹⁴, y tampoco cabe la retención de la misma en concepto de la referida indemnización¹⁵.

Así, en caso de cumplimiento de la obligación se imputa al precio, mientras que si se trata de incumplimiento, no se puede imputar a la indemnización lo dado en concepto de arras, y es que los daños y perjuicios ocasionados a una parte, la que recibió

¹¹ CASAS VALLÉS, Ramón , *Algunas cuestiones ... art. cit.*, pag.31; QUESADA GONZÁLEZ, Mª Corona, *Estudio de la jurisprudencia ...art. cit.* pag.46; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *Comentario a la Sentencia de 31 de julio de 1992. Arras: carácter accesorio, tipos: confirmatorias, penales y penitenciales. Art. 1454 del Código civil: no imperativo; carácter excepcional de las arras penitenciales* en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 30/1992, Sept.-Dici.1992, pag. 852 y 858, dice que son las arras más claramente no-arras de los tres tipos clásicos.

¹² Aunque se admitan otros objetos.

¹³ Cuestión distinta es que el objeto de las arras fuera bienes concretos y determinados, así un anillo por ejemplo. HERNÁNDEZ GIL, Félix, *Las arras en el Derecho...op.cit.* pag. 77, refiere que inicialmente se daban en Derecho Romano, como prueba simbólica o señal de la conclusión del contrato. Consistían en objetos de poca entidad, se retenían hasta que la obligación era cumplida, y si lo entregado tenía algún valor o era dinero , su función iba más allá, a principio de cumplimiento, aunque también a medio de prueba.

¹⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil ...op.cit.* pag. 109.

¹⁵ QUESADA GONZÁLEZ, Mª Corona, *Estudio de la jurisprudencia ...art.cit.*, cintado la sentencia del TS de 31 julio 1992 (RJ 1992,6505).

las arras, deben cuantificarse y justificarse, puede incluso que no se hayan producido daños efectivos, por lo que bastará con la devolución de la cantidad entregada que se iba a computar al total del precio. Y del mismo modo, si quien entregó las arras es el que incumple, aún así tendrá derecho a que se le devuelva la cantidad entregada, sin perjuicio de que proceda el pago de cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios producidos por el incumplimiento al mismo imputable.

Y es esto precisamente lo que hace que las partes, atendiendo cada una a su interés particular, interpreten las arras según les convenga por la posición que ocupen; así mientras que en las arras confirmatorias, para que proceda reintegro de cantidad a favor de alguna, habrá que justificar por la contraparte la cuantificación del daño ocasionado, en las denominadas penitenciales, que son las descritas en el Código civil, tal y como reza el artículo 1.454, la cuantificación, para el caso de arrepentimiento, ya está predeterminada.

III.2.2 Las arras penitenciales.

Son por tanto las que permiten resolver el contrato, conformándose a perderlas quien las dio, si es él quien pretende resolver el contrato, o a devolverlas duplicadas si la resolución del contrato en principio, es pretendida por quien las recibió. Y ello es así porque son en realidad las únicas descritas y previstas como tales arras en el Código civil.

Sin embargo, y a pesar de su previsión legal, su perfil, de la misma manera que el de las denominadas confirmatorias y las penitenciales, ha venido siendo configurado por criterios jurisprudenciales, aunque no siempre unánimes, probablemente justificados por las circunstancias de cada caso, lo que propicia la falta de seguridad jurídica sobre las consecuencias reales que un determinado pacto arral puedan ocasionar en la vida del contrato al que van unidas.

Al parecer las arras penitenciales son las únicas que permiten a cualquiera de las dos partes contratantes apartarse del contrato, en el sentido de no tener que cumplir con las obligaciones derivadas del contrato suscrito, sin más consecuencias en principio que perderlas o devolverlas duplicadas.

Y dado que facilitan desligarse del contrato, se ha dicho que no constituyen reforzamiento o garantía del vínculo, ya que permiten precisamente su desvinculación, lo que no cabría en condiciones normales.¹⁶

¹⁶MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos , *Comentarios a la Sentencia de 31 de Octubre ...art.cit.* pag. 855-856.

Se ha intentado dar forma a la excepcional posibilidad de desistimiento unilateral, buscando figuras con las que pueda guardar cierta similitud, como la prenda irregular, pero con la misma mal se explica la devolución doblada del acreedor¹⁷, amén de que ésta si cumple con una función eminentemente garantista, lo que no ocurre con las arras penitenciales como antes hemos visto.

En cuanto a su similitud con el depósito, al no transmitir la propiedad de lo entregado en concepto de arras¹⁸, resulta difícil de imaginar ya que si se opta por el cumplimiento del contrato, éste pasa a ser parte del precio, y si es el acreedor quien opta por la efectividad de las arras, deberá devolverlas duplicadas, lo que se aleja de esa figura contractual.

Más próximas se encuentran a las obligaciones facultativas, ya que el obligado a cumplir la obligación, se libera realizando una prestación distinta de la que le correspondería según el contrato suscrito.¹⁹

Y si ello es así, la parte que opta por la efectividad de las arras, está cumpliendo con la obligación, de forma diferente a las prestaciones derivadas del cumplimiento del contrato, pero en último término está cumpliendo, por ello resulta necesario, llegados a este punto, analizar dos cuestiones más, en primer lugar si debe existir verdadera voluntad de desistimiento, y derivado de ello la frontera o delimitación entre dicha voluntad de desistimiento y el verdadero incumpliendo, y además y en estrecha relación con esto último, el plazo para poder ejercitar el referido desistimiento.

Por lo que a la voluntad de desistimiento se refiere, parece llevarla implícita en las arras con función penitencial. El precepto legal no expresa justificación de causa alguna cuando se pretende rescindir el contrato²⁰: Cualquiera de las partes tiene la potestad de desvincularse del contrato²¹, es más fácil verlo como la opción o posibilidad derivada del carácter que se ha dado a las arras, que como un verdadero incumplimiento del contrato, aunque en el fondo el desistiendo no es sino un incumplimiento de las

¹⁷ RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *Arras...art.cit.*, pag.1.708.

¹⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil ...op.cit.* pag.110

¹⁹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Contribución al estudio de las obligaciones facultativas* en Revista de Derecho Privado, julio-agosto de 1982, pag. 663, afirma que las arras(penitenciales) son claro exponente de las obligaciones facultativas legales, junto con la pena convencional sustitutiva de la prestación principal, a elección exclusiva y expresa del deudor.

²⁰ Puede obedecer a intenciones simplemente especulativas, así con posterioridad a la suscripción del contrato de compraventa, el vendedor ha encontrado a otro posible comprador dispuesto a pagarle mayor cantidad por el inmueble ya comprometido.

²¹ Sobre el doble sentido que del término “podrá” utilizado en el art. 1454 del Código civil, como facultad para las partes, y además como posibilidad de que además de las arras penitenciales puedan llegar a pactarse modalidades distintas, ver GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código civil op. cit.* pag. 111-112.

obligaciones derivadas del contrato suscrito. Lo cierto es que nada dice el tenor literal del precepto en cuanto a la voluntad de desistimiento²².

Por tanto el desistimiento o renuncia al contrato suscrito lleva al incumplimiento del mismo²³, y si se produce una inactividad por una de las partes, de manera que está incumpliendo con respecto a lo que a la misma le concierne, ¿debe interpretarse dicha actitud como abandono del contrato y por lo tanto producirse las consecuencias de las arras penitenciales? En este caso la postura más lógica parece ser aplicar el art. 1124 del C.c., pudiéndose reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato por incumplimiento, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios²⁴, sin que la cantidad entregada en concepto de arras predetermine la cuantía indemnizatoria, y teniendo por tanto que justificar su importe.

La distinción entre la posibilidad de desistimiento y el simple incumplimiento es importante también para delimitar la frontera entre las arras confirmatorias y las penales²⁵, si bien en éstas últimas, constituirán en su cuantía el importe previamente fijado de la indemnización de daños y perjuicios.²⁶

El incumplimiento de una de las partes desautoriza a la misma para exigir los efectos de las arras penitenciales por un supuesto desistimiento de la otra parte.²⁷

En íntima conexión con el incumplimiento del contrato se encuentra la cuestión sobre el plazo de ejercicio de la facultad de desistir²⁸, y si el mismo estuviese previamente determinado, estaría resuelto el problema antes referido de la delimitación

²² FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa, *Comentario a la Sentencia de 10 de Febrero de 1997. Compraventa. Arras: Naturaleza. Interpretación de los contratos. Cláusula Rebus sic stantibus. Requisitos y efectos* en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, nº 44/1997, abril-agosto 1997, pag.662.

²³ En contra MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *Comentario a la Sentencia de 31 de Julio ...art. cit.* pag. 788, establece que a partir del desistiendo ya no se puede hablar de incumplimiento, porque ha desaparecido la obligación que había de cumplir. Y es que si en realidad se asemejan a las obligaciones facultativas, sería una forma diferente de cumplir. Lo que ocurre es que nosotros nos referimos a incumplimiento, por cuanto no se cumple con lo pactado en el contrato inicial de compraventa.

²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *Comentario a la Sentencia de 31 de Julio... art. cit.*, pag.662 analiza con detalle las distintas posturas que se pueden adoptar.

²⁵ La sentencia del TS de 9 de marzo de 1989 (Actualidad Civil 629/1989), se analiza la cláusula en la que por la falta de cumplimiento por la compradora de las obligaciones contraídas en el propio documento “perderá la cantidad de 1.000.000 de pesetas en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por anulación del contrato. Asimismo si don Eduardo P.B. incumpliere lo estipulado en el mismo, vendrá obligado a devolver a la Sra. G. la cantidad de 2.000.000 de pesetas equivalentes a la suma percibida como señal más 1.000.000 en concepto de indemnización”. Reconoce el Tribunal que se trata de unas arras penales previstas para el caso de incumplimiento, pues su función es estricta de garantía de incumplimiento, y no estamos en presencia de arras penitenciales que facultan la resolución del contrato.

²⁶ Y sin perjuicio de la moderación judicial de la referida pena.

²⁷ En este sentido la sentencia de 30 de Diciembre de 1995 (RJ 1995\9662). El actor que pretende la devolución duplicada de las arras entregadas, no cumplió con la prestación a la que se había obligado, lo que provocó como adecuada reacción, la medida resolutoria efectuada por la demandada, es por ello que se desestima la pretensión de dicho actor.

²⁸ Nos referimos al plazo del ejercicio del allanamiento o desistimiento, no al término de la consumación del contrato, por ejemplo de la fijación del día en el que se elevará a público el documento privado suscrito.

entre el desistimiento y el incumplimiento. Si las partes lo han pactado, al mismo habrá de estarse, ahora bien si nada han dicho al respecto, que será lo usual, parece que dicho término sería necesario para proporcionar seguridad a las partes, y que no se produzcan situaciones de clara desventaja para una de ellas cuando pretende que se cumpla el contrato. Pero lo cierto es que el art. 1.454 del C.c. nada refiere al respecto, de manera que la parte incumplidora puede convertir su actitud en derecho a desistir, en cualquier momento de la vida del contrato.²⁹

Cuando nos referimos a situaciones de desventaja para una de las partes al pretender que se cumpla el contrato y la oportunidad temporal de ejercitar la resolución que permiten las arras penitenciales, pensemos en la situación que se crea cuando una de las partes reclama el cumplimiento del contrato vía judicial, y por medio de reconvención, la otra parte pretende resolver el contrato, haciendo valer el pacto arral y los efectos del art. 1.454. Ante la ausencia de regulación en el plazo para ejercitar ese desistimiento que permite la existencia de arras penitenciales, parece que el pacto sobre las mismas debe imponerse. La libertad contractual ha sido tomada al unísono por ambas partes para poder dejar sin eficacia el acuerdo de venta por cualquier de ellas. Ahora bien, dado precisamente dicha ausencia de regulación legal, la prolongación en el tiempo sin ejercitarse dicha potestad, lo que ha supuesto una apariencia y creencia en la otra parte de que dicho desistimiento ya no se iba a producir y en último término, la concurrencia de otras circunstancias especiales en el caso concreto, hacen necesario el análisis del supuesto de hecho, atemperando el ejercicio de dicho desistiendo.

En la sentencia del TS de 22 de Septiembre de 1999³⁰, se insta demanda por parte de la compradora para que en cumplimiento del contrato privado suscrito, se otorgase por la vendedora demandada la correspondiente escritura pública de venta, momento en el cual se pagaría el resto del precio pendiente; esta última formuló reconvención, rescindiendo la compraventa y devolviendo el doble de la cantidad entregada como señal por el comprador, y ello como consecuencia de haber pactado la siguiente cláusula las partes: En el caso de que la parte vendedora decida resolver esta compraventa, pagará el doble de la cantidad entregada

²⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código civil ...op.cit.* pag.112, habla de una sensible laguna legal ; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *Arras: una construcción ...art. cit.* , pag. 1717, siguiendo a López y López considera que debe ser un plazo más breve que el de los cuatro años del art. 1.290, por otro lado inaplicable, y dicho plazo más breve lo será de acuerdo con los usos y la buena fe; QUESADA GONZÁLEZ,M^a Corona, *Estudio de la Jurisprudencia ...art. cit.*, afirma sin embargo que el plazo máximo para ejercitar la facultad de desistir es el general de quince años del art. 1964 del C.c. previsto para las acciones personales que no tengan señalado uno propio. HERNÁNDEZ GIL, Félix, *Las arras en el derecho ...op.cit.*, pag. 66, afirma que no parece indudable que la facultad de desistir no debe durar indefinidamente, y si no se ha marcado por las partes esa facultad de desistir durará hasta la ejecución del contrato. En su nota a pie de página 94, refiere el Código de las obligaciones para lo que fue Protectorado de España en Marruecos que dispone en su art. 249 que cuando los contratantes no hubieran fijado plazo dentro del cual podrán retractarse perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación transcurridos dos meses siguientes al convenio, ni después de otorgada la escritura pública cuando sea necesaria, ni después de principiada la entrega de la cosa objeto del contrato.

³⁰ RJ 1999\7265.

como señal; en el caso de que sea la compradora la que la rescinda, perderá la señal entregada".

Dos cuestiones vamos a referir de dicha sentencia:

a) En primer lugar el reconocimiento por parte del Tribunal de que dicho pacto es perfectamente válido, pues está dotado de bilateralidad, que mantiene paritarias las posiciones de los contratantes y no representa situación de desequilibrio contractual, por el favorecimiento de una de las partes en perjuicio de la otra. Está libremente convenido entre los interesados, y no impuesto o condicionado.

b) Los compradores intentan apoyar su pretensión, en una posesión de la finca, sin embargo de la descripción de los hechos se desprende que dicha supuesta posesión no tuvo lugar sino después de ser notificados por los vendedores, su intención de rescindir el contrato, habiéndose producido dicha comunicación dos meses después de la suscripción del pacto arral.

Evidentemente el convenio de que la cantidad entregada tenga los efectos que prescribe el art. 1.454 del C.c., y el ejercicio de la voluntad rescisoria, es lícito y válido. El que se plantee como demanda reconvencional, parece el momento procedural oportuno, y ello a pesar de que previamente se le haya exigido por la otra parte el cumplimiento. Lo que realmente plantea mayores problemas es la concurrencia de una serie de circunstancias fácticas que hagan indeseable tal pretensión; así la compra de un inmueble con pago fraccionado y aplazado en un dilatado periodo de tiempo³¹; no parece admisible que se pueda, ante un ofrecimiento de pago completo, reconvenir ejercitando la resolución del contrato a que le faculta el art. 1.454 del Cc., máxime cuando es posible que el comprador haya entrado a poseer el referido inmueble. En último término, la ejecución o el principio de la misma deben marcar el límite para el ejercicio de la facultad de desistir.

Los criterios jurisprudenciales para delimitar las arras penitenciales y las confirmatorias, no son unívocos, aunque son mayoritarias aquellas que consideran que salvo que resulte de una manera expresa y clara, la intención de las partes de dar el carácter penitencial a las arras, las mismas deben considerarse como confirmatorias. Así se suelen referir al respecto: "Como dice la Sentencia de 28 de marzo de 1996 (RJ 1996^a2369), esta Sala de Casación Civil, en doctrina jurisprudencial actualizada y

³¹ La sentencia del TS de 28 de marzo de 1996 (RJ 1996/2369), plantea la calificación que hay que darle a tres entregas de dinero sucesivas en el tiempo (30 de abril, 6 de julio y 1 de agosto del mismo año respectivamente), todas ellas sobre la misma compraventa, en concepto de "paga y señal" o de ampliación de paga y señal. Dicha sentencia utiliza el argumento que después veremos, en cuanto a lo que debe entenderse por señal, que no supone necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio. Por ello considera que estamos en presencia de arras confirmatorias y no penitenciales. También utiliza otro argumento, y es la fuerte cantidad entregada (2 Mlls, 8 Mlls, y 6 Mlls. respectivamente, lo que suman un total de 16 Mlls de ptas. sobre los 80 Mlls, en que se había pactado la venta), muy alejada de lo que suele ser usual en los casos de efectivas arras penitenciales. Siendo lo cierto según nuestra opinión, que las partes no tienen cortapisas alguna en fijar en concepto de arras, la cantidad que estimen oportuna, si acaso las cantidades pequeñas que se suelen pactar, pueden referirse al caso de que se opte por el abandono del contrato, de manera que el precio a pagar por el mismo o el doble del mismo, no suponga un desembolso importante. Ahora bien, en la sentencia referida hay otra cuestión en la que ya no se entra, y es el fraccionamiento del pago, y a pesar de que las sucesivas entregas se calificaban siempre de paga y señal, lo cierto es que salvo la primera, las restantes no dejan de ser sino entregas a cuenta y parte integrante del precio total.

suficientemente consolidada, viene señalando que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo al precio (Sentencias de 31 Julio 1992 (RJ 1992\6505), 28 septiembre 1992 (RJ 1992\7328), 24 diciembre 1992 (RJ 1992\0657), 11 de abril 1994 (RJ 1994\2787) 15 de Marzo 1995 (RJ1995\2142 entre otras); lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1454 del Código Civil e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos, la interpretación de dicho precepto sustantivo llevada a cabo por esta Sala, en razón de su excepcionalidad y exigente interpretación restrictiva del clausulado contractual, viene a sentar que no se trata de norma de derecho necesario. Para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados (Sentencias de 4 de noviembre de 1991 (RJ 1991\7929), 3 octubre 1992 (RJ 1992\7518), 11 de Diciembre 1993 (RJ 1993\9605), 21 junio 1994 (RJ 1994\4968) y 25 de Mayo 1995 (RJ 1995\2142)) pues, en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador –respetando la reglamentación del contrato-, ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado.”³²

En la mayoría de decisiones judiciales se considera como hemos visto, el carácter penitencial, como excepcional, lo que supone una interpretación restrictiva de dicha función, probablemente por su consideración como resultado más gravoso, que la simple devolución de lo entregado a cuenta (evidentemente sin indemnización de daños y perjuicios que habría que justificar y cuantificar). Sin embargo, los pronunciamientos en los que predomina la función penitencial, resultan prácticamente insignificantes, es por ello que supone un hito importante la sentencia de 16 de Marzo de 1992³³, donde se considera que la frase “como señal y parte del precio”, equivale precisamente a dicha función.³⁴ Lo cierto es que las circunstancias que rodean el caso, parecen cobrar fuerza en el sentido de determinar el carácter penitencial de las arras. Efectivamente, trascurridos

³² En el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1996 (RJ 1996\7160), 10 de Febrero de 1997 (RJ 1997\665), 31 de Diciembre 1998 (RJ 1998\9773).

³³ RJ 2184\1992. Comentada por ARIAS DÍAZ, M^a Dolores, *Comentario a la Sentencia de 16 de Marzo de 1992. Arras, desistimiento* en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 29, Abril-Agosto 1992, pag. 415-425. ALBALADEJO, Manuel, *La precedencia entre arras confirmatorias y de desistimiento en al jurisprudencia en* Revista de Derecho Privado, Marzo 1996, pag. 187 y 188. DÍEZ ALABART, Silvia, *Las Arras (y II)* en Revista de Derecho Privado, Febrero 1996, pag. 96 a 98. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *Arras: Una construcción ... art. cit. pag. 1714 y 1717.*

³⁴ ALBADALEJO, Manuel, *De nuevo sobre las arras (las cinco últimas sentencias sobre el tema) en* Revista de Derecho Privado, Diciembre 1996, pag. 882, resalta lo sorprendente de considerar en dicha sentencia las arras como penitenciales con dicha expresión, y en otra sentencia como por ejemplo la de 20 de Febrero de 1996, se interpreten los términos “parte del precio y en concepto de arras o señal”, con el carácter de confirmatorias.

pocos días de la suscripción del documento privado donde se contenía precisamente dicha cláusula, la vendedora dirige una carta al comprador, desistiendo de la venta, por resultar la misma gravemente perjudicial para sus intereses, y es que se había precipitado en la referida venta por su inexperiencia, pues al iniciar las gestiones de compra de una nueva vivienda, había comprobado los elevados precios, que junto con los impuestos a los que tenía que hacer frente por la venta, harían que lo obtenido por la misma resultara insuficiente. A su vez la vendedora ofrecía al comprador el cheque que recibió, y que todavía no había hecho efectivo. El comprador promovió juicio contra la vendedora exigiéndole el cumplimiento de contrato y otorgamiento de la correspondiente escritura pública. La vendedora formuló reconvenCIÓN pidiendo la resolución del contrato y que se declarase que correspondía la devolución de las arras duplicadas, lo que reconoció el Tribunal Supremo. La razones que utiliza el Tribunal, de una forma concisa son, la redundancia que la palabra señal supondría, si se considerase simplemente como una entrega a cuenta, además de lo insignificante de la entrega con respecto al total del precio (100.000.-ptas. frente a los 9.250.000.-ptas. que constituyen el precio total de la venta). También se tuvieron en cuenta hechos acaecidos posteriormente a la suscripción del contrato, como son, la falta de cobranza del talón entregado por el importe de las arras, y la carta remitida por el vendedora con posterioridad a la suscripción del contrato, en la que se exponían las razones por las que la venta no podía llevarse a cabo.

III.2.3 Las arras penales.

Dos son las alternativas que su existencia puede dar, el cumplimiento del contrato, así lo entregado se imputará al precio total, o incumplimiento, y en este caso y optando por la resolución del contrato, lo entregado o el doble de dicha cantidad³⁵, se convertirán en la indemnización previamente fijada³⁶. Si por el contrario se opta por la ejecución, no parece posible que el que las recibió, pueda hacerlas suyas, además del importe íntegro del precio, por lo que más bien se descontarán del mismo³⁷.

Dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 16 de Octubre de 1997³⁸ en relación con las arras penales, que “ quién las entregó puede optar bien por exigir el cumplimiento del contrato en sus propios términos y en forma específica, bien por su resolución por incumplimiento (art. 1124 C.C., en los dos casos con derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos; sólo en este último caso de optarse por

³⁵ Si son bilaterales.

³⁶ Sin perjuicio de la posible moderación judicial del artículo 1.154 del Cc. En este sentido CASAS VALLÉS, Ramón, *Algunas cuestiones* ...art. cit. En el mismo sentido DÍEZ ALABART, Silvia, *Las Arras (y II)* ...art. cit., pag. 91, incluso refiere el poder de moderación para las penitenciales, cuando se produjo algún tipo de cumplimiento.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Actualidad Civil a81/1998.

la resolución entra en juego el pacto de arras como predeterminación de la indemnización de los daños y perjuicios, pero no en el caso de optarse por el cumplimiento”.

Ello nos permite pensar que arras penitenciales y penales, están muy próximas, y que la diferencia fundamental es la posibilidad de desistir que permiten las primeras³⁹. En la práctica, a las partes les es indiferente la modalidad, ya que el devolverlas duplicadas o perderlas equivale para ellas, la indemnización que se debe pagar por romper el vínculo.

IV. Un estudio abierto.

Albaladejo⁴⁰ considera, aún guardando el esquema tradicional de arras confirmatorias, encaminadas a evidenciar la conclusión del contrato, las arras de desistimiento que introducen un elemento destructor, con la posibilidad de resolver el mismo, y las arras penales, que son un castigo por si se incumple el mismo, ahora bien las segundas, es decir, las de desistimiento, lo serían cuando hubiese una entrega como arras o señal, salvo que aparezca que se quieren sólo confirmatorias o que no se quiere facultad de desistimiento, por lo que no hay tanto que descubrir si se quiere la voluntad de desistimiento o que ésta se vea, como que no se vea. De esta manera estaríamos en presencia de arras penitenciales con la simple entrega de arras o señal, y cuando así y con dicho efecto se hubiera pactado por las partes. Por ello estima que la precedencia entre arras confirmatorias y de desistimiento, no son precisamente en este orden, tal y como lo entiende la mayoría de la jurisprudencia, sino que primero se aplicarían las de desistimiento y después las confirmatorias. La penales ocuparían el tercer lugar, es decir si constan queridas precisamente las mismas, y por exclusión, si constando queridas arras, consta a la vez que no lo son ni confirmatorias ni de desistimiento⁴¹.

Lo cierto es que la preferencia, en caso de duda entre las arras confirmatorias y la penitenciales, se decanta mayoritariamente hacia las primeras, como un criterio creado jurisprudencialmente; incluso en algunas sentencias se alude al término señal, como “en

³⁹ Se discutía en la anterior sentencia si se estaba en presencia de arras penitenciales o penales, siendo la cláusula que las contenía del siguiente tenor literal: “Si por cualquier causa la parte compradora no cumpliera lo detallado en el contrato perdería la entrega detallada en la cláusula segunda, si fuera la parte vendedora devolvería la cantidad cobrada con los intereses correspondientes”, y dice el Tribunal que a la vista de la literalidad de la cláusula trascrita, no puede considerarse como arras penitenciales, porque de la misma no se desprende la facultad de desistimiento esencial en las mismas, y porque además existe una expresa referencia al supuesto de incumplimiento, aunque sea por cualquier causa.

⁴⁰ *La precedencia entre arras ...art. cit.*, pag. 194 y 195.

⁴¹ ALBALADEJO, Manuel, *Arras de desistimiento y arras penales* en Revista de Derecho Privado, Junio 1996, pag. 427.

sí equívoca”⁴². Y es que ¿no sería más esclarecedor considerar la existencia de arras penitenciales desde el momento en que existan arras sin más?. Las arras de desistimiento o penitenciales, son las únicas reguladas en el Código civil, y si bien no son derecho necesario, como aluden algunas sentencias, lo cierto es que el art. 1.454, podría ser entendido como potestativo por admitir pacto en contrario, siempre que se exprese la intención de que no sea aplicable, por lo que si se emplea el término arras o señal, que son los empleados por el propio artículo, a sus efectos deberíamos ceñirnos.

En un número importante de cláusulas, se alude a que la cantidad se entrega “en concepto de arras o señal y como parte del precio”, y es cabe preguntarnos si no resulta una redundancia reiterar lo mismo unido por la conjunción “y”⁴³.

La cuestión no resulta sencilla, en especial por la variedad de fórmulas que se pueden utilizar, y porque para al interpretación correcta de los términos utilizados y de la voluntad de las partes, habrá de estarse también a los hechos concurrentes y particulares de cada caso.

La opción de la jurisprudencia mayoritaria, a saber, la preferencia de las arras confirmatorias a las penitenciales, resulta la solución menos gravosa para aquella parte que debería perderlas o devolverlas duplicadas, pero ello puede provocar una inseguridad a priori para aquellos que suscriben el documento, en cuanto a los términos utilizar que reflejen su verdadera voluntad, y porque además, lo que resulta menos gravoso a uno, pude no ser beneficios para la otra parte.

Lo cierto es que no existe una regulación específica de las distintas funciones de las arras, y la que existe, en concreto el artículo 1.454 del Código civil, no resulta por si sólo esclarecedor, a la vista de las diferentes situaciones que la existencia de arras puede ocasionar, lo que ha dado lugar a una importante labor jurisprudencial, útil por cuanto ha supuesto en el análisis del caso y de sus peculiaridades, y porque ha creado una tendencia mayoritaria, es especial por lo que a la excepcionalidad de las arras penitenciales se refiere, pero creadora también de un cierto desconcierto a priori, dada la complejidad de la institución, y las múltiples variedades de sus pactos.

⁴² Entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de junio de 1998 (Actualidad Civil a 943/1998)

⁴³ ALBALADEJO, Manuel, *De nuevo sobre las arras ...art. cit.*, pag. 877 y 878.