

LAS ARRAS PENITENCIALES EN LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL*

PATRICIO CARVAJAL R.**

RESUMEN: Se analiza de forma crítica la historia de dichas arras penitenciales en la Historia del Derecho español. Los resultados, en mayor o menor medida también son predicables de otros sistemas jurídicos europeo-continenciales, incluido el chileno. Las arras representan una institución constituida por la suma de varias tradiciones jurídicas diversas. Esto no solo hace difícil su reconducción a una sistematización unitaria, sino que, especialmente en lo que toca a las llamadas “arras penitenciales”, dificulta su incardinación en el propio sistema contractual.

Palabras clave: Derecho romano, derecho civil español, contrato de compraventa.

ABSTRACT: This article analyzes in a critical perspective the History of the so-called *arras penitenciales* (*area poenitentia*) in the History of Spanish Law. The results are also applicable, in a greater or lesser extent, to other civil law systems, such as the Chilean legal system. The institution of *arrae* is the sum of many different legal traditions, which makes it difficult, not only to reach a unitary concept of it all, but also, as regards the penitentiary *arrae*, to understand which role within the contractual system they should be assigned to them locally.

Key words: Roman law, Spanish civil law, contracts.

I. INTRODUCCIÓN

Más allá de la amplia y cuidadosa labor “conservadora”¹ que, *suplendi gratia*, ha realizado la jurisprudencia respecto de las diversas funciones que pueden desempeñar las arras, persiste, en mi opinión, un significado asistemático e incoherente entre los varios que se le reconocen hoy a la institución. Paradójicamente, me refiero al único sentido que sí es recordado por el artículo 1454² del Código civil español, el de “arras penitenciales”, el cual, seguramente por el mismo hecho de no haber requerido reconstrucción, no parece haber estimulado suficientemente la mirada crítica de los juzgadores.

* El presente artículo corresponde a la comunicación presentada y expuesta, con ocasión de los estudios críticos relativos a la elaboración del Código Civil catalán realizados por invitación de la Universidad de Girona, en las “Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa”, en septiembre del año 2002. Este texto, con insignificantes modificaciones, se encuentra publicado bajo el título “*La Arras Penitenciales*”, en VV. AA.: “*El Dret Civil Català en el Context Europeu*”, Documenta Universitaria, Girona, 2003, pp. 231-264.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ GARCÍA CANTERO, G., en ALBALADEJO, M.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, t. XIX, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1980) p. 99.

² “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”.

Actualmente se consideran arras penitenciales aquellas que se dan durante la celebración de un contrato, atribuyéndole a las partes la posibilidad de *poenitentia*, es decir, de arrepentimiento, respecto de aquel contrato ya perfecto en cuya celebración han mediado; la parte que desiste debe soportar la pérdida del arra o, en su caso, la restitución de la recibida más el pago de *alterum tantum* —se ha señalado lo incorrecto de la expresión “devolverlas duplicadas”³—; en síntesis, se pacta la facultad bilateral de desistimiento del contrato bajo sanción arral para quien la ejerza.

A pesar de la actual dualidad de fuentes normativas que informan la institución de las arras (Jurisprudencia y Ley), el que las penitenciales provengan de un mismo tronco histórico⁴ que el resto de los regímenes elaborados por la *praxis* de los Tribunales (confirmatorias y penales), permite conectar sus diferentes sentidos para volver sobre el viejo debate respecto de la función que debe corresponder a las arras penitenciales frente al contrato.

II. ALGUNAS ÚTILES CONSIDERACIONES HISTÓRICO-DOGMÁTICAS

1. Se debe tener presente, como dato preliminar, que las arras penitenciales provienen de sistemas jurídicos donde el consenso por sí solo no era vinculante⁵. Puede observarse en las compraventas no consensuales que sirvieron de base a la creación de la institución de las arras penitenciales —más adecuadamente denominadas “obligacionales”, por la escuela orsiana⁶—, que estas cumplen la función de acompañar un acuerdo imperfecto, en cuanto a su eficacia jurídica, dotándole por vía indirecta de exigibilidad al excluir la posibilidad de arrepentimiento, en cierta medida, gracias al poder disuasorio de la sanción.

Así parece haber ocurrido en el Oriente mediterráneo en materia de comercio internacional desde el tercer milenio a. C.⁷ hasta la aparición, entre los siglos IX y VII a. C., del *arrabón* griego⁸; figura readaptada a partir de sus antecedentes semíticos, como, entre otras cosas⁹, lo demuestra la raíz etimológica fenicio-araméa *ereb* (*erabon*, *arrubba*), que significa “entrar”, “penetrar”¹⁰. Precisamente, ante una compraventa de natura-

³ BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*, 3ª ed., (Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Paliás, Paris, 1908) p. 60; GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 105.

⁴ CARVAJAL, P.: *El polimorfismo de las arras en el derecho civil moderno*, Academia, Revista Jurídica Internacional, Universidad Veracruzana 1(2001) 2, pp. 12 y 13.

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Comentario a la STS de 31 de julio de 1992*, CCJC 30 (1992) p. 849.

⁶ D'ORS, A.: *Las arras en la compraventa justinianea*, IVRA 6 (1955) pp. 149 ss.; SAMPER, F.: *Las arras contractuales*, en prensa.

⁷ VOLTERRA, E.: *Diritto romano e diritti orientali*, (Incolla Zanichelli Editore, Bologna, 1937) pp. 246 ss.

⁸ Varro, de ling. lat. 5, 175.

⁹ VID. ARANGIO-RUIZ, V.: *La compravendita in diritto romano*, vol. 1 (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1956) p. 17.; TALAMANCA, M.: *Larra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, (Giuffrè Editore, Milano, 1950) p. 4.

¹⁰ MIRALDI, S.: *Sulla caparra nell mondo greco*, Studi Senesi 113 (2001)1, p. 88; BOYER, G.: “*Isidore de Séville et la définition des arrhes*”, en *Droits de l'Antiquité et Sociologie Juridique* (Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, Paris, 1959) p. 53.

leza real, como la griega, donde más allá de la entidad puramente económica de la convención la perfección del contrato se producía en el momento del pago del precio¹¹, las arras representaban el primer dato jurídicamente relevante y, en este sentido, ellas –el contrato arral–, no la compraventa misma, marcaban el inicio, la “penetración”, la “entrada” en el negocio para el mundo del Derecho¹².

En la parte oriental del Imperio Romano nunca fue desterrada la práctica helenística¹³. Ya en época postclásica parece bastante difundido el uso de las arras “penitenciales-obligacionales”, como se puede apreciar en los Sermones de San Agustín¹⁴, quien no parece conocer otra forma de arras¹⁵. Y es que en este período las arras penitenciales-obligacionales podían acompañar al consentimiento *in itinere* que se presenta en las ventas *cum scriptura* –en las que el consenso, mientras no se cumplía dicha formalidad, resultaba jurídicamente tan irrelevante como el de su inmediato antecedente griego, según se desprende del Libro Siro-Romano (año 476-480)¹⁶–. Recogiendo el desarrollo postclásico de las arras penitenciales-obligacionales, Justiniano también las reconoce en materia de compraventas *in scriptis* en *Codex* 4, 21,17.

En época Alto-medieval, la concepción germánica de la compraventa como negocio real permite la penetración de las arras penitenciales-obligacionales, reconducidas, en su relación con la compraventa, a una situación análoga a la que tuvieron en el mundo griego, con la diferencia de que la suma entregada a título de arras, que perfeccionaba el contrato arral, no formaba parte del precio sino que era un requisito esencial para celebrar una compraventa con pago diferido –aproximadamente, algo así como un contrato preliminar–; de esta forma, entregada la cantidad que realmente correspondía al precio y perfeccionada, en consecuencia, la compraventa real, las arras debían ser restituidas¹⁷. Posteriormente, en el Derecho peninsular, luego del intervalo de la legislación visigótica, que no recogió este tipo de arras, las arras penitenciales-obligacionales que habían venido desarrollándose en la zona romano-oriental encontraron un terreno fértil para su incorporación, una vez más, en las compraventas imperfectas desarrolladas en los territorios navarro-aragoneses¹⁸, donde el negocio era reforzado a través del apretón de manos o “*mercat de palmada*” –mecanismo también conocido en Siria, Persia y Arabia, y similar al *handsal* del Derecho germánico–¹⁹. Mediando *palmada* se permitía la retracta-

¹¹ Vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 22 y ss., y la bibliografía allí citada. Entre la última bibliografía: MIRALDI, *Sulla caparra*, cit. pp. 86-121.

¹² TALAMANCA, *L'arra della compravendita*, cit. pp. 11 y 12; WATSON, A.: *The law of obligations in the later roman republic* (Oxford University Press, London, 1965) p. 46.

¹³ ARCHI, G.: *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1934) pp. 187 ss.; THOMAS, J. A. C.: *Arra in sales in justinian's law*, TvR 24(1956)1 p. 258; GALLO, F.: *Disposizioni di Giustiniano sulla forma della vendita* (G. Giappichelli Editore, Torino, 1964) pp. 19 ss.

¹⁴ 23, 8; 156, 16; 378.

¹⁵ Vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 36 ss.

¹⁶ Cfr. L. 38; 51.

¹⁷ BELLOMO, M.: v. “*caparra*”, *Diritto intermedio*, ED, vol. 6, pp. 188 ss.

¹⁸ OTERO, A.: *Las arras en el derecho español medieval*, AHDE 25(1955) pp. 197 ss.

¹⁹ Vid. CARUSI, E.: *Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro romano, saggio de un metodo di esesegi comparativa in diritto romano ed orientale*, BIDR 28(1915) p. 303; CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. p. 42.

ción bajo pena de tener que pagar cinco sueldos. Así se desprende de la lectura de los Fueros de Jaca 67²⁰, de Navarra 3, 12, 8²¹, y de los de Aragón 194²². La multa parece haber sido el sistema acostumbrado hasta que, por semejanza, se introdujo el arra penitencial-obligacional de origen romano-postclásico²³.

En este mismo sentido, siguiendo en alguna forma también la lógica de las compraventas postclásicas *in scriptis*, las Observancias de Aragón 4, 6, 1²⁴ permiten la retractación, so pena de cinco sueldos, frente a compraventas imperfectas *sine traditio, et sine carta, et sine cursore*²⁵; elementos todos que implicaban la perfección del contrato y, por lo tanto, ponían fin a la posibilidad de retractación. Otro tanto puede decirse del Fuero de Soria 367²⁶, donde se observa claramente que la imperfección de la compraventa puramente consensual permitía la retractación independientemente de que hubiesen o no mediado arras.

Para la *Glossa* las arras penitenciales-obligacionales también podían tener lugar —además de otros casos a los que se hará mención más abajo— en la compraventa imperfecta²⁷, tomándose desde ahí la terminología, que la Pandectística vino a desarrollar y popularizar en el siglo XIX, de arras “*pacto imperfecto data*”²⁸.

²⁰ “De mercat de palmada.— Si alguns homes fan mercat dalguna hereditat o daltra cosa et sobre la conuenença del pret fan palmada per que sia mas ferm lo mercat que han fait, si lo comprador se tira atras et non uol tenir lo mercat pagua V soltz al uendedor, et altresí lo vendedor si non uol lo mercat tenir; mas si lo mercat es afiançat la fiança lo ha a far tenir”.

²¹ “Si algun home quiere de otro home comprar [hereditat, o] bestia [o otras cosas], et fecho el auenimiento del precio a voluntad de las partidas, si sobre esto se dieren palmada el uno al otro, por ser ferme la sentamiento, si por aventura el vendedor, o el comprador se tornassen de la conueniència, segun el fuero deve dar aqueill, que se repentira al otro cinco sueldos por la palmada [et si prisso seinal, deve doblar la seinal]”.

²² “Quando cierta conueniència es sobre alguna cosa auendida entr’el uendedor et el comprador et aquesta conueniència es firmada por palmada, aquel qui non querra atener la conueniència deve peytar V al otro qui quiere atener la conueniència”.

²³ OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. p. 203.

²⁴ “De pactis inter emptorem et venditorem.— In Aragonia quilibet potest resilire a venditione, solutis quinque solidis, ut in cap.

I huius tituli, quod sic intelligitur. Si conuentum est super venditione, et sit facta venditio sine traditione, et sine carta, [et sine arra], et sine cursore. Si tamen cum carta esset facta, traslatum esset dominium in emptorem, et non posset aliqua partium resilire, secundum quod non potest si venditio sit facta cum carta, et cursore mediante: alias secus. Nam in Aragonie in contractibus habitis cum carta, etiam sine traditione transfertur dominium.

Idem si sit facta traditio rei venditae: etiam si aliquis de casibus praedictis non inuenerit, non potest resilire.

²⁵ Cfr. OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. pp. 198 y 199.

²⁶ “Sj alguno uendiere hereditat o otra cosa alguna et recibiere sennal por la uendida, non se pueda repentir della [saluo ende sil doblare la sennal al comprador]. Otrossi el comprador non se pueda repentir de la compra, saluo si quisiere perder la sennal. Et si sennal non fuere dada et reçibida de la una parte a la otra, non tenga njn uala la compra; mas si so alguna pena se obligaren en la compra et en la uendida por que sea el pleyto guardado entrellos, que uala; et si pena non ouiere puesta, que se puedan repentir amas las partes, o qual quier dellos”.

²⁷ BELLOMO, v. “*caparra*”, cit. pp. 188 ss.

²⁸ CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. p. 15.

La última versión de estas arras penitenciales-obligacionales “*pacto imperfecto data*” la podemos encontrar actualmente en las que preceden un contrato solemne²⁹, o un contrato de opción de compra³⁰ y, de alguna manera, también en las que acompañan a un contrato de promesa³¹, si se las mira en relación al contrato prometido.

2. Aparte del desarrollo de las arras penitenciales-obligacionales, debe tenerse en cuenta que las arras penitenciales del artículo 1454 del Código Civil español corresponden a un proceso diverso que encuentra su punto de partida también en el desarrollo del *arrabón* griego, el cual se bifurca, abriendo un camino paralelo al de las arras penitenciales-obligacionales, a partir de las reformas de Justiniano en esta materia³².

En efecto, producto de la enraizada tradición jurídica griega que se observaba en la *praxis* de la población imperial, Justiniano, junto con la recepción de las arras penitenciales-obligacionales postclásicas que precedían a la venta *cum scriptura*³³, crea las arras penitenciales que acompañan tanto la compraventa consensual, o *sine scriptis*, como la compraventa *in scriptis perfecta*³⁴.

Al introducirse la costumbre oriental en el Derecho romano se quiebra la tradición clásica³⁵. En esta tradición clásica, las arras representaban, en principio, solo una prueba (*argumentum*)³⁶ de haberse celebrado la compraventa –y en este único sentido constituían una garantía³⁷–, que solo en combinación con una *lex commissoria* podían

²⁹ SAVIGNY, F.: *Le obbligazioni*, vol. 2. (Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1915) p. 249. Cfr. art. 1803, en relación con el art. 1801, inciso 2°, del Código Civil chileno. No ocurre exactamente así en España por efecto del artículo 1279 del Código Civil.

³⁰ Vid. SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al código civil*, vol. 2 (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958) pp. 483 a 488.

³¹ STS 4.3.1996, núm. 2723/1992, fund. de derecho 4°; BONET, F.: *Comentario a la STS de 28 de diciembre de 1946*, RDP 31(1947) p. 302.

³² CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. p. 61. Con alusión al Derecho latinoamericano.

³³ Iust. Inst. 3, 23, pr.; Cod. Iust. 4, 21, 17.

³⁴ Iust. Inst. 3, 23, pr.: “...sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur: licet super arris nihil expressum est” (...ya la venta haya sido hecha por escrito o no, el que se niega a cumplir su obligación, si es el comprador, pierde lo que se ha dado; y si es el vendedor, está obligado a dar el doble, aunque nada se haya tratado acerca de las arras).

³⁵ Los alcances de la regulación justiniana de las arras han sido muy debatidos por la romanística: vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 42 a 59.

³⁶ Gai Inst. 3, 139.

³⁷ En ningún caso pueden compararse las arras del período clásico con el *pignus*. La analogía establecida por Aulo Gelio, Noct. Att. 17, 2, 21 –que llevó a PRINGSHEIM, F.: *The greek law of sale*, Hermann Bölaus Nachfolger, Wiemar, 1950, p. 416, a denominarlas “*pignus-arra*”–, debe ser observada tanto en cuanto fuente no jurídica, de manera que solo puede tenerse por una analogía extrínseca si se considera el régimen diverso de ambas instituciones, por lo que en dicha fuente se debe entender *pignus* con el sentido genérico de “garantía”. Vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 27 y 28. Contra: VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, cit. p. 260. Para este autor, las arras-*argumentum* son así interpretadas solo a partir de Gayo, anteriormente se habrían interpretado como *pignus*. Esta impropia equiparación ha llevado al Código Civil chileno, en su artículo 1803, a definir las arras penitenciales como aquellas “que se dan como prenda de celebrar el contrato”.

cumplir con una cierta función indemnizatoria³⁸ –similar a la de las arras penales³⁹, hoy reconocidas por la jurisprudencia⁴⁰ y por el artículo 83 del Código de Comercio español, y que ya se establecían en el artículo 1376⁴¹ del Proyecto de Código Civil español de 1851, al igual que en su transliteración al artículo 1480 del Anteproyecto de 1882-1888⁴²–.

Estas arras penitenciales justinianas resultaban totalmente incompatibles con la compraventa consensual clásica, dado que en aquella época “el contrato perfecto vincula, y está fundamentalmente excluido el desistimiento unilateral”⁴³. Además, las arras penitenciales justinianas, tal como el *arrabón*⁴⁴, se consideraban parte del precio, lo que tampoco podría haber ocurrido en época clásica donde el comienzo de ejecución del contrato impedía que la *lex commissoria* operase⁴⁵.

El carácter de “cláusula de estilo” que ya en época postclásica tuvo la *lex commissoria*⁴⁶ sirvió de precedente para que la facultad resolutoria envuelta en las arras penitenciales justinianas aparezca vinculada con el contrato a la manera de una cláusula legal (*licet super arris nihil expressum est*)⁴⁷, que cumplió la importante función de compatibilizar la consensualidad clásica, que Justiniano pretendía refrendar en materia de compraventa, con la concepción helenística de los contratantes respecto de la retractabilidad del consenso⁴⁸.

La evidencia de la pobreza dogmática de las arras penitenciales incorporadas por Justiniano ha producido una reacción “defensiva” en la romanística actual. De ahí que, guiados al menos en este punto por un prejuicio en favor de la infalibilidad científica del *Corpus Iuris*⁴⁹ –derivado, este, acaso de la incoherencia que presenta la incardinación de las arras penitenciales en el propio sistema de contratación justiniano–, han buscado diversas interpretaciones en las que se excluye el reconocimiento de más arras penitenciales que las obligacionales que preceden a la compraventa *cum scriptura*, rechazando su

³⁸ Iust. D. 18, 3, 1. Vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 30 ss.

³⁹ Vid. ALBALADEJO, M.: *Las arras en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996) pp. 68 ss.

⁴⁰ STS, 30.12.95, núm. 1156/1995, fund. de derecho 1°; 22.9.99, núm. 746/1999, fund. de derecho 2°.

⁴¹ “Aunque hubiesen mediado arras o señal no podrá rescindirse el contrato por el hecho de allanarse el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas”.

⁴² ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. pp. 36 ss.

⁴³ SCHULTZ, F.: *Principios del derecho romano*, trad. Manuel Abellán Velasco (Editorial Civitas, Madrid, 1990) p. 246.

⁴⁴ WATSON, *The law of obligations*, cit. p. 46. Contra: JONES, J. W.: *The law and legal theory of the greeks* (Oxford University Press, London, 1956) p. 230.

⁴⁵ Cfr. Iust. D. 18, 5, 10, 1 itp.; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, cit. p. 696. Contra: ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit. p. 92, n. 1; TALAMANCA, *L'arra della compravendita*, cit. pp. 59 y 60: el autor considera que desde Juliano las arras pueden considerarse parte del precio cuando ellas no consistan en un adminiculum según Iust. D. 19, 1, 11, 6; Cod. Iust. 4, 45, 2.

⁴⁶ D'ORS, A: “*Arra reagitata*” sive in scriptis sive sine scriptis, IVRA 9(1958) pp. 80 y 81; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, cit. pp. 690 ss.

⁴⁷ Cfr. Iust. Inst. 3, 23, pr.; D'ORS, “*Arra reagitata*”, cit. p. 80.

⁴⁸ Ídem pp. 80 y 81.

⁴⁹ Vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 42 a 59.

pertinencia en relación a contratos ya concluidos⁵⁰; explicaciones forzadas, a mi modo de ver, desde el momento que van contra el texto expreso de las fuentes (...*sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*)⁵¹.

Parece suficientemente elocuente la opinión de Carusi⁵² para ilustrar la pobre opinión que la romanística tiene respecto de las arras penitenciales justinianas, al decir que ellas constituyen una “*figura monstruosa por intrínseca contrariedad lógica y jurídica*”, pues las arras son, a la vez, el *iter* de la *poenitentia* y una pena al ejercicio de ese mismo arrepentimiento.

A pesar de su cuestionable contenido dogmático, estas arras penitenciales justinianas gozaron de amplia trascendencia en las etapas históricas sucesivas hasta incorporarse al Código Civil. Más allá de lo que se establecía en los estatutos de las diferentes ciudades del Renacimiento –algunos no permitían las arras penitenciales y otros sí⁵³–, la *Glossa* delimitó las arras bajo el común carácter de confirmatorias –excluyéndolas así de los elementos esenciales del contrato–, de manera que sirvieran de *argumentum* tanto en compraventas imperfectas como perfectas, escindiéndose hacia sus modalidades específicas, penitencial-obligacional o penitencial, según si acompañaban a una u otra⁵⁴.

Si las arras penitenciales consisten en dinero no se discutía que ellas son parte del precio, pero la doctrina se dividía entre si al resolverse el contrato debían ser restituidas como lógica consecuencia de la desaparición de todos los efectos de la compraventa (quedando desplazado el carácter sancionatorio de las arras penitenciales), o si, por el contrario –según Rugerio y la *Glossa* acursiana–, podían ser retenidas por el vendedor (aquí estaríamos frente a verdaderas arras penitenciales según el concepto actual). La base de este último razonamiento⁵⁵ viene a introducir la consideración de las arras penitenciales como un contrato independiente que, aun resuelta la compraventa, servía de título para la retención, pues, pese a la intención de las partes de tenerlas como parte del precio, ello no ocurría sino hasta cumplirse la compraventa, de manera que en todo otro caso no se imputan a dicha prestación sino que siguen encontrando causa en el contrato arral⁵⁶.

⁵⁰ Vid., entre otros, ZULUETA, F. DE: *The roman law of sale* (Oxford at the Clarendon Press, London, 1945) p. 24; MARASINGHE, M. L.: *Arra-not in dispute*, RIDA 20(1973) p. 352; ZIMMERMANN, R.: *The law of obligations, roman foundations of the civilian tradition*, Juta & Co. Ltd., Cape Town, 1992, pp. 233 y 234; TALAMANCA, M.: *Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano*, Mélanges Philippe Meylan, vol. 1 (Imprimerie Centrale de Lausanne, 1963) pp. 326 ss.; WATSON, A.: *Arra in the law of justinian*, RIDA 6(1959) p. 389; LISOWSKY,: *La prétendue contradiction entre c. 4, 21, 17 et inst. 3, 23, pr.*, RIDA 5(1950) pp. 74 ss.; THOMAS, *Arra in sales*, cit. pp. 264 ss.: si bien este último autor no cree que estas disposiciones den lugar a las arras penitenciales, sobre la base de otras fuentes sostiene que la práctica les dio cabida en el derecho justiniano y bizantino.

⁵¹ Iust. Inst. 3, 23, pr.

⁵² CARUSI, E.: *Sull'arra della vendita in diritto giustiniano (a proposito de un recente studio)*, Studi in Onore di Pietro Bonfante, vol. 4 (Fratelli Treves Editori, Milano, 1930) p. 509; *Sul frammento L. 38*, cit. p. 304.

⁵³ Entre los que no las permitían: Fano, Cesena, Senigallia, Pergola; entre los que sí: Roma, San Marino, Cadore. Vid. BELLOMO, v. “*caparra*”, cit. p. 188.

⁵⁴ Ídem p. 189; COING, H.: *Derecho Privado Europeo*, vol. 1, Derecho Común más antiguo (1500-1800), trad. y apostillas Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 568.

⁵⁵ Recuerda, salvando las distancias, el contrato arral griego en cuanto negocio independiente.

⁵⁶ BELLOMO, v. “*caparra*”, cit. p. 189; COING, *Derecho Privado Europeo*, cit. p. 568.

Como sea, la facultad de retractación solo podía ser ejercitada hasta antes del principio de ejecución de las prestaciones de la compraventa, pues luego, si bien podía tener lugar la desaparición del contrato, dicha extinción provenía de un “*factum simile prioris*” de las partes; de manera que, independientemente de si se acepta o no la retención de las arras, era el mutuo disenso y no propiamente la retractación el modo por el cual se extinguía el contrato en este caso⁵⁷.

En lo que hace al Derecho peninsular, las arras penitenciales justinianas que acompañaban un contrato perfecto no fueron recibidas por la legislación visigótica, sino que, aunque *sui generis*, su funcionamiento se acerca más a las arras confirmatorias del Derecho romano clásico. Ni el Código de Eurico 297⁵⁸, ni la *Lex Wisigothorum* 5, 4, 4⁵⁹, ni el Fuero Juzgo 5, 4, 4⁶⁰, permiten al vendedor retener el arra entregada por el comprador en caso de incumplimiento por parte de este⁶¹, pero se le faculta para resolver la venta. De esta forma, debe considerarse que la dación arral, a la vez que confirmatoria, envolvía una especie de *lex commissoria* legal –en que la resolución no funcionaba, en todo caso, bilateralmente, sino como derecho exclusivo del vendedor, al igual que en el Derecho romano clásico y a diferencia de las penitenciales de Justiniano⁶²–. Por primera vez en el Fuero Juzgo 5, 4, 5⁶³ se da testimonio de la consideración de *pars pretii* de las arras confirmatorias visigodas, produciéndose una identificación entre arras-confirmatorias y arras-*pars pretii* –identificación también inversa a la del Derecho justiniano, donde las penitenciales eran las que se consideraban parte del precio–. En realidad, la consideración de *pars pretii* es consecuente con el carácter de elemento formal que tenía el pago del precio, aun parcial –acreditado por medio de documento o de testigos–, para la perfección del contrato de compraventa en el Derecho visigodo⁶⁴.

Después de este intervalo visigodo y luego de recepcionadas las arras penitenciales-obligacionales que acompañaban las compraventas imperfectas en la zona navarro-aragonesa –de la forma que ya hemos explicado arriba–, reaparecen, en materia de compraventas perfectas, las arras penitenciales justinianas. Resulta llamativa la distin-

⁵⁷ BELLOMO, v. “*caparra*”, cit. p. 189; OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. p. 195.

⁵⁸ “Qui arras pro quamcumque acceperit re, praetium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat”.

⁵⁹ “Qui arras pro quamcumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit. Emtor vero, si per agritudinem aut gravem necessitatem, que vitari non potuerunt, ad constitutum non occurrerit diem, quem voluerit pro se dirigat, qui pretium tempore definito perconpleat. Quod si constituto die nec ipse successerit nec pro se dirigere voluerit, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat”.

⁶⁰ “Quien toma señal por alguna cosa deve cumplir lo que prometio. E si el comprador por enfermedad o por otra coyta grand non pudiere pagar al plazo, envie otro qualquiere que cumpla per el. E si non fuere, o non quier enviar, reciba su señal que dio, e non vala la vendicion”.

⁶¹ Este es el signo característico de las arras visigóticas. Vid. OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. p. 194.

⁶² DOR’S, “*Arra reagitata*”, cit. pp. 80 y 81.

⁶³ “Si la una partida del precio es pagada, y la otra partida finca por pagar, non se deve por ende desfazer la vendicion. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al plazo, pague las usuras daquella partida que deve, fueras si fuere parado, que la vendicion fuesse desfecha si non pagas el precio al plazo”.

⁶⁴ Vid. FERNÁNDEZ, R.: *La compraventa en el derecho medieval español*, AHDE 25(1955) pp. 339 a 344, 359 a 367, con la bibliografía allí citada.

ción que se realiza en las Observancias de Aragón 4, 5, 5⁶⁵, donde se distingue entre las arras que acompañan una compraventa como *senyal* y las que lo hacen como *paga*. En el primer caso, las arras-*senyal* corresponden a las penitenciales de Justiniano, atraídas al texto por la práctica consuetudinaria, y, en el segundo, las arras-*paga* corresponden a las visigóticas confirmatorias-*pars pretii*⁶⁶.

Luego, el arra penitencial justinianeó pasó, a partir del siglo XII, a varios Fueros evidentemente conectados entre sí: el de Cuenca 165⁶⁷; 946⁶⁸; 951⁶⁹; 952⁷⁰; el de Zorita 149⁷¹; 815⁷²; 819⁷³; 820⁷⁴; y el de Teruel 756⁷⁵; 757⁷⁶. Me parece que por razones análogas a las que fundaban las distinciones terminológicas que hemos apuntado en las Observancias de Aragón, en estas fuentes las arras penitenciales se denominan genéricamente como *pecunia*. Por la misma influencia del Derecho visigodo, que los redactores habrían tenido en cuenta en este caso con sentido negativo, la consideración de penitencial de las arras habría determinado que no se les tratara como parte del precio, pues se debe recordar que, como da cuenta el Fuero Juzgo 5, 4, 5, las arras-*pars pretii* tenían

⁶⁵ “Si aliquis emerit aliquid, et dederit aliquid pro senyal et paga, non potest vendi duplando el senyal. Sed si pro senyal tantum, potest vendi duplando el senyal”.

⁶⁶ Vid. OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. p. 199.

⁶⁷ “De venditore vel emptore qui post pactum penituerit.- Si quis radicem vendiderit, et postea penituerit, pectet pecuniam quam recepit duplatam. Si emptor penituerit, perdat pecuniam quam dederit pro ipsa”.

⁶⁸ “De artificibus.- Si artifex aliquod opus inceperit, ut turrim, aut ecclesiam,...aut quod uius aliud opus, perficiat illud iuxta pactum quod fecerit; sin autem, pectet pecuniam, quam proinde acceperit, duplatam...”

Magister qui ad tempus statum opus factum non habuerit, pectet pecuniam quam acceperat duplatam. Similiter dominus operis duplet pecuniam, quam ad placita statuta non pecaverit”.

⁶⁹ “De foro sutorum.-...Omnis sutor quod ad diem statutum opus factuum non dederit, reddat erram duplatam. Emptor, qui ad horam statutam precium paccauerit, perdat erram, et sutor uendat opus cui-cumque sibi placuerit”

⁷⁰ “De foro pellipariorum.- Si pelliparius ad diem conuentum opus, perfectum non dederit, reddat signum duplatum; si signum non tenuerit, pectet unum aureum. Emptor si ad diem statutum pelliparium non peccauerit, soluat precium duplatum”.

⁷¹ “Del uendedor et del comprador que despues del pleyto se arrepintiere.- Otroquesi, si alguno rayz uendiere, et despues se arrepintiere, peche los dineros que por ella recibio doblados, et si el comprador se repintiere pierda los dineros que por ella dio”.

⁷² “Del que començare alguna obra.- Mando que todo maestro que alguna obra començare, assi como torre,...acabela segund la postura que ouiere fecha. Et sino, que peche el algo que por ello ouiere recibido doblado... El maestro que al tiempo establecido la obra no ouiere acabada, peche I marauedi por cada dia. Otroquesi, el sennor de la obra peche por cada dia I marauedi, si al plazo establecido non pagare”.

⁷³ “Del çapatero que uendiera çapatos.-...Todo çapatero que al dia establecido la obra fecha non diere, tornela señal doblada: el comprador que al ora estableçida el preçio non pagare, piérdala et el çapatero uenda la laour a qui quisiere”.

⁷⁴ “Del pelligero.-...Decabo si el pelligero el dia de la postura la obra acabada non diere, torne la sennal doblada, et si señal non touiere, peche I marauedi: el comprador otroquesi, si el dia establecido non pagare, pague el preçio doblado...”.

⁷⁵ “De los çapateros.-...Otrosi, tod çapatero que al dia stablido la obra non diere fecha, duple la sennyal et la yerra. Et si el comprador encara al dia stablido el precio non pagare, pierda la yerra et la sennyal, et el çapatero uenda la hobra a qujen le plugujere.”

⁷⁶ “De los pelligeros.-...Decabo, si el pelligero al dia stablido la obra conuenjda non diere acabada, duple la sennyal, et si sennyal non tuujere, peche V sueldos al querelloso. Otrosi, el comprador que al dia stablido non pagare al pelligero o su obra non redimjere, duplado pague el precio...”.

efecto puramente confirmatorio⁷⁷. Dicha influencia, ahora en sentido positivo, se observa también en las arras-*pars pretii* confirmatorias del Fuero de Coria 130⁷⁸ (*sinnal o preçio*), el Fuero de Usagre 139⁷⁹ (*senal o precio*), y en el Fuero de Soria 369⁸⁰ (*sennal que es partida*)⁸¹.

En el Fuero Real 3, 10, 2⁸², las arras-*pars pretii* aparentemente mantienen la influencia visigoda –Fuero Juzgo 5, 4, 4 y 5, 4, 5 parecen ser su modelo⁸³–, de manera que habrían de ser simplemente confirmatorias; eso sí, ahora salvo pacto en contrario, con lo que también se vienen a aceptar, por vez primera, unas arras-*pars pretii* penitenciales –diversas de las penitenciales justinianas solo en cuanto aquellas se establecieron de manera legal y no convencional como estas–. En la primera parte del texto también figuran las arras penitenciales, con la denominación habitual de arras-señal, sin embargo en este caso la redacción también modifica enteramente la tradición al otorgar exclusivamente al comprador la posibilidad de desistirse “arbitrariamente” de la compraventa⁸⁴.

En las Partidas 5, 5, 7⁸⁵, confluyen con mayor claridad el arra justiniana y el arra visigoda, desfiguradas en el Fuero Real. Así, por una parte, las arras-señal envuelven la facultad arbitraria de retractación, tal como en el Fuero Real, aunque ahora, en cambio, ambas partes quedan investidas de dicha facultad –lo mismo que en el Libro de los

⁷⁷ Contra: OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. pp. 202 y 203. Solo en el caso del pellejero se establece que si el comprador no pagaba el día establecido debía pagar el precio doblado, pero en este caso se trata de una multa legal y no de arras como también lo acepta esta autor.

⁷⁸ “Qui sennal tovier por lavor.- Todo labrador que sinnal o preçio tovier por lavor, e el lavor dexar fasta que sea fecho, peche un maravedí al sennor del lavor e cunpla el lavor. E aquel que señal le dio e señal e el lavor le tollio, perda la sennal. E por todo mercado que sennal tovier e se arreptientier, doble. E el que la dier, si se arreptientier, pierdala”.

⁷⁹ “Qui lezar labor aliena.- Todo labrador que senal o precio touier per alguna lauor, et la lauor lezar fata que sea fecha, pectet I. maraueti domino laboris et cumpla la lauor. Et qui senal le diere et lauor le tolliere perda la senal. Et perdo mercado qui senal touiere et se arripintiere, duplela al quereloso. Et qui la diere et se arripintiere, perdala”.

⁸⁰ “Sj alguno comprare casa o moljno o bestia o otra cosadalguno et diere sennal por ella tal que es partida por que la cosa fue comprada, si ardiere o cayere o se lisiare o se perdiere, el danno sea del comprador et non del uendedor, et cumpla el preçio que fuere puesto sobre aquello que ante dio el comprador. Mas si el uendedor non diere al comprador la cosa al día o al tiempo que deuiere o si se perdiere por su culpa osi fizo pleyto que si se perdiessse o si se dannasse que fuesse el danno suyo, en estas tres guisas o en qual quier dellas deue seer el danno del uendedor. Mas si la cosa uendida se aprouechare o meiorare, sea todo del comprador”.

⁸¹ OTERO, *Las arras en el derecho español*, cit. p. 206.

⁸² “Si el home alguna cosa vendiere, e tomare señal por la vendida; e si el comprador [no quisiere pagar el precio, pierda la] señal que dio, e no vala la vendida; e si el comprador no diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio, no se pueda desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes”.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ídem* p. 207.

⁸⁵ “Señal dan los omes vnos a otros en las compras, e acaece despues, que se arrepiente alguno. E porende dezimos, que si el comprador se arrepiente despues que da la señal, que la deue perder. Mas si el vendedor se arrepiente despues, deue tornar la señal doblada al comprador, e non valdra despues la vendida. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo asi; que la daua por señal, e por parte del precio, o por otorgamiento, estonce non se puede arrepienir ninguno dellos, ni desfazer la vendida, que non vala”.

Fueros de Castilla 64⁸⁶ y en el Fuero Viejo 4, 1, 6⁸⁷–; del otro lado, se establecen las arras-*pars pretti*, de valor únicamente confirmatorio.

Después de las Partidas no se encuentran en la Península datos relevantes acerca de las arras hasta el proyecto de Código Civil de 1851⁸⁸.

3. Sin perjuicio de lo anterior, este breve *excursus* debe tener en cuenta las aportaciones *ius-privatísticas* francesas, pues es bien conocida la influencia del Código Civil francés en la codificación española.

En el *Code* se dejó sentir la influencia de Pothier⁸⁹, quien admitía como penitenciales exclusivamente las arras *pacto imperfecto data*, lo que determinó que la disposición relativa a tales arras se ubicara en sede de promesa de compraventa, en el artículo 1590. Sin embargo, por vía interpretativa se entendió que las arras penitenciales igualmente podían acompañar un contrato perfecto⁹⁰.

Estas lecturas “antipothierianas” del artículo 1590 del *Code* hacen descansar en las *Iustiniani Institutiones* 3, 23, *pr.* la posibilidad de aplicar directamente las arras penitenciales a la compraventa, refrendando así aquella institución que desde su núcleo histórico ha sido tan resistida por la romanística.

La mayor confusión, que se ha venido fraguando durante siglos, consiste en atribuir a las arras la virtud de permitir el arrepentimiento, en circunstancias que –como lo enseña D’Ors⁹¹, respecto de las arras entregadas *medio tempore* en la venta *cum scriptura* justiniana–, el carácter penitencial no proviene de las arras sino de la imperfección del contrato. Tal como señala respecto de la nueva interpretación del artículo 1590 del *Code*, Afonso⁹², “lo que se quiere pues destacar con esta interpretación del pensamiento justiniano es que la revocabilidad de un contrato de venta con pacto de arras no deriva de su propia debilidad jurídica, dada su imperfección, sino que, incluso habiendo el contrato alcanzado su perfección jurídica, podían las partes desistir libremente de la ejecución del mismo, siempre y cuando se sometieran a las consecuencias del pacto arral”.

Este giro doctrinal deja entrever serias incoherencias que hacen muy cuestionable la construcción de las arras penitenciales del artículo 1454 del Código Civil, la cual no se corresponde con los antecedentes históricos ni con las apreciaciones dogmáticas modernas, según trataré de explicar en las líneas siguientes.

⁸⁶ “Esto es por fuero de omne que compra bestia o ropa e da sennal: sy la non quisiere pagar, deue perder la sennal. Et sy el que toma la sennal non quisiere dar la cosa comprada, deue doblar la sennal al otro”.

⁸⁷ “Todo ome, que compra de otro bestia, o ropa, [o otra cosa mueble cualquier], e da señal por ella, e despues non quier comprir la paga, e quier desfacer la compra, deve perder la señal, que a dada, e deve ser quito. E otrosi, si el que tomo la señal non quisier dar la cosa, que ovo tomada, deve doblar la señal, e non es mas tenuto. Mas despues que la vendida fuer fecha, [quier de mueble, quier de rais], e fuer apoderado de ella el comprador, non se puede despues desfacer, e vale al que la compro, e el vendedor non lo puede desfacer”.

⁸⁸ Ídem p. 209.

⁸⁹ POTHIER, R.: *Traité de contrat de vente*, vol. 3, vol. 3 (Paris, 1821) p. 20 ss.

⁹⁰ BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 303.

⁹¹ D’ORS, *Las arras en la compraventa*, cit. pp. 150 y 151.

⁹² AFONSO, M.: *Las arras en la contratación* (Bosch Editor, Barcelona, 1995) p. 191.

III. LAS ARRAS PENITENCIALES Y EL SISTEMA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

1. El carácter consensual de la compraventa, determinado por el artículo 1450 del Código Civil español, sienta sus bases en la modélica consensualidad de la compraventa romano-clásica⁹³. Esta es una de las características más sobresalientes del contrato, pues de la mera voluntad de las partes en cuanto a la cosa y el precio se genera el vínculo entre ellas sin necesidad de formalidad alguna⁹⁴. Este principio fundamental, paradójicamente, también fue adoptado por Justiniano (*nihil... innovatus est*)⁹⁵, a pesar de que el concepto de que el consenso debidamente dado, válido y perfecto, genera un vínculo obligatorio que resulta irrevocable unilateralmente, representa la situación final del desarrollo doctrinal del Derecho romano clásico, donde el arrepentimiento no tenía cabida⁹⁶.

Posteriormente, dicho principio adquirió el valor general que presenta en el artículo 1258 del Código Civil español: "*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...*", precepto que, entre otros que se podrían citar, arranca, en la tradición jurídica española, de las disposiciones de Alfonso XI, el año 1348⁹⁷. Ya desde el *usus modernus pandectarum* se observa en la Europa de los siglos XVI y XVII la ascensión del consenso, por impulso del Derecho Canónico, como la forma vinculante por excelencia en materia contractual⁹⁸, de tal manera que el reconocimiento de la fuerza vinculante del contrato, *solo consensu*, viene a ampliarse incluso a la regulación sobre los contratos innominados⁹⁹, donde todavía existía la herencia justiniana¹⁰⁰ de la posibilidad de *poenitentia*¹⁰¹.

Tal como señala Coing¹⁰², "*hubiera sido consecuente con el reconocimiento del principio "pacta sunt servanda" haber considerado este derecho de penitencia como sobrepasado*"; y así ocurrió, aunque se deba reconocer que la consecuencia se vino a deducir tardía-

⁹³ Gai Inst. 3, 136.

⁹⁴ Gai Inst. 3,136; ARANGIO-RUIZ, *La Compravendita*, cit. pp. 13 a 18.

⁹⁵ Cfr. Iust. Inst. 3, 23, pr.; Vid. D'ORS, *Las arras en la compraventa*, cit., p. 150.; CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. p. 57.

⁹⁶ CARUSI, *Sull'arra della vendita*, cit. pp. 531 ss.

⁹⁷ Recopilación 5, 16, 2; Novísima recopilación 10, 1, 1: "Pareciendo que alguno quiso obligar a otro por promisión, o por algun contrato, o en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello que se obligó, i no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir prometiendo con cierta solemnidad de derecho, o que fue hecho el contrato, o obligación entre ausentes, o que no fue hecho ante escribano publico o que fue hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daría a otro, o haría alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligación, i contrato, que fuere hecho, en qualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro".

⁹⁸ COING, *Derecho Privado Europeo*, cit. p. 508, n. 9.

⁹⁹ D'ORS, A.: *Creditum*, AHDE 33(1963) p. 353 ss.

¹⁰⁰ IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Historia e instituciones* (Editorial Ariel, Barcelona, 1994) p. 400: "El derecho general de arrepentirse y reclamar la prestación por medio de la *condictio ex poenitentia*, es pura creación justiniana"

¹⁰¹ COING, *Derecho Privado Europeo*, cit. p. 512.

¹⁰² *Ibidem*.

mente, por la mayoría de la canonística del siglo XVIII en Alemania. La idea del consentimiento como clave única de la noción de contrato se refleja en la Ley de Bases del 11 de mayo de 1888, al decir que los contratos “*continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades establece el vínculo*”¹⁰³.

2. En materia del tratamiento de las arras en el Código Civil, si nos apegamos a una interpretación formalista, tendríamos necesariamente que llegar a la misma conclusión que Albaladejo, en cuanto a que, de pactarse arras sin otra calificación, ellas tendrían el carácter de penitenciales atribuido en el artículo 1454, salvo pacto en contrario: primero¹⁰⁴, porque tanto el Proyecto como el Anteproyecto del Código establecían la norma opuesta, es decir, que las arras no tendrían carácter penitencial, salvo voluntad en contrario, de manera que tal contradicción normativa obviamente tendría que reflejarse en una correspondiente variación interpretativa y no llegar por ambas vías a una misma solución, como lo hacen los Tribunales, pues de esta última manera se está burlando el cambio de opinión del legislador; y, segundo, porque de no haberse querido que las arras fueran penitenciales, salvo pacto en contrario, el artículo 1454 habría tenido una redacción similar a la del artículo 343¹⁰⁵ del Código de Comercio y no justamente la inversa, de manera que, al igual que en la legislación mercantil, debieran interpretarse las arras inicialmente según la disposición y luego modificarse dicha lectura si aparece manifestada por las partes otra voluntad.

Pero más allá de esta explicación exclusivamente apegada a las disposiciones legales sobre arras, parece más atinado el camino hermenéutico contrario que ha elaborado la jurisprudencia¹⁰⁶. Según este criterio integrador, las arras deben interpretarse como confirmatorias, salvo que las partes expresamente las pacten como penitenciales –criterio que, por cierto, prima en el Derecho comparado¹⁰⁷–. Lo anterior, debido al carácter excepcional de la norma, el cual viene a exigir su interpretación restrictiva, de manera que, para entender que en un contrato se dieron arras penitenciales, debe resultar patente que las partes las hicieron intervenir con la finalidad de quedar facultadas para la retracción¹⁰⁸.

Parece evidente que la posibilidad de arrepentimiento de un contrato perfecto, contenida en el artículo 1454, no puede sino ser una excepción dentro del Ordenamiento¹⁰⁹, pues, como señalaba, este tiene por principio general el supuesto contrario: la fuerza vinculante del contrato¹¹⁰.

¹⁰³ Vid. LALAGUNA, E.: *El contrato. Estructura, formación y eficacia* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997) p. 22.

¹⁰⁴ ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. pp. 36 ss.

¹⁰⁵ “Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario”.

¹⁰⁶ Aunque el autor cita jurisprudencia que avala su posición: Vid. ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. pp. 27 ss.

¹⁰⁷ PINTO MONTEIRO, A.: *Cláusula penal e indemnização* (Livraria Almedina, Coimbra, 1990) p. 163.

¹⁰⁸ STS, 18.10.1996, núm. 827/1996, fund. de derecho 2°.

¹⁰⁹ QUINTANO, A.: *Las arras en el novísimo derecho contractual*, RGLJ 19(1950) pp. 757 y 758.

¹¹⁰ Cfr. Código Civil, art. 1091.

Ahora bien, en mi opinión es necesario reflexionar si acaso la situación de las arras penitenciales, como se las entiende hoy, se restringe a la contradicción de dicho principio general del Ordenamiento, o si tal contradicción no solo afecta el principio, sino que lo traspassa y viene a chocar con el Ordenamiento mismo. Ello, porque no me parece tan claro, ni por muy excepcionales que se consideren las arras penitenciales, que se pueda señalar, *a priori*, que la facultad de desistir arbitrariamente del negocio pueda predicarse del “...*concierto libremente convenido, conforme a la libertad contractual consagrada en el artículo 1255...*”, como señalan la jurisprudencia¹¹¹ y la doctrina, incluso la de posturas más críticas¹¹²; ni tampoco, a consecuencia de lo anterior, me parece tan fácil definir las arras penitenciales como el precio del “lícito” desistimiento¹¹³ de un negocio plenamente eficaz¹¹⁴ y, mucho menos, cuando, luego de afirmada su licitud, se dice que sirven de “indemnización” por la resolución o hasta por el “incumplimiento”¹¹⁵. Más bien estoy de acuerdo con Maynz¹¹⁶, cuando señala que las arras penitenciales son contrarias a todos los principios generales.

3. Para enfrentar la cuestión, es necesario separar el problema de la *poenitentia* del de las arras: es decir, la retractación de la sanción, pues así parece entenderse mucho mejor el supuesto complejo del artículo 1454.

No estoy de acuerdo con Martínez de Aguirre¹¹⁷ cuando afirma que “*en las arras penitenciales difícilmente cabe distinguir, como pactos diferentes, el de desistimiento unilateral y el de penitencialidad arral*”, agregando que “*en realidad son un mismo e inescindible instituto, cuya eficacia unitaria es permitir ese desistimiento en las condiciones de penitencialidad establecidas...*”. Me parece que dicho presupuesto es falso, además de haberse formulado de una manera quizás inadecuada –penitencialidad = penalidad, cuando en realidad el término no debe asimilarse a sanción o *poena*, sino a arrepentimiento o *poenitentia*–. Es necesario distinguir el hecho de que en las arras penitenciales, *ex artículo* 1454, ambos pactos se presenten conjuntamente por el legislador, es decir, no se encuentren escindidos, del que ellos sean “inescindibles”. Evidentemente sí se pueden separar. Esto se corrobora no solo desde un punto de vista puramente lógico¹¹⁸, sino también, por un lado, a través de la constatación de las diversas funciones que pueden cumplir las arras, donde no todas ellas están relacionadas con la retractación¹¹⁹; asimis-

¹¹¹ STS, 22.9.99, núm. 746/1999, fund. de derecho 2°.

¹¹² ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 42; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 855; QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 757.

¹¹³ GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 104; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 855.

¹¹⁴ GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 104.

¹¹⁵ PINAZO, E.: *Cuadernos de derecho judicial, derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, dir. Ángel Carrasco Perera, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 1995) p. 348.

¹¹⁶ MAYNZ: *Cours de droit romain*, 3ª ed., vol. 2 (Librairie Polytechnique D'Aug. Decq, Paris, 1870) p. 401 n. 15.

¹¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 856.

¹¹⁸ TRIMARCHI, M.: v. “*caparra*”, *diritto civile*, ED, vol. 6, p.192.

¹¹⁹ CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 11 ss.

¹²⁰ PINTO, *Cláusula penal*, cit. 1990, p. 185.

mo, por el otro lado, esto se observa con facilidad al constatar que el Código Civil otorga la facultad de retractación no solo en materia de arras¹²⁰, sino también, separadamente, en la multa penitencial¹²¹ del artículo 1153¹²².

Sancho¹²³ señala que la sanción arral descansa en la paccionada resolubilidad del contrato e, históricamente, en la imperfección del mismo. Lo anterior es cierto, pero no parece apuntar al meollo de la cuestión.

Efectivamente, el exabrupto histórico-dogmático se produce al trasladar, Justiniano, la penitencialidad de las arras que se otorgaban en una compraventa escrita aún no perfeccionada, heredera de la tradición griega, a las que acompañan las compraventas perfectas de la tradición romano-clásica. Evidentemente, el trasvase se realizó sin demasiados miramientos, pues no se atendió a que en las arras que se entregaban con ocasión de la venta escrita el *ius poenitendi* no existe por el hecho de las arras, sino porque la venta escrita no se perfecciona mientras no se extienda la escritura¹²⁴. Es decir, contrariamente a lo que sugiere la denominación “arras penitenciales”, las arras venían a imponer un límite a un *ius poenitendi* ya naturalmente existente, en cuanto establecen una pena por la fallida perfección del contrato¹²⁵.

Pero, en realidad, la alusión a los contratos imperfectos, si bien es muy ilustrativa respecto de la incompatibilidad de supuestos que existe respecto de las arras penitenciales modernas y de la ineludible reconducción dogmática hacia ciertos caracteres de las arras penitenciales-obligacionales que impone la actual reflexión, no responde a los antecedentes históricos inmediatos del artículo 1454, sino a los de las arras penitenciales justinianeas. La sola constatación del dato histórico resulta superflua por sí sola. Más bien, una vez sitas las arras penitenciales en sede de contrato perfecto por el Emperador, el asunto para el Derecho Civil radica en determinar si en tal caso es posible establecer la posibilidad de desistimiento. Planteamiento que no puede sino ser rechazado en el estado actual de la cuestión.

4. Un acuerdo sobre un contrato bilateral en que se agrega la cláusula de desistimiento equivale a decir: “estamos obligados, pero en cuanto alguna de las partes así ya no lo quiera, dejaremos de estarlo”. Me parece que tal construcción es absurda si se quiere elevar una voluntad tan precaria a nivel de contrato¹²⁶. Esta aspiración vulnera el propio Ordenamiento¹²⁷ desde el momento que no parece que pueda nacer un contrato a partir de una convención en que falta la intención

¹²¹ BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 302.

¹²² “El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho...”.

¹²³ SANCHO, F., en LACRUZ, J.: *Elementos de derecho civil*, II, vol. 1, Derecho de Obligaciones (Bosch, Barcelona, 1994) pp. 258 ss.

¹²⁴ SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit. p. 249.

¹²⁵ CARUSI, *Sul frammento L. 38*, cit. p. 303

¹²⁶ SAVIGNY, E.: *Sistema del derecho romano actual*, 2ª edición, vol. 2 (trad. Jacinto Mecía y Manuel Poley, Góngora, Madrid, s/d) pp. 221 y 222.

¹²⁷ QUINTANO, *Las arras*, cit. pp. 758 y 759.

de obligarse¹²⁸. Faltaría a esta declaración el requisito de “seriedad” que suele recordarse con relación a la oferta¹²⁹ –habitualmente de una manera que tal vez sea demasiado escolar–, pero que indudablemente integra toda declaración¹³⁰ que pretenda ser vinculante¹³¹. De manera que, agregado el pacto de desistimiento, incluso determinada la cosa y el precio¹³², no puede tenerse tal acuerdo por una compraventa perfecta¹³³, pues el “consentimiento” sobre el objeto contractual –que es un *prius*–¹³⁴, no puede jurídicamente tener la consideración de tal¹³⁵.

La perfección del contrato es un presupuesto de validez, de manera que la calificación de validez requiere como dato previo que este esté formado¹³⁶: una convención en las condiciones señaladas no puede ser considerada sino un trato preliminar¹³⁷. Y no creo que en el caso de las arras penitenciales pueda salvarse la cuestión señalándose que hay convención porque, en todo caso, han nacido, y han sido queridas, las obligaciones propias de la dación de arras, lo que demostraría que el contrato en el que se insertan se ha perfeccionado y está desplegando su eficacia, pues, en atención al mismo carácter de cláusula accidental que generalmente se le reconoce a las arras –planteamiento que, en todo caso, no comparto–, el consentimiento tiene que recaer precisamente en los señalados elementos esenciales del contrato de compraventa y no solo en los accidentales¹³⁸.

5. En la doctrina francesa, Colmet de Santerre¹³⁹, creía que las arras penitenciales se disciplinaban a través de una condición resolutoria, al igual que lo hace hoy

¹²⁸ POTHIER: *Traité des obligations*, en *Ouvres Completes de Pothier*, vol. 1, P. J. Langlois, Libraire (A. Durand, Libraire, Paris, 1844) pp. 80-81; vid., sobre la Escuela del Derecho Natural: COING, *Derecho Privado Europeo*, cit. pp. 514 ss.; LANDO, O.(ed.): *Principles of european contract law*, Kluger Law International, The Hage (2000) pp. 137 ss. El artículo 2:101.1.(a) señala: “A contract is concluded if: the parties intend to be legally bound...”; y en el comentario se indica: “In order to be bound by a contract a party must have an intention to be legally bound”; agrega el artículo 2:102: “The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party’s statements or conduct as they were reasonably understood by the other party”.

¹²⁹ MARTÍNEZ, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación* (Marcial Pons, Madrid, 2000) pp. 38 ss., con la bibliografía allí citada.

¹³⁰ Ídem p. 75.

¹³¹ Cfr. Código Civil, art. 1262. Resulta esclarecedor el antecedente que ofrecen las Partidas 5, 11, 2: “pregunta e respuesta ha menester que sea fecha en la promisión por palabras, e con entendimiento de se obligar”.

¹³² Cfr. Código Civil, art. 1450.

¹³³ Cfr. Código Civil, art. 1278.

¹³⁴ Cfr. Código Civil, arts. 1254, 1261.1.

¹³⁵ LANDO, *Principles of european contract law*, cit. p. 143: en el comentario al artículo 2:102, se indica: “Parties often make preliminary statements which precede the conclusion of a contract but which do not indicate any intention to be morally or legally bound at that stage”.

¹³⁶ LALAGUNA, *El contrato*, cit. p. 113.

¹³⁷ Vid. ALONSO, M.: *La responsabilidad precontractual*, RDCI (1971) pp. 860 ss.; LOBATO DE BLAS, J.: *Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares*, RGLJ (1976) p. 548.

¹³⁸ Cfr. Código Civil, arts. 1261 y 1450.

¹³⁹ COLMET DE SANTERRE, E.; DEMANTE, A.: *Cours analytique de code civil*, vol. 7, Librairie Plon, Paris, 1887, n. 10 bis.

toda la doctrina y la jurisprudencia. Pero al hilo de los argumentos que acabo de exponer sobre la formación del consentimiento, tampoco puede aceptarse la configuración de las arras como condición resolutoria del contrato pues, evidentemente, para que se predique de ellas tal configuración debe suponerse que acompañan un contrato perfecto, lo que no parece ocurrir cuando se pretende incorporar un pacto de retractabilidad¹⁴⁰. Tal como señala Badosa¹⁴¹ –aunque en relación con la multa penitencial–, la formulación penitencial es aplicable a los contratos y no a las obligaciones.

Puede aportarse, además de los argumentos ya dados en torno a la imperfección del consentimiento, un argumento más para rechazar que el desistimiento tenga la calidad de condición resolutoria: un pacto de retractación anula el contrato principal por ser contrario a la ley.

En efecto, si nos atenemos a lo que señala el primer inciso del artículo 1116: “*Las condiciones... prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa*”, debemos concluir que el pacto de retractación anularía el contrato pues, de acuerdo con el artículo 1091¹⁴², no sería lícita una condición que se base en la ruptura de la ley contractual para operar; ruptura que no corresponde a un elemento extrínseco al contrato mismo –*posterius*– como lo es el incumplimiento¹⁴³ –que técnicamente no hay en esta línea de pensamiento, como se verá–, sino que con el propio contrato que desaparece tras la sola retractación.

De estas consideraciones se desprende que las arras penitenciales, de no haber sido incorporadas por el artículo 1454, no podrían ser incluidas voluntariamente por las partes en un contrato¹⁴⁴, pues la libertad contractual encuentra límites lógico-jurídicos en los aspectos fundamentales del sistema general de la contratación; ni mucho menos podría el desistimiento, por la misma razón, haber tenido la consideración de “lícito” que reclama la definición de arras como precio del lícito desistimiento.

6. Conviene ahora recordar otro sector de la doctrina francesa conformado, entre otros, por Troplong¹⁴⁵ y Baudry-Lacantinerie¹⁴⁶, que le atribuye a las arras penitenciales el carácter de condición suspensiva del contrato de compraventa.

Para aceptar que la posibilidad de desistimiento que se contiene en las arras penitenciales constituya una condición suspensiva del contrato debe primero hacerse una distinción: si las arras son una simple cláusula accidental del contrato, no parece que pueda aceptarse la tesis; si ellas constituyen un negocio autónomo, sí resulta aceptable.

¹⁴⁰ QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 759.

¹⁴¹ BADOSA, F.: *Dret d'obligacions* (Publicacions Universitat de Barcelona, 1990) p. 184.

¹⁴² “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

¹⁴³ BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed. Corregida (Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994) pp. 487 ss.

¹⁴⁴ ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 42.

¹⁴⁵ TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De la vente*, vol. 1, Charles Hingray (Libraire-Éditeur, Paris, 1845) pp. 25 ss.

¹⁴⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique*, cit. pp. 62 ss.

En el primer caso, no se puede tener el desistimiento como condición suspensiva porque, tal como lo indica Savigny¹⁴⁷, no hay condición si la cláusula así llamada corresponde implícitamente a la relación jurídica. Lo anterior es relevante en atención a que si las arras son una simple cláusula del contrato se debe llegar a la conclusión, obvia, de que existe una sola relación jurídica: el contrato; de tal manera que una condición suspensiva que consiste en el hecho de que ambas partes lleguen a tener verdadera y definitiva intención de obligarse, se confunde con un elemento –la seriedad– que informa esencialmente la relación jurídica, por lo que lo formalmente denominado condición suspensiva no es en realidad una modalidad del negocio, sino un elemento intrínseco en cuanto corresponde a uno de los requisitos de la formación del consentimiento. En este supuesto se vuelve al *prius* de la imperfecta formación del consentimiento: no hay contrato condicional porque no hay contrato todavía.

Distinta es la situación si se consideran las arras penitenciales como un negocio independiente. En este caso, si las arras resultan ser un contrato genéticamente distinto bien puede aceptarse que el contrato principal nace pero su eficacia queda supeditada al hecho extrínseco¹⁴⁸ de que una de las partes opte por hacer operar la sanción del contrato arral, lo que implicará, a su vez, la falta de asentimiento definitivo en el contrato principal. Dicha condición suspensiva no parece objetable: prevé que el contrato está perfecto, pero que surtirá efecto solo si las partes quieren perseverar en el contrato principal o, más bien “no optar por el contrato arral”; equivale a decir: “te arriendo mi casa de la playa si tú me vendes tu auto”, o, “te vendo mi casa a plazo si tú me garantizas el pago con hipoteca”, o, tal vez mejor, “te vendo mi auto si tú no me cobras tal o cual deuda anterior”.

No se trataría en este caso de una condición meramente potestativa del deudor¹⁴⁹, prohibida por el artículo 1115, pues –más allá del criterio discutible de que el deudor que se desiste al mismo tiempo que no tiene que cumplir su obligación pierde el crédito correlativo que tenía contra la otra parte¹⁵⁰–, el perseverar en el contrato no depende de su sola voluntad arbitraria sino también de la situación extrínseca que, justamente, importa el negocio independiente de las arras¹⁵¹.

7. Es menester señalar que la configuración de las arras penitenciales como negocio independiente parece ser la que mejor se adapta a su naturaleza de negocio real. No estoy de acuerdo con Afonso cuando señala que la naturaleza simplemente accidental tenga fundamento en el Derecho romano¹⁵², ni que hoy en día

¹⁴⁷ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 216.

¹⁴⁸ Vid. BLASCO GASCÓ, F.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991) p. 47.

¹⁴⁹ Vid. LÓPEZ, L.: *La condición suspensiva en los contratos* (Editorial Montecorvo, Madrid, 1999) pp. 24 ss.

¹⁵⁰ LÓPEZ, L., *La condición suspensiva*, cit. pp. 28 y 29. Contra: SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 221.

¹⁵¹ En esta construcción el contrato arral da causa a la retención o devolución duplicada de las arras, como lo estimaba Rugerio y la Glossa acursiana.

¹⁵² CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 28 a 30.

tengan la calidad de simple cláusula accidental¹⁵³ sobre la base de que “*el acuerdo de voluntades de donde surge la garantía arral se sustancia en una voluntad concorde de los contratantes de conseguir el fin práctico perseguido por el negocio principal*”. Una cosa es la causa del contrato principal, que en cuanto fin práctico de las partes envuelve también las arras, de lo que se sigue que las arras, como garantía que son –o, debieran ser–, resultan accesorias al contrato principal, y otra muy distinta es que este negocio, aunque accesorio por ser garantía, tenga como causa eficiente la misma voluntad –consentimiento– que la que da lugar al contrato principal. Si se atiende al carácter real de las arras penitenciales no puede haber duda acerca de que ellas no surgen del contrato principal, pues la naturaleza puramente consensual de este no basta para hacer nacer conjuntamente sus obligaciones principales y las arras, que se perfeccionan por una dación, de manera que malamente podrían ser las arras una mera cláusula de aquel contrato que no contiene en sí mismo todos los elementos necesarios para la perfección de estas¹⁵⁴.

Respecto de las arras penitenciales del artículo 1454, Martínez de Aguirre se pregunta, con razón, cómo un mecanismo que permite el desistimiento puede servir para reforzar el vínculo¹⁵⁵. Frente a esta afirmación se ubica el criterio de Sancho¹⁵⁶ y Trimarchi¹⁵⁷ respecto de que ellas constituyen el reforzamiento de un vínculo previamente debilitado. Comparto este último aserto, pero, en razón de todo lo ya expuesto, no en cuanto a que el debilitamiento proviene de un pacto de resolubilidad –que, en todo caso, es lo que se puede colegir de la disposición legal–, sino que, en doctrina, debe concluirse que proviene de la condición suspensiva que importa el pacto de retractabilidad contenido en el contrato arral respecto del contrato principal.

En consecuencia, me parece que si nos atenemos al sistema general de contratación español, prescindiendo obviamente del artículo 1454, objeto de análisis, la correcta configuración de las arras debe corresponder al de un negocio autónomo de garantía que refuerza un contrato sujeto a la condición suspensiva, simplemente potestativa, negativa, de no optar por la sanción arral.

IV. LAS ARRAS PARTE DEL PRECIO Y EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO

1. No se puede desconocer que en la historia hispánica de la institución existe cierta correspondencia, de un lado, entre la palabra “precio” y las arras confirmatorias y, del otro, entre la palabra “señal” y las arras penitenciales: así se observa

¹⁵³ QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 752.

¹⁵⁴ POTHIER: *Traité de contrat de vente*, cit. p. 196; ROYO: *Notas sobre la función de las arras en la contratación*, AUH (1949) p. 138; BAVETTA: *La caparra* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963) pp. 21 ss.; TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 202.

¹⁵⁵ QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 752.

¹⁵⁶ SANCHO, *Elementos de derecho civil*, cit. pp. 258 ss.

¹⁵⁷ TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 204.

todavía en el artículo 343 del Código de Comercio, que emplea la palabra “precio” para regular las arras confirmatorias, y en el artículo 1454, que emplea la palabra “señal”, a secas, para disciplinar las arras penitenciales; de esta forma, estas disposiciones reciben una tradición que se ha mantenido casi invariable desde el Derecho visigótico, para el primer caso, y desde las Observancias de Aragón, para el de las arras penitenciales, hasta llegar con ambas nomenclaturas y sus correlativas funciones a las Partidas, según ya he expuesto.

La jurisprudencia, sin embargo, ha señalado de manera constante 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 del precio*”¹⁵⁸.

Como primera aproximación me parece correcto este razonamiento pues, en atención a la libertad de formas¹⁵⁹ y, sobre todo, al carácter polifuncional de las arras¹⁶⁰, las palabras que las designan, por sí solas, no pueden resultar sino equívocas; por lo demás, con independencia de la ambigüedad terminológica, las partes igualmente deben manifestar expresamente la función penitencial, según el correcto criterio jurisprudencial sobre el carácter excepcional de la figura.

Eso sí, no creo que sea igualmente correcto trazar una total sinonimia entre la “*simple señal o entrega parcial del precio de la compraventa*”¹⁶¹. Las sumas que se entregan “a cuenta del precio” serán arras o simplemente pagos parciales de la compraventa según lo determinen las partes¹⁶²; pero conceptualmente el pago de parte del precio, sin más, no es lo mismo que la dación de arras¹⁶³, de la misma manera que conceptualmente tampoco es lo mismo un contrato en que medien arras de otro en que no: en primer lugar, las arras pueden provenir también del vendedor¹⁶⁴, lo que obviamente no podría ocurrir con el pago del precio; y, en segundo lugar, el que las arras dadas por el comprador, cualquiera sea su función, se imputen al precio o a la indemnización de perjuicios –salvo en este último supuesto las penales–, es una cuestión de interpretación fundada en la economía lógica y jurídica de las operaciones entre las partes¹⁶⁵ y no derivan, evidentemente, de la identidad de los títulos que sirven de causa a la entrega.

2. Desde otra perspectiva, parece pacífico el criterio que indica que las arras penitenciales del artículo 1454 se deben constituir en el espacio comprendido entre la perfección y la consumación del contrato¹⁶⁶, pero uno de los vacíos más

¹⁵⁸ STS 18.10.1996, núm. 827/1996, fund de derecho 2°.

¹⁵⁹ Cfr. Código Civil, arts. 1278 y 1279.

¹⁶⁰ Vid. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 11-61.

¹⁶¹ STS 23.7.1999, núm. 675/1999, fund. de derecho 2°.

¹⁶² PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 164.

¹⁶³ ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 44; Contra: JORDANO, F: *La responsabilidad contractual* (Editorial Civitas, Madrid, 1987) pp. 345 ss.

¹⁶⁴ GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 102.

¹⁶⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 852.

¹⁶⁶ García, *Comentarios al código civil*, cit. p. 103.

importantes de la norma es la falta de delimitación de la posibilidad de retractación, una vez que ya se han establecido las arras penitenciales¹⁶⁷.

Tanto para quienes ven la penitencialidad como una condición resolutoria como para quienes la vemos como condición suspensiva del contrato, resulta capital establecer cuándo se encontrará fallida la condición, en el primer caso, o cumplida, en el segundo, pues de ahí en adelante ya no podrá operar el mecanismo arral¹⁶⁸.

Siempre las partes pueden fijar un plazo para el ejercicio del desistimiento, pero, de no ser así, la situación no es nada clara, sobre todo para quienes ven las arras penitenciales como condición resolutoria. En este último caso solo razones de prudencia y buena fe pueden conducirnos difusamente a determinar que el principio de ejecución del contrato excluye la posibilidad de retractación, sin embargo, hoy no parece existir un fundamento jurídico que impida decisivamente que la retractación sobrevenga incluso después del cumplimiento total del contrato¹⁶⁹. En este punto acaso sí podamos recurrir a la tradición jurídica hispánica en que las arras que se tenían como parte del precio, o, lo que es lo mismo para estos efectos, como cumplimiento parcial, tenían carácter confirmatorio, entendiéndose, en consecuencia, que, aunque faltara el pago íntegro, el principio de ejecución excluía la posibilidad de retractación de las partes¹⁷⁰.

Si se considera, en cambio, que el mecanismo arral condiciona suspensivamente el contrato, resulta mucho más claro que si alguna de las partes da inicio a la ejecución del contrato —ya sea por medio de una solemnidad¹⁷¹ o de una prestación¹⁷²—, llega a ser cierto¹⁷³ que no cabe lugar a la ulterior intervención del contrato arral¹⁷⁴. Basta con el cumplimiento parcial, salvo que las partes hayan determinado expresamente que dicho pago también tenga carácter penitencial, pues, una vez verificado, no cabe sino entender

¹⁶⁷ Esto sí lo ha hecho el Código Civil chileno, donde el artículo 1804 indica: “Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual pudieren retractarse perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada la escritura pública de venta o de principiada la entrega”. El mismo plazo de dos meses estaba en el Código de Obligaciones de Marruecos, artículo 249. Vid. *Idem* p. 104 y 105.

¹⁶⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique*, cit. pp. 62 ss.

¹⁶⁹ Contra: GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 104 y 105.

¹⁷⁰ Ciertamente se trata de un criterio constante pero no absolutamente apoyado por la historia del instituto, pues las partes perfectamente podían tener las arras penitenciales por parte del precio, como ocurría con las arras penitenciales de Justiniano y, asimismo, en la *Glossa* y en el Fuero Real. A esto debemos agregar que el criterio “filológico” de la doctrina civilística suizo-germánica les llevó a identificar, en el artículo 158 del Código Federal de las Obligaciones de 1912, a la inversa, las arras-señal con las arras confirmatorias. Vid. QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 753. Acaso se pueden ver razones de índole histórica, donde claramente la ejecución de las prestaciones, completa en todo caso, pone fin a la posibilidad de poenitentia, en las compraventas sine traditio... a que aluden las Observancias de Aragón. Pero en este caso se trataba de un supuesto distinto, pues se refería a una venta imperfecta en combinación con arras penitenciales-obligacionales. Subyace también este criterio en la *Glossa* que exigía, luego de ejecutadas las prestaciones, del mutuo disenso para dejar sin efecto el contrato.

¹⁷¹ Cfr. Código Civil, arts. 1279 y 1462 inc. 2°.

¹⁷² Cfr. Código Civil, arts. 1461 y 1500.

¹⁷³ Cfr. Código Civil, art. 1117.

¹⁷⁴ Vid., en materia de multa penitencial, BADOSA, *Dret d'obligacions*, cit. p. 182.

que la condición se ha cumplido desde el momento que la parte, de cuya voluntad dependía el cumplimiento o la frustración de la condición, prefirió tener el contrato por plenamente eficaz, ya que no podría haber tenido lugar el pago si quien lo ejecutó aún tuviera la obligación por condicional.

V. LAS ARRAS PENITENCIALES Y LA CLÁUSULA PENAL

Aunque el Código Civil español trata las arras penitenciales en el Título IV “Del contrato de compra y venta”, siguiendo en este punto la tendencia tradicional delineada por el *Code*¹⁷⁵, se observa la tendencia moderna de desvincular las arras de un contrato particular para evidenciar su aplicabilidad general¹⁷⁶, disciplinándola cerca de la cláusula penal¹⁷⁷, principalmente, debido a sus significativas similitudes funcionales –especialmente con las arras penales¹⁷⁸–, a pesar de las diferencias estructurales existentes¹⁷⁹.

1. La distinción entre las arras penitenciales –e, incluso, las arras en general–, y la cláusula penal radica en que aquellas tienen naturaleza real y esta convencional. De lo anterior se desprende una gruesa diferencia¹⁸⁰, pues la cláusula penal para el Código Civil es solo una disposición accidental que las partes han agregado al contrato¹⁸¹, en cambio las arras no pueden ser una simple cláusula, sino que, como ya he expuesto, un negocio independiente¹⁸².

Las arras penitenciales –no así ya las demás clases de arras–, aun si consistieran en un simple acuerdo, como propone la doctrina moderna¹⁸³, tampoco dejarían de considerarse como un negocio independiente pues, si fuera una simple cláusula accidental, impediría que el contrato naciera a la vida del Derecho por falta de consentimiento.

¹⁷⁵ Art. 1590, sec. III, Tit. VI, Libro III “De la promesa de venta y las arras”.

¹⁷⁶ GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 103.

¹⁷⁷ Codice Civile, art. 1385; BGB § 336 a 338; Código Suizo de las Obligaciones, arts. 160 a 163.

¹⁷⁸ Vid. LANDO, *Principles of european contract law*, cit. p. 454. En el comentario A, del artículo 9:509, relativo a la cláusula penal (Agreed payment for Non-performance), la ilustración 2 entrega un caso de arras penales sin hacer distinción alguna: “A agrees to sell his house to B, from whom he obtains a deposit for 20 per cent of the price to secure B’s performance of the contract. B refuses to complete the transaction. A may forfeit the deposit”. En realidad la confusión se puede plantear entre la cláusula penal y las arras penitenciales o penales, no con las confirmatorias. Vid. GÓMEZ CALERO, J.: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2ª edición (Editorial Civitas, Madrid, 1983) p. 72.

¹⁷⁹ PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 163.

¹⁸⁰ Contra: GÓMEZ, *Contratos mercantiles*, cit. p. 73.

¹⁸¹ BADOSA, *Dret d’obligacions*, cit. p. 182.

¹⁸² A parte de la posibilidad de que las partes imputen al precio lo dado en concepto de arras penales por el comprador, esta es la única diferencia relevante entre las arras penales y la cláusula penal. Vid. DÁVILA, J.: *La Obligación con cláusula penal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1992, p. 180; RAMOS, E.: *La cláusula penal del pacto resolutorio (aspectos sustantivos y registrales)*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, p. 44; ESPÍN, I.: *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena* (Marcial Pons, Madrid, 1997) pp. 45 ss.

¹⁸³ FOLIGNO: v. “*arra poenentialis*”, t. 16, NDI.

2. Es interesante la posición de Albaladejo¹⁸⁴, para quien el vendedor que recibe las arras y se retracta queda sujeto a una obligación convencional de la misma naturaleza que la cláusula penal. García Cantero¹⁸⁵ replica que de esto habría que colegir que quien recibió el arra, si se arrepiente, debe quedar sometido a las normas de la cláusula penal. En la actualidad no se discute acerca de la sanción del vendedor¹⁸⁶ –lo que sí ocurrió en los orígenes griegos de la institución respecto del vendedor, *accipiens* del arra¹⁸⁷–, pero por muy convencional que efectivamente sea la sanción del vendedor, nada tiene que ver con una cláusula penal, pues la cláusula penal consiste en una prestación subsidiaria a otra principal¹⁸⁸; y, en cambio, la sanción del vendedor es directamente el objeto de su prestación desencadenada, merced a su arrepentimiento, por el mecanismo arral.

3. Me parece evidente la gran diferencia funcional que presentan los institutos respecto de que las arras siempre pueden ser consideradas, además, como anticipo del precio o parte de la indemnización, en su caso, en cambio la cláusula penal nunca podrá tener la consideración de *pars pretii*.

Del otro lado, la mayor coincidencia funcional entre las arras penitenciales del artículo 1454 respecto de la cláusula penal, consiste en que ambas están destinadas a reforzar el vínculo¹⁸⁹, si bien dentro de presupuestos diferentes, pues en un caso hay un vínculo debilitado y en el otro uno completamente eficaz¹⁹⁰.

Si se miran las arras penitenciales como una sanción por el arrepentimiento, vinculada a la condición suspensiva fallida a que estaba sujeto el contrato principal, o bien, si se piensa que hay condición resolutoria cumplida, entendiendo que el pacto de resolubilidad hace que el acuerdo tenga el carácter de simple trato preliminar, resulta que, al igual que las arras penitenciales-obligacionales¹⁹¹ que acompañan los contratos imperfectos, serían una coerción al *ius poenitendi* que convencional y legítimamente corresponde a las partes –de manera que, tal como lo enseña la romanística, las arras penitenciales son siempre penales¹⁹²–. En cambio, la cláusula penal, ya sea solo una liquidación anticipada de los daños y perjuicios¹⁹³, ya sea una sanción penal

¹⁸⁴ ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. 2, vol. 2, 8ª edición (Bosch, Barcelona, 1989) p. 85.

¹⁸⁵ GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 106.

¹⁸⁶ TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 203.

¹⁸⁷ CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 24 y 25.

¹⁸⁸ SANZ, A.: *La cláusula penal en el código civil*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 30; BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 303.

¹⁸⁹ Contra: BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

¹⁹⁰ TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 204. Contra: PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 186; GÓMEZ, *Contratos mercantiles*, cit. p. 72; PINAZO, *Cuadernos de derecho judicial*, cit. p. 350.

¹⁹¹ No admite esta posibilidad: GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 103.

¹⁹² D’ORS, *Las arras en la compraventa*, cit. p. 149 ss.; CARUSI, *Sul frammento L. 38*, cit. p. 305.

¹⁹³ MAS BADÍA, M.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 14; DE AMUNÁTEGUI, C.: *La función liquidadora de la cláusula penal en el tribunal supremo*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 23 ss.; Vid. MARINI, A.: *La clausola penale* (Jovene Editori, Napoli, 1984) pp. 23 ss.

privada¹⁹⁴ –caso en el cual se encontraría otro punto de contacto–, opera ante el hecho ilícito del deudor de incumplir la obligación¹⁹⁵.

4. De cualquier manera, no me parece que la cláusula penal y las arras penitenciales tengan en común el que ambas sean una liquidación anticipada de los daños, en el primer caso por el incumplimiento y en el segundo por la resolución. Dentro de esta doctrina arral, que yo no recojo, parece ser más lógico pensar que quien desiste y soporta la sanción arral no incumple¹⁹⁶, pues su facultad consiste justamente en poder desistir lícita y arbitrariamente; en cambio, la cláusula penal opera siempre por incumplimiento¹⁹⁷. No entiendo, en consecuencia, a quienes viendo en el desistimiento una resolución hacen corresponder las arras penitenciales con una indemnización a la par que el desistimiento es considerado un acto lícito¹⁹⁸, pues, evidentemente, en esta doctrina se configura una radical diferencia entre retractación e incumplimiento¹⁹⁹. En esta órbita de pensamiento, más acertada es la posición de Messineo²⁰⁰, para quien no se trata de una indemnización de perjuicios sino de la contraprestación al derecho de ejercitar la separación del contrato, es decir, el precio²⁰¹ o pena²⁰² de la resolución. Desde mi perspectiva –condición suspensiva–, evidentemente el desistimiento no genera ninguna obligación de indemnizar y la pena arral es exclusivamente una sanción privada.

VI. LAS ARRAS Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

Muy de cerca con la indefinición del artículo 1454 respecto de los límites al ejercicio del *ius poenitendi* y de varias de las consideraciones expuestas sobre la comparación entre arras y cláusula penal, se encuentra el problema de la diferencia entre el desistimiento y el incumplimiento.

1. Como señalé líneas arriba, la doctrina moderna parte de la radical diferencia entre desistir e incumplir²⁰³. De la diferencia se deriva que no proceda indemniza-

¹⁹⁴ BLANCO, J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño* (Dykinson, Madrid, 1996) pp. 51 ss.; ESPÍN, *La cláusula penal*, cit. pp. 16 y ss.; BADOSA, *Dret d'obligacions*, cit. p. 182. En una posición intermedia: SANZ, *La cláusula penal*, cit. pp. 19 a 22.

¹⁹⁵ LOKSAIER, F.: *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux* (Éditions Paguito Lausanne, Suisse, 1985) p. 86.

¹⁹⁶ SANCHO, *Elementos de derecho civil*, cit. pp. 258 ss.

¹⁹⁷ VIVES, G.: *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación* (Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000) p.131.

¹⁹⁸ Vid. HERNÁNDEZ, F.: *Las arras en la contratación* (Salamanca, 1958) p. 69.

¹⁹⁹ TRIMARCHI, v. "caparra", cit. p. 202.

²⁰⁰ MESSINEO, F.: *Doctrina general del contrato*, vol. 1, 3ª edición (Europa-América, Buenos Aires, 1952) p. 529.

²⁰¹ HERNÁNDEZ, *Las arras en la contratación*, cit. p. 70.

²⁰² BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

²⁰³ TRIMARCHI, v. "caparra", cit. p. 202.

ción de perjuicios cuando media el desistimiento²⁰⁴, pues no puede haber resarcimiento del daño tanto en cuanto, como dice Bonet²⁰⁵, “*la parte que se arrepiente viene a encontrarse en el ejercicio legítimo de una facultad propia*”. La verdad es que, desde esta óptica, la sanción arral no solo suple la ejecución, como dice Quintano²⁰⁶, sino que se debe concluir que suple al contrato mismo, que se extingue.

Por ello no es técnicamente aceptable lo que señala Bonet²⁰⁷ acerca de que el carácter de garantía de las arras penitenciales, a pesar de debilitar el vínculo –en su concepto–, provenga del hecho de eximir al acreedor de la necesidad de probar el daño ocasionado por la resolución; me parece que no habiendo una conducta ilícita del deudor no se ve de dónde podría provenir la obligación de indemnizar. Por los mismos motivos, tampoco tiene sentido señalar que la penalidad de las arras penitenciales solo se encuentra cuando el resarcimiento del daño que viene cubierto por la pérdida del arra o su restitución duplicada sea superior al daño cubierto y efectivo que hay que reparar²⁰⁸.

Otro problema es si quien se arrepiente no cumple con la pena arral, pues ahí sí habrá incumplimiento, pero respecto de la obligación penal, no respecto del contrato principal que ya se ha extinguido por el desistimiento, de manera que respecto de este supuesto no se puede decir, como lo hace García Cantero²⁰⁹, que tendrá lugar lo previsto en el artículo 1124. Es más, el propio hecho de la demanda contra el *accipiens* del arra que no realiza la devolución y el pago de *alterum tantum*, implica el pleno reconocimiento de la parte actora respecto de que ha operado el desistimiento no solo generando la sanción sino también extinguiendo el contrato.

Parece, en todo caso, que esta aproximación al asunto, proveniente del texto del artículo 1454, no siempre satisface las intenciones de materializar la justicia por parte de la jurisprudencia, la que no parece exhibir demasiados escrúpulos –con el añadido de alguna relajación conceptual–, en obviar la consecuencia lógica de que las arras penitenciales otorgan tan amplia arbitrariedad para desistir del contrato que es imposible considerar que en una determinada circunstancia no hay desistimiento sino incumplimiento²¹⁰. La doctrina tampoco acoge con demasiado rigor este principio lógico. Eso parece

²⁰⁴ SIERRA GIL, I. (coord.): *Comentario del código civil*, vol. 7 (Bosch, Barcelona, 2000) p. 337.

²⁰⁵ BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

²⁰⁶ QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 757.

²⁰⁷ BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

²⁰⁸ BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

²⁰⁹ GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 105.

²¹⁰ STS 11.3.1997, núm. 185/1997, fund de derecho 2º: “...cualquiera que sea la interpretación de la estipulación del contrato relativa a la primera entrega de un millón de pesetas, ya se considere constitutiva de las arras contempladas en el artículo 1454, ya un anticipo del precio, es evidente que no se puede obviar la disposición concerniente a que si la parte compradora no hiciera honor en las fechas indicadas a los compromisos adquiridos, se entenderá ello como desistimiento del contrato y renuncia voluntaria a la compra de la finca, perdiendo en estos supuestos las cantidades que hubiera entregado hasta aquel momento y quedando el inmueble a libre disposición de la vendedora... el único incumplimiento habido procede de doña María Angeles M. V. y don Alberto A. D., quienes ya no satisficieron la segunda entrega de un millón de pesetas dentro de los cuarenta y cinco día siguientes a la firma del documento”.

desprenderse de la opinión del mismo Quintano²¹¹, para quien, considerando que la obligación ya había nacido, no cabe hablar de inexistencia sino de incumplimiento, lo que reclama una justa reparación, estimando que no hay razón alguna para que las obligaciones queden fuera de las reglas de resarcimiento en caso de dolo, culpa, mora u otra contravención según el artículo 1101. Pero, una vez más, cómo se podrían verificar cualquiera de estos supuestos si la parte que se desiste siempre podrá oponer, sin más, su “lícito” desistimiento.

2. Sin embargo la intuición de Quintano tiene cierta correspondencia con la sinuosa historia de la institución y, de igual forma, con la falta de correlato lógico entre un contrato perfecto y un pacto de retractación. De hecho, me parece que el origen de las arras penitenciales no presentaba tan serias fisuras como la construcción actual y, asimismo, no puede ser coincidencia que las originales se asemejaran mucho más a las actuales arras penales que a las propiamente penitenciales.

En el Derecho Justiniano, la *poenitentia*, en sentido estricto, el derecho de arrepentimiento arbitrario, solo tenía lugar en las ventas *in scriptis* y podía venir sancionada por las arras penitenciales-obligacionales: de ahí que se lea en las fuentes “*poenitentiae locus est*”²¹². Pero en el caso de las ventas perfectas y las arras penitenciales justinianas, solo hay *poenitentia* en un sentido lato, de manera que las fuentes no la mencionan sino que está implícita, refiriéndose, en cambio, directamente al incumplimiento. Así, quien ejercita la *poenitentia* es señalado como el que se rehúsa a cumplir el contrato “*qui recusat adimplere contractum*”²¹³.

Por lo tanto, la *poenitentia* se presentaba de dos formas: como una *facultas poenitentiae*, en el primer caso –contrato imperfecto–; y, como un *factum poenitentiae*²¹⁴, en el segundo –contrato perfecto–.

Evidentemente, en consecuencia, si bien se autoriza el desistimiento de un contrato perfecto, no se trata de un *ius poenitendi*, como en las compraventas imperfectas, sino que dicho desistimiento es un mero hecho que jurídicamente cae dentro de los supuestos de incumplimiento. Lo anterior tiene plena coherencia con el hecho de que la construcción justiniana de las arras penitenciales se basó, en parte, en la *lex commissoria* que podía acompañar las arras clásicas y que, al tiempo de la Compilación, era una cláusula de estilo en los contratos –idea que subyace en el Derecho visigótico y foral, donde las fuentes habitualmente plantean la cuestión desde la perspectiva del cumplimiento–.

En realidad, las arras penitenciales justinianas invocadas para abandonar las ideas de Pothier funcionaban de una manera muy distinta a las actuales: se trataba de un mecanismo de defensa de la parte cumplidora y no de un mecanismo arbitrariamente operado por la incumplidora. La *poenitentia* no era en sí misma un acto de consecuen-

²¹¹ QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 760.

²¹² Cfr. Iust. Inst. 3, 23, pr.; Cod. Iust. 4, 17, 21.

²¹³ Cfr. Iust. Inst. 3, 23, pr.

²¹⁴ CARUSI, *Sull'arra della vendita*, cit. p. 525.

cias jurídicas directas, sino que era el supuesto de hecho que autorizaba a la otra parte para optar entre las consecuencias alternativas de derecho que se presentaban en su favor: la resolución con sanción arral o el cumplimiento del contrato. Así, si el comprador incumplía porque se había arrepentido del negocio, estaba en manos del vendedor optar entre la pena arral y el cumplimiento; pero, a su vez, si el comprador, disuadido por la sanción arral, prefería cumplir el contrato, siempre podía enervar la acción del comprador –lo que constituye una gran diferencia con la *lex commissoria* clásica–, de lo que se sigue que ambas partes podían invocar la perfección del contrato²¹⁵.

El cambio en la consideración del desistimiento, en el Derecho español, comienza a percibirse de manera más bien tardía –si consideramos la prolongada historia del instituto arral–, pues solo a partir del Fuero Real 3, 10, 2, vino a introducirse el arrepentimiento como el acto que, proviniendo de la voluntad arbitraria de la parte incumplidora –“*si el comprador no quisiere pagar el precio*”–, desencadena directamente las consecuencias jurídicas.

3. Todo lo anterior nos viene a demostrar los gruesos fallos que evidencia la construcción del artículo 1454, donde parece que no termina de cuajar la idea de que un contrato perfecto puede ser desconocido por cualquiera de las partes, sin más ulteriores consecuencias que la pena de las arras. Desde el presupuesto de la perfección del contrato, cuesta explicar que el negocio en realidad no tiene eficacia verdadera: ni para exigir el cumplimiento específico; ni para exigir la indemnización de perjuicios.

No se trata, tampoco, como dice Quintano²¹⁶, de que las arras no puedan echar por tierra todo el tratamiento de las obligaciones condicionales, especialmente las que se refieren a la destrucción de la cosa y a la indemnización de los daños: la regulación del artículo 1122 puede llegar a operar, pero siempre que arbitrariamente no se haya optado por el contrato arral.

Si se miran las arras penitenciales como condición suspensiva, no me parece que resulte tan violenta la distinción entre desistimiento e incumplimiento, pues, como la *poenitentia* interviene *pendente condicione* –para ser más exacto, justamente pone fin al estado de pendencia y produce la consecuencia de la extinción del contrato–, no existe posibilidad de aproximar y entremezclar ambos conceptos, pues no se presenta el desistimiento frente a una obligación perfecta y, de esta forma, es claro que tampoco puede haber incumplimiento donde no hubo obligación.

VII. CONCLUSIÓN

En el caso de las arras penitenciales se observa que desde su origen se han insertado en el Derecho de Contratos más que nada por la fuerza de la *praxis*, y, pese al transcurso de los siglos, su incardinación no ha llegado a ser suficientemente aco-

²¹⁵ Vid. DOR'S, “*Arra reagitata*”, cit. pp. 80 y 81.

²¹⁶ QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 760.

modada sino que, por el contrario, aparece cada vez más incómodo justificar su encuadramiento.

Más allá de las denominaciones desistimiento, *deittè*²¹⁷, *recesso*²¹⁸, o, la jurídicamente más expresiva, de *Reurecht*²¹⁹, que recibe el *ius poenitendi* que interviene en las arras penitenciales, sin duda alguna el arrepentimiento de un contrato perfecto no puede ser considerado, en el actual estado de la cuestión, como un derecho pactable –con ello exceptúo los casos en que la posibilidad de desistimiento emana de la propia naturaleza del negocio²²⁰–. En este sentido, el exceso de dogmatismo tendría que llevarnos a circunscribir la función arral a las confirmatorias y las penales²²¹ –y, dicho sea de paso, no nos alejaríamos tanto del molde justiniano, como he expuesto–. Pero seguramente la *praxis* nos volvería a presentar el problema de las arras penitenciales, pues tras siglos de aplicación parece que se debe tener por suficientemente acreditado que han llegado a ser un modo de contratar que es deseado por las partes en el tráfico, las cuales, de no existir el recurso de las arras penitenciales, o bien no realizarían la negociación²²², o bien la realizarían fuera de los márgenes de la protección de la ley; da igual, en ambos casos el Derecho fallaría gravemente. Por ello, pese a mi personal cúmulo de objeciones en esta materia, entiendo que debe arbitrarse un medio adecuado jurídicamente para lograr el resultado, cuando las partes así lo quieran expresamente, de un negocio que si bien tenga trascendencia jurídica, en el sentido de que la retractación no sea impune, a la vez dicha retractación sea admitida sin más consecuencias que las de la sola sanción arral.

En realidad, las partes que contratan con la intervención de arras penitenciales deben tener presente que se trata de un negocio precario del que fundamentalmente emanan meras expectativas, por ello es que no pueden esperar indemnización alguna. Por esta misma razón, si bien las obligaciones se pueden novar, no creo en cambio que se puedan ceder los créditos contractuales, pues su naturaleza los hace personalísimos –las partes recíprocamente quedan sujetas a la decisión arbitraria de la otra, de manera que la consideración de la persona del otro contratante les resulta esencial a la hora de celebrar el contrato–. En todo caso, no se puede decir que el negocio principal sea igual a la nada, como ocurriría con los tratos preliminares a que se tendrían que reconducir las arras penitenciales en cuanto condición resolutoria. Hay un efecto jurídico importante derivado del carácter condicional del contrato: las partes –especialmente el comprador–, podrán impetrar medidas conservativas²²³, como es propio de las obligaciones sujetas a condición suspensiva; aunque deba decir, también, que el contrato, por ser *intuitu personae*, no me parece que sea transmisible a los herederos.

En mi opinión, la correcta incardinación de las arras en el sistema contractual español debe ser la de un contrato real –sin especial énfasis en esto último–, de garantía,

²¹⁷ Vid. LOKSAIER, *La clause pénale*, cit. p. 85.

²¹⁸ Vid. TRIMARCHI, v. "*caparra*", cit. pp. 203 y 204.

²¹⁹ Vid. PINTO, *Cláusula penal*, cit. 1990, pp. 169 y 170.

²²⁰ Ej. Ley 7/1996, arts. 44 y 45, en relación con art. 10.

²²¹ QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 761.

²²² BLASCO GASCÓ, *Cumplimiento del contrato*, cit. p. 51.

²²³ Cfr. Código Civil, art. 1121.

destinado a infligir una sanción privada a la parte que prefiera sufrir esa pena y desistirse del contrato principal, el cual se encuentra, a su vez, sujeto a la condición suspensiva, negativa y simplemente potestativa, de que la parte no escoja aquella opción, llegando a ser cierto que no se optará por las arras desde el momento del principio de ejecución del contrato.

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2005

Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2005
