

# Las arras confirmatorias

(Una omisión del Código civil español)

POR

**DIEGO ESPIN CANOVAS**

*Catedrático de la Facultad de Derecho*

Con el nombre de arras se entiende la transmisión de dinero o de otros objetos que al tiempo de la conclusión de un contrato entrega una de las partes a la otra (1). Pero bajo este nombre se puede hacer referencia a dos instituciones completamente distintas: las arras o bien significan un signo de la conclusión del contrato (arra confirmatoria), o por el contrario atribuyen la facultad de resolver el contrato perdiéndolas (arras penitenciales o «dinero del arrepentimiento»).

El Derecho romano clásico consideró las arras como un medio de prueba de la celebración de un contrato (2), consistente o en objetos (preferentemente anillos) o en una suma de dinero; en el primer caso las arras eran devueltas por el que las recibía cuando el contrato fuese cumplido (3); en el segundo la suma de dinero podía imputarse a la cantidad debida, por ejemplo al precio en las ventas, siendo en este caso no sólo un medio de prueba, sino un principio de cumplimiento del contrato (4). Este carácter normal de las arras podía cambiarse por voluntad de las partes, dándole el carácter de arras penitenciales. Una constitución de Justiniano (C. IV, XXI, 17) atribuyó carácter penitencial a las arras en algunos casos; cuáles sean estos es sumamente discuti-

(1) Cfr. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, trad. esp. II, 1.º, pág. 182.

(2) GAIO, III, 139; D. XVIII, 1,35; I, 3,43, pr.

(3) D. 19,1, 11, 6.

(4) Cfr. LEONI, *Delle promesse*, Arch giur, XVI, págs. 238 ss.



do entre los romanistas, debido a una contradicción, al menos aparente, entre la citada constitución del emperador y un texto de la Instituta (III, XXIII); nos llevaría fuera de los límites impuestos a este trabajo el exponer las diversas interpretaciones dadas a ambos textos, para saber cuáles eran los casos en que las arras tenían carácter penitencial (5); pero prescindiendo de esta innovación justiniana, en general, el Derecho romano vió en las arras una confirmación del contrato.

Las arras confirmatorias además de ser prueba del contrato desempeñan una función de garantía, pues en caso de incumplimiento por culpa de alguna de las partes, la parte culpable las pierde si las entregó, o está obligado a devolverlas duplicadas si las recibió; este carácter de las arras como garantía en caso de inejecución del contrato, parecía a los romanos tan esencial que en el lenguaje vulgar la palabra «arrha» era sinónimo de prenda (6); son por tanto las arras una caución por el resarcimiento del daño, caso de incumplimiento, pero la parte no culpable puede renunciar a las arras y exigir el cumplimiento, porque el carácter confirmatorio de las arras impedía que el deudor pudiese liberarse perdiéndolas (7).

Contrariamente a lo que ocurre con las arras confirmatorias, las arras penitenciales es una institución propia del antiguo Derecho germánico, que permite liberarse de la obligación contraída, constituyendo el llamado «dinero del arrepentimiento» (Reugeld) (8).

Tanto las arras confirmatorias como las penitenciales, han pasado al Derecho moderno, a través de una evolución que no podemos seguir en este lugar; pero mientras en unos países han tenido el triunfo las arras confirmatorias, en otros predominaron las penitenciales.

El Código napoleónico atribuyó carácter penitencial a las arras en las promesas de venta (art. 1590), y parte de la doctrina (9) basándose en el art. 1589, según el cual la promesa de venta vale como venta, quiso extender el carácter liberatorio de las arras al contrato de venta. Pero una exégesis más profunda del art. 1590 ha llevado a establecer que el

(5) Vid. una exposición de las principales teorías en SARFATTI, CAPARRA, *Enc. giur. it.* núm. 11. JOURN afirma que en el derecho romano clásico las arras tenían carácter confirmatorio, pero que en la época postclásica se aceptó íntegramente la teoría griega de las arras penitenciales que acogió Justiniano en su ya citada constitución del año 528 (*Derecho privado romano*, trad. esp. de Prieto Castro, Edit. Labor, pág. 272). En nuestra reciente doctrina romanista parece llegar a análoga conclusión ARIAS RAMOS (*Derecho romano*, 3.<sup>a</sup> ed. pág. 419 y nota 487); IGLESIAS mantiene el carácter confirmatorio de las arras en Derecho romano (*Instituciones de Derecho romano*, II, pág. 122).

(6) AULO GELIO, XVII, 2; PLINIO, H. N. XXXIX, 1, 8; S. ISIDORO, *Orígenes*, V, 25.

(7) SARFATTI, loc. cit. N. 6.

(8) ENNECERUS, II, 1.<sup>o</sup>, 203, n. 5. También parece tuvieron un amplio desarrollo en el derecho griego.

(9) COLMET DE SANTERRE, *Code civil*, VII, 1 bis; HUC, *Code civil*, X; TOULLIER, *Droit civil*, IV, n. 135.

carácter penitencial atribuído por este precepto a las arras no es más que una interpretación de la voluntad presunta de las partes, y que por tanto cuando estas quieran darle el carácter de medio de prueba o de entrega a cuenta del precio, debe caer por su base dicha presunción, por ser *iuris tantum* (10).

El Código italiano de 1865, apartándose en este punto del francés dió una reglamentación nueva a la materia: por de pronto en vez de tratar de las arras en las disposiciones de la compraventa, dándoles carácter general las llevó a la doctrina general de las obligaciones, incluyéndolas en las obligaciones con cláusula penal. Dice el at. 1217 que «cuando no resulte una intención distinta de los contratantes lo que se dé anticipadamente en la celebración del contrato, se considerará como una garantía para el resarcimiento de daños en caso de incumplimiento de lo convenido, y se llama arras». El carácter confirmatorio de las arras aparece claramente en este precepto, pero a fin de evitar toda duda, añade el mismo en su párrafo 2.º que «la parte que no tuviese culpa, si no prefiriese obtener el cumplimiento del contrato, podrá retener las arras recibidas o pedir el doble de las que hubiese dado», con lo cual se quita la posibilidad a la parte que incumplió, de liberarse de las consecuencias de su incumplimiento abandonando las arras recibidas o devolviéndolas duplicadas, ya que la otra parte puede pretender el cumplimiento (11). Es por tanto indudable que bajo el imperio del Código italiano derogado, y salvo pacto en contrario de las partes, las arras tenían carácter confirmatorio.

En el nuevo Código italiano de 1942, se ha regulado más ampliamente esta cuestión, dedicándole dos artículos, en que separadamente, se trata de las arras confirmatorias y de las penitenciales, aclarando así muchas dudas que planteaba la anterior legislación. Según el art. 1385, que lleva por epígrafe «arra confirmatoria», «Si en el momento de la celebración del contrato, una parte da a la otra, a título de arras, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, las arras, en caso de cumplimiento deben ser restituidas o imputadas a la prestación debida. Si la parte que ha dado las arras incumple, la otra puede desistir del contrato, reteniendo las arras; si la que incumple es por el contrario la parte que las ha recibido, la otra puede resolver el contrato y exigir el doble de las arras. Si por el contrario, la parte que no ha incumplido prefiere pedir la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regula por las normas generales».

(10) Cfr. PLANIOL, *Traité el. II*, pág. 470; COLIN Y CAPITANT, *Curso de Derecho civil*, trad. esp., IV, pág. 28; JOSSEBRAND, *Cours de Droit civil*, 2.ª Ed. n.º 1067.

(11) RUGGIERO, *Inst. de derecho civil*, trad. esp., II (Madrid, 1931), pág. 163; RUGGIERO-MAROI, *Inst. di dir. priv.*, 5.ª ed. (Milano, 1941), pág. 593; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, trad. esp., V, pág. 499.

En el art. siguiente se regulan, en cambio, las arras penitenciales diciendo que «Si en el contrato se estipula el derecho de resolución para una o para ambas partes, las arras tienen solamente la función de compensación por la resolución. En este caso, el que utiliza la resolución pierde las arras entregadas o debe restituir el doble de las recibidas».

El nuevo Código, no solamente ha eliminado toda posible duda sobre el carácter confirmatorio de las arras que regulaba el anterior Código, sino que introduce un nuevo precepto para las arras penitenciales, además de resolver antiguas dudas sobre la posibilidad de reclamar daños superiores al importe de las arras, en el caso de que la parte que no incumplió prefiera pedir la ejecución o resolución del contrato (12).

En el Derecho patrio anterior al Código, se conocían las dos clases de arras, confirmatorias y penitenciales. En efecto, la ley 7, título 5.º, partida 5.ª, dice que «señal dan los omes unos a otros en las compras, e acaesce después que se arrepiente alguno. E' pos ende decimos, que si el comprador se arrepiente después que dá señal, que la deve perder. Mas si el vendedor se arrepiente después deve tornar la señal doblada al comprador en non valdrá después la vendida. Pero si quando el comprador dió la señal, dixo assi: que la dava por señal e por parte del precio, o por otorgamiento, estonce non se puede arrepentir ninguno dellos, ni desfacer, la vendida que non vale». Según SÁNCHEZ ROMÁN (13), para que la entrega de algunas cantidades por parte del comprador al vendedor se repunte arras de las que permiten el arrepentimiento, es indispensable, con arreglo a la citada Ley de Partidas, que así resulte expresamente estipulado, y en defecto de pacto expreso se debe presumir que son parte del precio.

El Proyecto de Código civil de 1851, apartándose abiertamente del Código francés, estableció que «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» (art. 1376), tal vez por influjo de GARCÍA GOYENA, quien en los comentarios al citado proyecto dice que arras «se dan casi siempre estando ya perfecto el contrato y para darle en cierto modo mayor firmeza: no deben pues, convertirse en medios o instrumentos para su rescisión» (14). Resulta claro del citado precepto que se hace referencia a las arras confirmatorias.

Con estas breves indicaciones a modo de antecedente, vamos a examinar la posición de nuestro Código civil, respecto de las arras. Sigue la orientación clásica de incluir la regulación de las mismas en materia

(12) V. BARASSI, *La teoría generale delle obbligazioni*, vol. III (Milano, 1946), pág. 1225.

(13) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, 2.ª edición, IV, pág. 576.

(14) Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Comentario al artículo 1376.

de compraventa y dispone que «si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compraventa, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas» (artículo 1454). Este precepto evidentemente está contemplando las arras penitenciales, pero el desconocimiento por la Ley de la existencia de las arras confirmatorias ha hecho que nuestra doctrina, interprete este artículo de forma menos absoluta que la que se deduce de una mera exégesis literal del mismo (15), diciendo que se trata de una regla interpretativa de la voluntad de las partes, que por tanto debe ceder ante la voluntad contraria de las mismas, análogamente a como hace parte de la doctrina francesa, respecto del artículo 1590 del Código napoleónico.

Tenemos pues, por cierto, que el carácter confirmatorio o liberatorio de las arras en el Derecho civil español, dependerá de la voluntad de las partes; es por tanto una cuestión de mero hecho que habrán de apreciar los Tribunales, indagando dicha voluntad.

El Tribunal Supremo parece inspirarse en esta doctrina, pues excluye la aplicación del artículo 1454, en el caso de simple entrega de cantidad a cuenta del precio (sentencias de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 8 de julio de 1933, 5 de junio de 1945, 22 de octubre de 1948 y 22 de febrero de 1949).

Por tanto, según el común sentir de la doctrina y la jurisprudencia patria, se puede pactar válidamente el carácter confirmatorio de las arras, no obstante no se aluda a ellas expresamente en el Código, ya que con ello las partes hacen uso de un derecho que les está reconocido (art. 1255). Y en defecto de pacto expreso, será menester investigar cuál fué su voluntad, haciendo aplicación del artículo 1454 sólo en el caso de que ésta fuera la de establecer un medio de liberarse del cumplimiento de la obligación.

Veamos brevemente cuál es la naturaleza jurídica de las arras confirmatorias.

El primer problema que se nos plantea es el de la relación que existe entre las arras y la pena convencional u obligación con cláusula penal, como la denomina nuestro Código civil. Pero en la pena convencional, hay que distinguir, ante todo, paralelamente a cuanto ocurre en las arras, según que se haya establecido como modo de reforzar el cumplimiento de la obligación (*stipulatio poene*) o como pena para el caso de que las partes se hayan reservado el derecho de resolver la obligación mediante el pago de la pena pactada (*multa penitencial*); prescindiendo

(15) DE DIEGO, *Inst. de der. civ. esp.*, II, 163; CASTÁN, *Der. civ. esp., común y foral*, 6.ª ed., III, 25; DE BUEN, *Anotaciones a Colón y Capitant*, IV, 71; MANRESA, *Comentario al artículo 1454*.

de esta última, cuya finalidad se corresponde con la de las arras penitenciales, veamos la naturaleza de la *stipulatio poene* (16).

En el Derecho romano la cláusula penal, tiene el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación y con este carácter pasó al Derecho moderno, como lo reveló la clásica definición de POTHIER, según el cual la pena convencional, es aquella estipulación por la cual «una persona para asegurar la ejecución de una obligación se obliga como pena, a alguna cosa, caso de incumplimiento de la misma» (17), definición que sirvió de base al legislador francés (art. 1226) e italiano (art. 1209 del Código de 1865), para configurar la cláusula penal.

El legislador español, aunque no reproduce la definición de Pothier, recoge el mismo concepto al no permitir al deudor que se exima de cumplir la obligación, pagando la pena, con lo cual rechaza el carácter de multa penitencial (salvo que se establezca dicho carácter por pacto expreso (art. 1153), para darle el de garantía del cumplimiento de una obligación. En efecto, el art. 115, prop. 1, dispone que «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».

Ahora bien, ¿qué diferencia separa la pena convencional y las arras confirmatorias? Resulta de lo dicho que, la cláusula penal tiende a reforzar el vínculo obligatorio (18), mediante la presión que sobre el deudor se ejerce al conminarle con un determinado perjuicio para el caso de incumplimiento de la obligación, perjuicio que debe exceder a la indemnización que correspondería por dicho incumplimiento para que la obligación tenga verdaderamente el carácter de pena, y produzca la coacción deseada (19).

Pues bien, las arras confirmatorias cumplen la misma función de garantía de la obligación que la pena convencional, ya que no sólo representan un signo o señal de haberse celebrado un contrato, sino que tradicionalmente conceden, en caso de incumplimiento imputable a una de las partes, el derecho a la parte no culpable de quedarse con las arras recibidas, o exigir el doble si las entregó, a título de indemnización, sino prefiere exigir el cumplimiento del contrato.

Por consiguiente, la pena convencional y las arras confirmatorias producen una misma función de garantía de la obligación, lo que ha lleva-

(16) Vid. sobre la cláusula penal, además de las obras generales, nuestro trabajo, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, Revista Der. Priv., XXX (1946), pág. 145 y Roca Sastre, *Estudios*, I, pág. 269.

(17) *Oblig.*, II, n. 338.

(18) Cfr. SAVIGNY, *Oblig.*, II, págs. 251, ss., trad. it.

(19) Cfr. RUGGIERO, *Inst.*, trad. esp., II, 160; v. Tuhr ob. cit., II, 235; y nuestro citado trabajo, donde con más amplitud nos ocupamos de este punto.

do, a parte de la doctrina (20), a considerar dichas arras como una especie de la cláusula penal. Esto ha hecho también el Código italiano del 65 (y reproduce el nuevo Código) al incluir las arras entre las disposiciones de la pena convencional. Sin embargo, aparte otras posible diferencias, media entre ambas instituciones la fundamental de que mientras la pena convencional es una promesa de dar, en cambio las arras consisten en una entrega actual.

Dada la deficiente reglamentación de las arras en nuestro Código civil, habrá que estar a lo estipulado por las partes para precisar no sólo de qué clase de arras se trate (confirmatorias o penitenciales), sino para precisar los efectos de las arras confirmatorias: pueden mediar arras o señal como mera prueba de la celebración del contrato y caso de consistir en dinero, ser ya un principio de ejecución del mismo, que en caso de incumplimiento nada prejuzgue respecto a la correspondiente indemnización (21); pueden también darse arras, como caución para el caso de incumplimiento y en tal caso atribuirseles el carácter de liquidación preventiva de la prestación de resarcimiento. Creemos que en defecto de pacto podrán ser aplicables a las arras confirmatorias, las disposiciones que el Código civil dicta, respecto de la cláusula penal (arts. 1152 a 1155), dada la identidad de función que ambas desempeñan, con las naturales adaptaciones (22).

Sería de desear que en beneficio de la claridad de una institución que dá amplio margen a la mala fe de las partes, se restableciese en nuestro Derecho la dualidad de arras que contenía nuestra Ley de Partidas, y que nuestro legislador omitió, preocupado tan sólo de copiar al Código francés.

---

(20) SARFATTI, loc. cit., n. 23; DE CRESCENCIO-FERRINI, loc. cit., n. 359; SCAEVOLA, *Comentarios al Código civil*, T. 23, pág. 363, pero con notorio error, ya que identifica las arras del artículo 1454, es decir, las penitenciales, con las obligaciones de los artículos 1152 y siguientes, es decir, con la pena convencional de carácter confirmatorio.

(21) En este sentido regula las arras nuestro Código de Comercio, según cuyo art. 343, «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».

(22) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, loc. cit.