

LECCIÓN MAGISTRAL:

La precedencia entre arras confirmatorias y de desistimiento en la jurisprudencia

Manuel Albaladejo García*

I. El tema y su solución

El tema de que me voy a ocupar es el de si por el hecho de haber mediado arras en un contrato, ya se puede desistir del mismo o si para esto hace falta que aparezca que son arras queridas para poder desistir.

Porque el artículo 1454 del Código Civil español,¹ ¿es para aplicar sólo cuando se sabe ya con certeza que las arras son de desistimiento o lo es para aplicar siempre que haya arras, salvo que se sepa que no son de desistimiento? O, preguntado de otra manera: el artículo 1454 del Código español ¿rige únicamente cuando se conoce con seguridad que las arras establecidas son de desistimiento, con lo cual antes de aplicarlo hay que haber averiguado que lo son, o es de aplicación, sin meterse en más averiguaciones, tan pronto como se hayan establecido arras?

Yo creo que si no hay sólo entrega, sino que se declara hacer ésta como arras, aunque no se especifique qué arras se quieren, debe de aplicarse el art. 1454,² ya que estando como supletorio, o, si se quiere, para aplicar en caso de duda, está para las arras cuando no conste que sean de otra clase.

El asunto de decidir ante qué arras se está es de capital importancia por la diferencia de efectos que acarrear unas u otras; las confirmatorias, sólo probar la existencia del contrato,

* Catedrático de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid; Miembro de la Comisión General de Codificación; Académico de Número y Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y de la de Cataluña.

¹ Cuyo equivalente en el de Puerto Rico es el 1343. CÓDIGO CIVIL [C. Civ.] art. 1343 (P.R.), 31 L.P.R.A. § 3750: "Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse al contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas."

² *Id.*

las de desistimiento, poder separarse de él pagándolas y las penales, no liberarse de cumplirlo, sino en caso de no hacerlo sufrirlas como castigo del incumplimiento, aparte de otras consecuencias posibles y de que el interesado pueda ser obligado al cumplimiento forzoso.

II. El problema, la abundante jurisprudencia recaída y la importancia de la solución

La jurisprudencia recaída sobre arras en España es muy abundante, llega a cerca de tres cuartos de centenar de sentencias, de las cuales algunas no tienen utilidad para las cuestiones que la figura plantea, pero la mayor parte sí. En las más de las sentencias se resuelve de un modo u otro qué arras, si las simplemente confirmatorias o las de desistimiento, son las que se establecen en el caso de que existieran arras, pero no se hubiese dicho de qué tipo, ni apareciera del contexto del contrato las que eran queridas por los contratantes. Es decir, las sentencias han resuelto si en la duda, provocada por la falta de especificación, debe de estimarse que las dispuestas son simplemente confirmatorias o de desistimiento.³

Antes de seguir, quiero dejar bien claro que, como toda entrega, aunque sólo sea como un primer pago del precio total, hace ver que ya se concluyó el contrato, y así confirma la existencia de éste, toda entrega, aunque no se haga con propósito de dar arras, se puede calificar de arras *confirmatorias*; y así lo resolvió, por ejemplo, la reciente sentencia española de 7 de noviembre de 1995 cuando, sin que las partes hablasen para nada de arras, sino que lo entregado lo fue “a cuenta del precio”, dice el Tribunal Supremo español en el Fundamento de Derecho 2º de la sentencia que “dicha entrega tiene la naturaleza de *arras confirmatorias*.” La misma naturaleza tiene la entrega hecha con el simple propósito *así expresado*, de hacer

³ En cuánto a cuándo deban estimarse penales y qué lugar les corresponde, en caso de duda, en la escala de precedencia, también lo veré, pero en otro estudio. Ahora basta consignar que las sentencias que resuelven la precedencia suelen referirse a la duda entre arras confirmatorias y de desistimiento.

patente la conclusión del contrato. Las arras en esos dos casos son única y exclusivamente confirmatorias porque su eficacia se reduce sólo a la confirmación. Ahora bien, cuando no son eso únicamente, sino que, además, bien permiten desistir del contrato, bien castigan el incumplimiento, son arras de desistimiento o penales respectivamente, pero igualmente son confirmatorias a la vez, porque, aparte del desistimiento que autorizan o del castigo con que amenazan, hacen ver asimismo que el contrato se concluyó.

Como he dicho, la entrega revela el contrato. Por eso puede ser calificada, con mayor o menor rigor, de arras confirmatorias, aunque no se denominen arras y aunque no se haya hecho con voluntad de revelar el contrato. En todo caso, lo más que muestra por sí la entrega es la voluntad de que se vea la conclusión del contrato. Pero la entrega no va más allá. Por ella misma no revela facultad de desistir ni constituye, en el sentido estricto de la palabra, unas arras por cuya existencia dé la ley la facultad de desistir si las partes no la han excluido.⁴

III. La imprecisión de las cláusulas de arras, culpable de las dudas

Si los contratos se redactasen con la suficiente expresividad, se ahorraría cualquier duda, así por ejemplo: explicando que lo que se entrega son arras, pero sin ni con facultad de desistir ni como pena, sino sólo como simple prueba del contrato y a contar como adelanto del precio acordado. Es decir, sin

⁴ Varias sentencias del Tribunal Supremo español, como las del 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 16 de enero de 1933 y 2 de diciembre de 1988 han afirmado que entregas a cuenta del precio no son arras; y así se sigue también de lo resuelto por el Tribunal Supremo puertorriqueño en el caso Caballero v. Kogan, 73 D.P.R. 666, 679 (1952), pero obviamente lo dicen no para excluir que lo sean en el sentido amplio de hacer patente la conclusión del contrato, sino para desechar que sean arras que permitan el desistimiento según el artículo 1454 del Código Civil español, (C. Civ. P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750). Por su parte, alguna otra sentencia española como la del 26 de junio de 1995, llama repetidamente "arras confirmatorias", en ese sentido de que hacen patente la conclusión del contrato, a lo que fue una simple entrega sin concepto de arras, sino puramente, como decía el contrato, entrega "a cuenta del pago del precio".

trascendencia otra alguna como no sea la de poner de relieve que se alcanzó el acuerdo contractual, donde se verían claramente arras únicamente confirmatorias; o bien, manifestando que perdiendo las arras el que las da o devolviéndolas duplicadas el que las toma, uno u otro pueden desligarse del contrato, donde se verían claramente arras de desistimiento; o bien, por último, declarando que ambas partes quedan obligadas al cumplimiento, sin que por avenirse a perder las arras quepa liberarse de él, si bien incumpléndolo, las arras harán de pena por el incumplimiento, donde se verían claramente arras penales.

Pero, por raro que parezca, las cosas no son así, sino que con mucha frecuencia los contratantes se limitan a decir que se entregan arras o se da señal o que el comprador da al vendedor cierta cantidad como arras y señal o como arras o señal y parte del precio, etc. Así se deja en la duda qué arras se han querido. Todo esto aparte de las veces que los contratantes simplemente dicen, sin más, que entregan una cantidad.

IV. La obvia regla de aplicación de los preceptos sobre interpretación y la inutilidad del artículo 1289 del Código español⁵

Ante ello hay una regla obvia y que el Tribunal Supremo español ha recordado con insistencia: la de que procede interpretar el contrato que sea, para tratar de averiguar qué arras tuvieron las partes voluntad de pactar, aplicando para ello las reglas de interpretación del Código Civil.

⁵ C. Civ. P.R. art. 1241, 31 L.P.R.A. § 3479:

Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en las secciones precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en esta sección recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

Esto presupuesto, si se logra aclarar cuáles fueron las arras queridas, se acaba el problema porque se aplican ellas. Pero ¿y si no?

El art. 1289 del Código Civil español⁶ no viene a cuento en el presente tema ni en su segundo párrafo porque las arras no son el objeto principal del contrato, ni en el primer párrafo, porque no se trata ni de que haya la menor transmisión de intereses ni la mayor, sino de si se está ante unas arras o ante otras.

V. Argumentos que en abstracto justificarían cada uno la precedencia de un tipo de arras

La jurisprudencia española, como he dicho, se ha pronunciado reiteradísimo sobre el tema, pero antes de entrar en su examen quiero decir que, en mi opinión, tanto las arras puramente confirmatorias, como las penales, como las de desistimiento, tienen cada una por su parte un argumento a favor de que, en la duda, sea preferida una de ellas:

- 1º. Las puramente confirmatorias, el argumento de que, a menos que conste otra voluntad, el dar algo debe de entenderse simplemente como entrega, es decir, como adelanto, pues no hay razón para pensar otra cosa, bien que ello revele que ya se cerró el contrato; luego, pueden ser calificadas de arras confirmatorias que, además, es lo de menores efectos, que son los que deben ser estimados a falta de que consten queridos otros mayores.
- 2º. Las penales, el argumento de que si se ve que las arras queridas no son puramente confirmatorias, es más lógico pensar que el contrato se quiere para que obligue definitivamente, que es para lo que suele quererse todo contrato, y no para que se pueda desistir de él; luego que, salvo que aparezca otra voluntad, las arras son penales para si se incumple y no de desistimiento.

⁶ *Id.*

3º. Por último, las de desistimiento tienen a su favor la literalidad del art. 1454 del Código Civil español⁷ que al disponer, sin más salvedad, que “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”, no establece distinción alguna, de modo que parece expresar que al mediar arras se entienden de desistimiento (salvo, obviamente que aparezca voluntad de querer otras). No otra cosa parece significar la frase de que “si median podrá desistirse del contrato”. Y aparte de eso se puede alegar que como el Código Civil llama arras sólo a las de desistimiento, si los particulares hablan de arras en documentos legales, lo más lógico es pensar que se refieren a ellas.

A mí no me cabe duda de que leído ese texto por quien, aun sabiendo qué son arras y sus clases, fuese profano en Derecho, sin duda opinaría que, de entrada, la ley supone que cuando se pactan arras se entiende haberlas pactado de desistimiento, si no consta que se quieren otras. Si bien esta última salvedad no la hace el artículo, como es obvio que no es un precepto imperativo, siempre hay que sobreentenderla; luego, resulta que la ley las presume de desistimiento, salvo que aparezca otra voluntad.

VI. Precisiones sobre la letra del artículo 1454 del Código Civil español⁸

Antes de seguir, quizás conviene aclarar para mayor ilustración del hipotético lector profano del párrafo anterior, que:

1º. Cuando el texto dice “rescindir”, usa este término inexactamente, pues sin duda que el caso no es de

⁷ C. Civil P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750.

⁸ *Id.*

“rescisión”, sino que está claro que “rescindir” significa ahí “desistir” del contrato o “apartarse” de él o con terminología más rigurosa, “resolverlo”.

2º. Cuando habla de perder las arras el “comprador”, da por supuesto que fue éste quien dio las arras, lo que en teoría puede no ser así, porque también cabría que las diese el vendedor, pero la cosa es tan insólita en la práctica, que no se ha pensado en ella, aunque si se diese, ciertamente se aplicaría al vendedor la misma regla dicha en la ley para el comprador.

3º. Cuando dice el texto que del contrato puede desistir el vendedor devolviendo las arras “duplicadas” (o se sobreentiende, devolviéndolas duplicadas el comprador, si es que, insólitamente, fue el vendedor quien dio las arras), es obvio que no se trata de dar el “doble” que el otro sino de que, desistiendo del contrato quien las recibió, ha de devolver lo que recibió y además pagar *otro tanto*.

4º. Por último, que aunque la ley toca las arras sólo en tema de compraventa, es claro que por analogía lo que dice vale para otros contratos en que se pacten.

Con lo anterior he informado al profano y ahora sigo.

VII. La jurisprudencia española que afirma la precedencia de las arras confirmatorias sobre las de desistimiento

Parte de la jurisprudencia española afirma que antes deben considerarse queridas las arras confirmatorias que las de desistimiento; y esa solución se apoya: *primero*, en que, como ya he advertido, no constando ser de desistimiento, en lugar de atribuirles unos efectos que no es seguro que sean queridos, es preferible entenderlas como confirmatorias, que no van más allá de exclusivamente producir la entrega de la cosa sin más efectos, revelando simplemente perfección del contrato y constituyendo sólo un adelanto de la suma debida; *segundo*, en que cuando se dice sólo que se entregan arras, parece que no debe apreciarse derecho a desistir, que no resulta concedido en la cláusula en que las arras se estipulan; *tercero*, en que para que

se estime que las arras son de desistimiento, debe de constar la voluntad de que lo sean; *cuarto*, en que aunque el artículo 1454 dé la impresión de que por la simple entrega de arras concede, salvo voluntad contraria, el derecho a desistir porque así lo dispone la ley con independencia de que lo hayan establecido las partes, la verdad no es, sin embargo, esa, porque el espíritu real del precepto es que se entiendan de desistimiento sólo cuando las arras que se den se vea que lo son, no como puras arras confirmatorias o estricta entrega que simplemente confirme el contrato y dé comienzo a su cumplimiento; y *quinto y último*, en que la aceptación de las arras de desistimiento requiere un tratamiento restrictivo porque lo normal es que los contratos se celebren para que su cumplimiento no pueda ser eludido.

Bastantes sentencias españolas de las menos recientes, y la mayoría de las más modernas, de un modo u otro abonan la tesis de que en caso de duda hay que considerar las arras como confirmatorias, y nada más, o que hay que considerarlas tales si no consta que son de desistimiento. Así las de 22 de octubre de 1948, 22 de octubre de 1954, 15 de octubre de 1956, 7 de febrero de 1966, 16 de diciembre de 1970, 29 de octubre de 1976, 14 de diciembre de 1977, 7 de julio de 1978, 17 de febrero de 1982, 10 de noviembre de 1983, 10 de marzo y 12 de julio de 1986, 30 de abril y 2 de diciembre de 1988 (que aunque dice que para que se aprecien arras debe constar la voluntad de arras, sin agregar que *penitenciales*, es decir, de desistimiento, se ve que persigue exigir a los contratantes expresar la voluntad de éstas como contrapuesta a la simple entrega); 9 de marzo de 1989, 12 de diciembre de 1991; 6 de febrero, 3 y 16 de marzo de 1992 (que mantiene la necesidad de que conste la voluntad de desistimiento, afirmando que se da en el caso, cuando la verdad es que en él no consta, y sólo hay que se dan arras);⁹ 24 de abril,

⁹ La verdad que es sumamente sencillo con sentencias como ésta, defender la tesis de que no basta que conste la voluntad de arras, sino que debe *además* de constar que las queridas son de desistimiento; y es en efecto muy sencillo porque el asunto se arregla con entender que, con que conste la voluntad de arras ya consta la voluntad de que sean de desistimiento, lo cual sería lo mismo que mantener el criterio de que para que las arras sean de desistimiento basta que se vea voluntad de arras.

En el caso juzgado por la presente sentencia la vendedora y el comprador habían otorgado un documento privado suscrito por ambos en el que se decía “He recibido de D.F.A.M. la cantidad de 100.000 Ptas, en talón nominativo número 07219225 del Banco de Bilbao como *señal y parte del precio* del piso de mi propiedad X por la cantidad total de 9.250.000 Ptas. cuya escritura de compraventa se formalizará en la primera semana de julio de 1987[...].”

Como puede apreciarse, se dice que lo dado es “señal”, sinónimo de *arras*, pero por ningún lado aparece que haya en el caso expresión de voluntad de que tales arras sean de desistimiento. Luego, eso choca con el criterio de las sentencias que vienen manteniendo que ha de constar la voluntad de poder desistir. A la vista de lo cual, esta sentencia habría que enumerarla entre las que defienden que para poder desistir basta que haya voluntad de arras. Lo que, sin embargo, tropieza con el obstáculo de que la propia sentencia exige la voluntad de desistir, sacándose de la manga que existía esa voluntad en el caso. Ello sin duda lo hace por, sin contradecir el espíritu de la jurisprudencia más consagrada, salvar sin embargo, la equidad en juego. Se trataba, en efecto, de que a los pocos días de la venta la vendedora dirigió una carta al comprador desistiendo de aquélla por resultar sumamente perjudicial para sus intereses. En dicha carta se expresaban como razones de su contenido las siguientes, expuestas en síntesis: -que había obrado precipitadamente, como consecuencia de la inexperiencia y actuado sin consejo y asesoramiento jurídico-; -que la intención de la venta era adquirir, con sus productos, una vivienda pequeña y ayudar, con el dinero sobrante, a su modesta economía-; -que al iniciar las gestiones de compra en el mercado inmobiliario, los actuales precios de los inmuebles eran tan elevados, que apenas tendría para adquirir una nueva vivienda-; que el coste fiscal de la operación sería extraordinariamente gravoso, dado el bajísimo costo de compra del piso, lo que produciría una importante plusvalía gravada en el impuesto sobre la renta de las personas físicas-; -que todo ello supondría la imposibilidad de hacer frente al pago de los diferentes impuestos, puesto que la compra de una nueva vivienda agotaría lo obtenido en la venta del piso, representando éste su único patrimonio, junto a una modestísima pensión mensual. A la vez la vendedora ofrecía al comprador el cheque que recibió, aún no hecho efectivo, y la indemnización que la ley estableciese. El comprador promovió juicio contra la vendedora exigiéndole el cumplimiento del contrato y otorgamiento de la correspondiente escritura pública. La vendedora formuló reconvencción pidiendo la resolución del contrato y que se declarase que correspondía la devolución de las arras duplicadas. El Juzgado sentenció que procedía esto. La Audiencia revocó la sentencia de la Primera Instancia y falló a favor del cumplimiento de la venta, siendo esta sentencia casada por el Tribunal Supremo y confirmada la de Juzgado. La razón del Tribunal Supremo era que la interpretación realizada por la Audiencia era ilógica con infracción de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, porque se utilizaba la palabra “señal” que es la que se emplea en el artículo 1454 del Código Civil en equivalencia con la palabra “arras”; que entender que significaba una mera entrega a cuenta del precio significaría una notoria redundancia. La palabra “señal” tiene distintas significaciones y tanto puede significar arras como entrega a cuenta. Así aparece desde nuestros textos históricos y la fórmula utilizada en el contrato es casi una cláusula de estilo, que la jurisprudencia y la doctrina han estado hasta ahora (y después de esta sentencia también) de acuerdo en entender que por sí sola no puede determinar qué es lo que quisieron las partes. Otra de las razones alegadas por la vendedora era la insignificancia de la cantidad dada en relación con el total del precio. Verdaderamente reconozco que se

31 de julio, 28 de septiembre, 3 de octubre (que es incongruente porque para requerir la voluntad de desistimiento que exige, se apoya en la de 1 de abril de 1958, que no la pide) y 24 de

me escapa que la proporción de aquella con el precio pueda dar lugar a determinar si se trata de arras o de pago de parte del precio. Un dato más lo constituye el que rápidamente se trató del desistimiento enviando poco después de la fecha del contrato la carta a la que antes se ha hecho referencia y que el cheque no se cobró. Creo que ninguno de estos extremos significa tampoco nada especial en cuanto al tema que nos ocupa; arras o parte del precio, no hay diferencia para cobrar el talón, pues no era preciso devolver (en caso de entender que se trataba de arras que permitieran desistir) el instrumento de pago, sino la cantidad de unidades monetarias que en él figuraban. Lo mismo para la carta que se envió por conducto notarial. Ambos extremos sólo prueban una cosa, que la vendedora cambió pronto de opinión, pero no que legalmente le fuera lícito hacerlo. El último dato que subraya la vendedora es el de que de haberse tratado de una venta en firme la escritura no se habría otorgado en julio, sino antes, aunque esta fuera la fecha pactada para la entrega del piso. Tampoco la mayor o menor lejanía de la fecha pactada para elevar a escritura pública el contrato privado significa nada concluyente. Más aún, cuando se da la circunstancia que la propia sentencia recoge que el comprador no vivía en Madrid, donde pensaba residir porque su trabajo le obligaba a instalarse en esta ciudad más o menos en las fechas fijadas para la entrega del piso y otorgamiento de escritura. Parece, pues que la decisión del Tribunal Supremo, en el fondo, no ha sido guiada por los argumentos que maneja, sino por otros mucho más sencillos. La venta que se realizó lo fue por un precio muy inferior al del mercado de inmuebles que en ese momento ya estaba con una clara tendencia al alza; suponía un estupendo negocio comprar un piso de esas características por un precio acordado (es más en la sentencia se habla también de una plaza de garaje, y aunque no queda claro si es así o no, parece que estaba incluida en el paquete de la venta, con lo que el precio resultaría aun más barato). La vendedora, como pone de manifiesto en su carta, sufriría unos grandes perjuicios económicos, siendo una persona de economía débil y sin ningún tipo de experiencia en este tipo de transacciones. Así pues, nuestro Tribunal Supremo estimó que semejante venta procedía de un error de hecho (desconocimiento absoluto del mercado inmobiliario y sus fluctuaciones, siquiera sea mínimamente) y que el no apreciarlo suponía, en cambio para la otra parte un enriquecimiento injusto, contrario absolutamente a la equidad. Esto probablemente no se sostendría de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico y quizás por eso se ha mantenido que se trataba de arras de desistimiento.

Todas las razones que da la sentencia estarán lo bien que estén, si es que lo están, pero de lo que no cabe duda es de que cuando en otras circunstancias y en esta propia, se viene exigiendo para admitir las arras de desistimiento que conste la voluntad de otorgar el derecho a desistir, tal requisito no se cumple cuando el documento del caso dice que el cheque que se entrega es "como señal y parte del precio".

Sobre la sentencia presente puede verse ARIAS PAZ, 29 CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL [C.C.J.C.] 415 Y SS. (abril-junio 1992)., y DÍAZ ALABART, *La cláusula penal y las arras*, en CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, el Contrato de Compraventa 302 y ss (1993).

diciembre de 1992; 8 de febrero, 14 de mayo, 19 de octubre y 11 de diciembre de 1993; 15 de marzo, 10 y 21 de junio, 5 de julio y 23 de noviembre de 1994; 25 de marzo, 22 de abril y 30 de diciembre de 1995.

VIII. La jurisprudencia española que afirma la precedencia de las de desistimiento sobre las confirmatorias

Por el contrario, otras sentencias sostienen que para poder desistir del contrato basta que medien arras. Si bien si, aun mediando, se demuestra que no se quisieron de desistimiento, habrá que entender que sólo fueron confirmatorias. Pero no apareciendo (o no apareciendo “con claridad”, dicen otras sentencias) cuáles son queridas, hay que estar a que lo fueron de desistimiento, porque el artículo 1454 ciertamente es supletorio y admite voluntad contraria, pero en defecto de otra regulación de las partes, es el que hay que aplicar. En resumen, podría decirse que para este criterio las arras se estimarán de desistimiento y no puramente confirmatorias, siempre que conste la voluntad de arras y no aparezca de qué clase se han querido.¹⁰

Así las sentencias españolas de 24 de noviembre de 1926, 13 de mayo de 1930, 16 de enero de 1933, 1 de abril de 1958, 31 de octubre de 1963, 20 de mayo de 1967, 19 de octubre de 1984, 19 de mayo de 1994 y la de 16 de marzo de 1992 que como se explica en la nota 9 y texto correspondiente *hace* lo contrario de lo que *dice*, pues defiende la necesidad de que para poder desistir aparezcan queridas arras de desistimiento, para luego admitir que se puede desistir en caso en que tal voluntad no aparece.

De estas sentencias, es claro que por lo que toca a lo que dicen de que si no aparece ser otra la voluntad, las arras establecidas han de estimarse de desistimiento, no tiene más vuelta de hoja en cuanto a que, con razón o sin ella, acogen tal criterio.

¹⁰ Excluidas obviamente, a tenor de lo dicho *supra* nota 9, párrafo penúltimo y nota 4, al final, las simples entregas ni siquiera calificadas de arras por las partes.

IX. Conclusión sobre la jurisprudencia española y advertencia de sus imperfecciones

En conclusión, que parece que según una jurisprudencia española algo más numerosa, para poder desistir hace falta que conste voluntad de arras de desistimiento y, según otra algo menos cuantiosa, basta que haya arras con tal de que no se vea que no son de desistimiento; lo que sin duda se ve tanto cuando expresamente se dice no quererlas de desistimiento, como cuando simplemente hay entrega sin ni siquiera decir que ésta se quiere como arras.

Después sigo con el análisis del presente extremo, pero antes de continuarlo quiero decir sobre la jurisprudencia en cuestión, que tiene algunos fallos, como mencionar unas sentencias a otras inexistentes, lo que ciertamente puede ser un error o errata de fecha y, asimismo, citar bastantes inadecuadamente, por no tocar las citadas el punto para que se aducen o no servir al fin para el que se invocan o precisamente ser contrarias al mismo o, en general, apoyarse unas sentencias en supuestas doctrinas o matices de otras que no aparecen en éstas y hasta resolver alguna sentencia su caso con criterio realmente distinto al que afirma mantener. Casi se podría decir que sobre todo cuando se exige que para que las arras se estimen de desistimiento ha de constar expresamente la voluntad de quererlas de desistimiento, las sentencias que lo exigen suelen invocar en apoyo de esta tesis cualquier sentencia recaída sobre arras, aunque realmente haya dicho lo contrario.

X. Mucha parte de la jurisprudencia española cuya letra afirma la precedencia de las arras confirmatorias sobre las de desistimiento, enjuició casos de arras en que había constancia de ser de simple confirmación

Mas aun con ser eso así, el principal defecto (sobre el que luego entraré en detalles) de mucha de la jurisprudencia que en tema de arras confirmatorias-arraas de desistimiento se invoca en apoyo de ser preferentes aquéllas sobre éstas, es que juzgó

casos en que había puras arras confirmatorias, por lo que sin más debió optar por éstas y desechar las de desistimiento, ya que en tales casos ni se hablaba de arras ni de señal, sino que había sencillas entregas sin más, en las que aparecían exclusivamente arras confirmatorias, ya que la entrega, como sabemos, hacer ver o *confirma* la celebración del contrato, pero nada más, con lo que queda excluida la voluntad de arras de desistimiento, de modo que había que aceptar las confirmatorias, no porque no constase voluntad de arras de desistimiento, sino porque constaba que eran simples arras confirmatorias o entrega; de lo que resulta que no es que para estimar las arras como de desistimiento han de verse queridas así, sino que cuando se ven queridas arras simplemente confirmatorias, que es lo que ocurre en los casos de la jurisprudencia de que hablo, ha de rechazarse que lo sean de desistimiento.

Ante las diversas acepciones de las palabras “arras” o “señal” por sí solas¹¹, no digo yo que no hubiese alguna razón para pedir que para que las arras sean consideradas de desistimiento, conste que son queridas de desistimiento. Y de eso es fruto cierta parte de la jurisprudencia que requiere que aparezca la voluntad de desistimiento, porque en otra parte de esa jurisprudencia tal cosa, aunque ciertamente se dice, sólo se dice a mayor abundamiento y para reforzar en cada supuesto los fallos del Tribunal Supremo español que se basan realmente en que, en los casos discutidos, lo que se estimó haber fue simplemente una entrega de cantidad, un adelanto de parte del precio, la dación de una suma a cuenta de éste, pero ni siquiera

¹¹ *Id.* Diversidad de acepciones que se le da en el artículo 1454 del Código Civil español, (C. Civ. P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750) y en los 83 y 343 del Código de Comercio español y que señala expresa y detalladamente una abundante jurisprudencia española explicativa con minuciosidad de las diferencias entre arras confirmatorias, de desistimiento y penales; por ejemplo, sentencias de 11 de octubre de 1927, 16 de enero y 8 de julio de 1933, 5 y 15 de junio de 1945, 11 de noviembre y 22 de diciembre de 1950, 1 de abril de 1958, 18 de diciembre de 1962, 20 de mayo de 1967, 14 de diciembre de 1977, 7 de julio de 1978, 17 de febrero de 1982, 19 de octubre de 1984, 12 de julio de 1986, 2 de diciembre de 1988, 9 de marzo de 1989, 12 de diciembre de 1991, 31 de julio de 1992, 8 de febrero y 24 de diciembre de 1993, 21 de junio de 1994 y 25 de marzo de 1995.

denominados ni arras ni señal en el contrato en que se hicieron, en definitiva, pues, un pago aunque ciertamente sea calificable de arras confirmatorias porque revela la celebración del contrato. Es decir, una parte de la jurisprudencia que pide que para que las arras sean de desistimiento aparezca voluntad de éste, lo que de verdad está resolviendo es que en los casos que juzgó, como no había sino pura y simple entrega, es decir, arras sólo confirmatorias, no procedía aplicar el artículo 1454.

XI. Una cosa es que el Tribunal Supremo español quiera impedir que por haber habido una simple entrega que revela arras sólo confirmatorias, pueda desistirse del contrato, y otra que impida desistir cuando sí haya arras de verdad aunque no conste expresamente voluntad de desistir

Pero junto a lo anterior de que el Tribunal Supremo español quiera asegurarse que no se aplica el artículo 1454 del Código Civil español cuando solamente hubo una entrega que revela arras sólo confirmatorias, no puede, sin embargo, negarse que cuando este artículo dice que mediando arras hay derecho a desistimiento, tal expresión parece significar que eso alcanza al caso de que concurren arras (no simple y pura entrega) sin que se sepa de cuáles se quieren, porque entender que alcanza sólo al caso de que se diga que se quieren de desistimiento, es algo totalmente obvio.

A primera vista parece convencer el razonamiento de que como las arras son de la clase que las quiera quien las establece, luego lo son de desistimiento si es que son deseadas así, hay que entender que el artículo 1454 del Código Civil español¹² parte del presupuesto de que sean queridas de desistimiento y sólo procede aplicarlos cuando esto consta.

Digo que ese razonamiento parece convencer a primera vista, pero pierde su fuerza si se advierte que se trata no de averiguar qué arras son queridas (que obviamente, si se averigua, ellas serán las del caso) y si lo son de desistimiento,

¹² C. Civ. P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750.

aplicar el artículo 1454 del Código Civil español,¹³ sino que de lo que se trata es de si habiéndolas no aparece de cuáles se quisieron. Y ese es el papel que viene a cubrir el artículo 1454 del Código Civil español disponiendo que, en la duda, se juzgan de desistimiento, por lo cual son éstas las que se aplican.

XII. El sentido verdadero del artículo 1454 del Código Civil español¹⁴ mostrado por su comparación con el artículo 1376 del Proyecto del Código Civil español de 1851

Que el verdadero sentido del artículo 1454 del Código Civil español¹⁵ es que por el sólo hecho de pactarse arras (bastando pactarlas, y sin necesidad de que aparezca voluntad de que sean de desistimiento, aunque, por supuesto, ha de no aparecer –insisto de nuevo– que se quisieron sólo confirmatorias) puede desistirse del contrato, lo muestra palpablemente su comparación con el artículo 1376 del Proyecto de 1851 español, según el cual “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”, lo que repite el artículo 1480 del Anteproyecto de Código Civil español de 1882-1888.

En efecto, salta a la vista que Proyecto y Anteproyecto dicen que no cabe desistimiento, aunque hubiesen mediado arras, mientras que el artículo 1454 del Código Civil español¹⁶ dice todo lo contrario, que si hubiesen mediado arras podrá desistirse del contrato.

Tan palpable e innegable discrepancia ha llevado a los autores que en el presente extremo relacionan Proyecto y Código, a señalar unánimemente que uno dice lo contrario que el otro.¹⁷

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Así, por citar algunos: GARCÍA CANTERO, XIX COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL Y COMPILACIONES FORALES 111 (2da. ed., 1991) dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart,

Ahora bien, partiendo de esa innegable contradicción, hay que preguntarse que cómo va a ser posible que se les haga venir a significar *lo mismo* en virtud de una *interpretación* del artículo 1454 que lleve a éste a recoger igual espíritu que el artículo 1376.

Ese igual resultado interpretativo, sería que el artículo 1376, cuando ordena que aun con arras no cabe desistimiento, como sin duda deja a salvo la voluntad contraria, permite pactar arras de desistimiento si se expresa la voluntad de desistir, porque el no desistimiento que establece es para arras en que no aparezca voluntad de desistimiento. Resultado que sería el mismo a que llega la interpretación del 1454 que afirma que las arras de desistimiento de éste lo son sólo para cuando aparezca voluntad de desistir.

Como el artículo 1454 del Código Civil español¹⁸ y el artículo 1376 del Proyecto del 1851 dicen lo contrario, no puede ser posible una interpretación del 1454 que le dé el mismo espíritu que tiene el 1376 y como éste no puede, sino entenderse que es dispositivo, luego hay que admitir que no impide las arras de desistimiento si se pactan, no hay más remedio –para mantener la contradicción entre uno y otro– que entender el 1454 como estableciendo que las arras pactadas se entienden de

dice que “el legislador [del Código] con un simple cambio verbal ha variado radicalmente el sentido de los precedentes inmediatos (“no podrá rescindirse” decían los artículos 1376 y 1480, respectivamente del Proyecto de García Goyena y del Anteproyecto de 1882-1888)”, mientras que el Código Civil, mediando arras, sí puede rescindirse [resolverse] el contrato. LÓPEZ LÓPEZ, II COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL 901 (Ministerio de Justicia, 1991), también señala que el artículo 1454 del Código Civil se “aparta” del 1376 del Proyecto, ya que mediando arras éste no permitía desistir y aquél sí. Lo mismo se diga de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, LAS ARRAS EN EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN 62 (1958) para el que el Proyecto no acoge y el Código sí las arras de desistimiento y DE ROYO, NOTAS SOBRE LA FUNCIÓN DE LAS ARRAS EN LA CONTRATACIÓN 13 (1949) para el que el artículo 1376 del Proyecto rechazó las arras de desistimiento del Código Civil francés, mientras que el Código las acoge siguiendo al francés y en contra del Proyecto e igualmente otros autores explican que lo que dispone el Código Civil *se separa, contradice, es opuesto*, etc., a lo que dispuso el Proyecto, Así BURON, III DERECHO CIVIL 815 (1900); SCAEVOLA, XXIII CÓDIGO CIVIL 365 (1906); VALVERDE, III TRATADO DE DERECHO CIVIL 366 (4ta. ed. 1937); SANCHO, en LA CRUZ y otros, II ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL 262 (3ra. ed. 1994) y ningún autor disiente de la opinión expuesta.

¹⁸ C. Civ. P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750.

desistimiento sin necesidad de que aparezca que se pactaron como tales.

Así pues, la comparación entre ambos artículos, que los muestra ser contradictorios, obliga a interpretar el artículo 1454¹⁹ como disponiendo arras de desistimiento por el sólo hecho de pactar arras (y salvo, claro está, que aparezca voluntad contraria), pues si se entiende que las dispone sólo para cuando se exprese voluntad de desistimiento, se le da, como he dicho, el mismo sentido que al artículo 1376 en el que también las arras son de desistimiento si así lo disponen las partes.

En palabras más breves: para mantener la contradicción que existe entre los artículos 1376 del Proyecto y 1454 del Código Civil español,²⁰ puesto que aquél supone, sin más, que las arras son de no desistimiento, éste tiene que suponer que son de desistimiento (bien que en ambos casos quepa voluntad contraria). Contra esto va la jurisprudencia que dice que el artículo 1454²¹ no 'supone' arras de desistimiento, sino que sólo se aplica cuando 'consta' voluntad de arras de desistimiento.

XIII. El sentido verdadero del artículo 1454²² del Código Civil español mostrado por su comparación con el artículo 343 del Código de Comercio español

Además de su contraste con el artículo 1376 del Proyecto de 1851, también el contraste con el artículo 343 del Código de Comercio español inclina a entender el artículo 1454 del Código Civil español²³ como significando que, salvo que se vea otra voluntad, hay que suponer que las arras pactadas son de

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.*

desistimiento, ya que en el 343 del Código de Comercio²⁴ se estiman sólo confirmatorias, salvo otra voluntad, y si se hubiese querido repetir eso para el Código Civil español se hubiese dicho lo mismo (y no dicho, no vale ahora que la jurisprudencia sostenga que, a pesar de todo, lo significa); cosa que no se hace, sino que, por el contrario, se dice que las arras dan derecho a desistir, lo que –en el mismo plano que el Código de Comercio– significa que salvo que aparezca otra cosa, las arras, puesto que dan derecho de desistir, es que de entrada se consideran de desistimiento, sin necesidad de que para admitirlas como tales deba constar previamente voluntad segura de haberlas querido así.

XIV. El sentido verdadero del artículo 1454²⁵ del Código Civil español mostrado por un argumento irrefutable

Que el artículo 1454²⁶ del Código Civil español y el 1343 puertorriqueño²⁷ tienen espíritu de regir sin más cuando haya arras, no cabiendo pensar que sólo corresponde aplicarlos después de averiguado que en el caso hayan sido queridas de desistimiento, se prueba con un argumento muy sencillo, pero totalmente seguro. Es el siguiente: si no fuese así, los artículos 1454 español²⁸ y el 1343 puertorriqueño²⁹ serían inútiles, es decir, no servirían para nada nunca, porque si no constase voluntad de desistimiento no se podría desistir, luego el 1454 y el 1343 no entrarían en juego y, si sí constase, ciertamente se podría desistir, pero igual se podría desistir en ausencia de estos artículos, ya que el desistimiento posible procedería sin más de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

²⁴ Cito el artículo: “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.”

²⁵ C. Civ. P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

XV. La solución, ¿es discutible?; creo que no; jurisprudencia en que me apoyo

A la vista de las razones y jurisprudencia a favor y en contra de si para tener derecho a desistir basta que haya arras o no basta eso, sino que es preciso que conste que son de desistimiento, ¿hay que concluir que la cosa es por lo menos discutible?

Mi opinión personal ya la he adelantado al comienzo de este estudio y la detallaré después; de momento lo que sí quiero señalar es la creencia que profeso de que probablemente el Tribunal Supremo español seguirá insistiendo en el criterio de que para poder desistir hace falta que conste voluntad de arras de desistimiento, por considerarlo jurisprudencia consolidada, aunque, como hemos visto, no es así como, en efecto, se observa examinando las sentencias siguientes:

- 1º. Las que afirman que para poder desistir hace falta que conste voluntad de ser las arras de desistimiento, ya las recogí (*supra* parte VII).
- 2º. También recogí (*supra* parte VIII) las que dicen que para poder desistir basta que haya arras.
- 3º. Ahora bien, de las que menciono en la parte VII, gran parte recayó –como tengo dicho y repetido– en casos en que se desechó el desistimiento por no tratarse sino de entregas hechas únicamente como tales entregas, que tenían carácter sólo de arras confirmatorias, por aparecer ciertamente así en los contratos de que se trataba, pero carentes por completo de carácter de arras de desistimiento como se deducía de la literalidad de los documentos intervinientes en cada caso y de la conducta de las partes. Así las sentencias del Tribunal Supremo español de 22 de octubre de 1948, 22 de octubre de 1954, 15 de octubre de 1956, 16 de diciembre de 1970, 29 de octubre de 1976, 14 de diciembre de 1977, 10 de noviembre de 1983, 10 de marzo y 12 de julio de 1986, 30 de abril de 1988, 6 de febrero, 24 de abril y 3 de octubre de 1992, 11 de diciembre de 1993 y 5 de julio y

23 de noviembre de 1994, 25 de marzo de 1995 y 22 de abril de 1995.³⁰ Y la de 15 de marzo de 1994 recayó en caso de compraventa mercantil, aplicando el artículo 343 del Código de Comercio español. Amén quizás de otras de las que por la sentencia no se averigua si recayeron también en casos en los que había simple entrega.

- 4º. De lo que se sigue que eliminadas esas sentencias del apartado 3º, que resuelven entre las arras confirmatorias y las de desistimiento, pero resuelven a favor de aquéllas, no porque en los casos *no aparezca* la voluntad de desistimiento, sino porque la que *sí aparece* es la pura voluntad de entrega que revela la conclusión del contrato (arras confirmatorias), son casi tan numerosas las del apartado 2º, que dicen que basta que haya arras para poder desistir, como las del apartado 1º que *de verdad* afirman que, aunque haya arras, no basta eso para poder desistir, sino que, además, debe aparecer que son de desistimiento.

³⁰ Esta sentencia ciertamente estima que en el caso hay una simple *entrega*, aunque las partes la denominaron “señal”, así que no ha lugar a desistimiento porque (siempre, según la sentencia) la entrega, aunque se diga “señal”, no es en concepto de arras.

Hasta aquí correcto. Pero, aparte de que en el caso hubiese razón para estimar la simple entrega, lo que no convence es el argumento en que apoya ésta el Fundamento de Derecho 4º, párrafo 2º, cuando dice que “no se trata, por tanto, de las arras penitenciales del artículo 1454 del Código Civil español, dado su carácter excepcional y la expresa voluntad de las partes reflejadas en la frase ‘la señal se considerará siempre como parte del pago’, lo que se traduce en que dicha señal haya de ser estimada como anticipo del precio convenido[...]”. Pues bien, es incierto que la indicación de “ser parte del pago” o “contarse en éste” o “computarse en el precio” u otras semejantes, revelen que hay sólo *entrega*, y que no se quieren *arras*, pues con esas frases no se persigue excluir que haya arras (y así que no las haya de desistimiento), sino que lo que se trata de significar es que establecida, cuando corresponda, la entrega como arras, y, por tanto, permitiendo desistir perdiéndola, sin embargo, si no se desiste, la entrega cuenta ya en el precio, de modo que no hay que pagar el precio entero además de las arras.

XVI. El papel del artículo 1454³¹ del Código Civil español y el 1343 del Código puertorriqueño flexibilizados

Expuesto todo eso, si como he dicho antes ocurre que el Tribunal Supremo español en el futuro sigue la línea de exigir que para que quepa desistir aparezca voluntad de arras de desistimiento, de algún modo estará haciendo dos cosas que creo desacertadas: una cosa desacertada que hace es desconocer que siendo supletorio de voluntad el artículo 1454 español³² está llamado a aplicarse precisamente cuando habiendo arras no se vea voluntad de cuáles es la que hay, eliminando a este precepto de su papel y condenándolo, como ya he dicho antes, a *no servir nunca para nada*, porque si constan arras de desistimiento, se puede desistir porque se ve esa voluntad, no por el 1454³³ y si no consta tal voluntad, no se puede desistir nunca. Y otra cosa también desacertada que hace pedir es algo que, por la libertad de contratación resulta obvio, de modo que no se necesitaría del 1454³⁴ para, de cualquier modo, ser. Luego, para establecerlo huelga tal artículo, porque si lo que quiere decir es que de un contrato se puede desistir cuando se concierte, con acuerdo de que las partes tengan facultad de desistir, perdiendo una lo que dio y otra devolviéndolo más otro tanto, estamos ciertamente ante una verdad como un puño. Pero de la que se puede decir que para ese viaje no se necesitan ni alforjas ni artículo 1454 español ni 1343 puertorriqueño.³⁵

Por supuesto que la interpretación que propugno del artículo 1454 español y el 1343 puertorriqueño,³⁶ de entenderlos concediendo la facultad de desistir por mediar arras, aunque no conste que son de desistimiento, se

³¹ C. Civ. P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

sobrentiende usándolo con las adecuadas cautelas, que permitirán eliminar la mayor parte de los peligros que pudiera creerse que acarrearía entenderlos como pido. Una cautela sería, y para apreciar el extremo cabe cierta flexibilidad, enjuiciar la del caso que sea, como simple entrega, luego arras confirmatorias sólo, cuando haya razones suficientes para ello. Otra sería, cabiendo también cierta flexibilidad, estimar, si es que hay pie razonable, que, aun siendo ciertamente queridas arras y llamadas así por las partes de las circunstancias se entienda que se quisieron como simplemente confirmatorias, no de desistimiento, lo cual cabe salvo en el artículo 1454 español y en el 1343 puertorriqueño³⁷ quedándose arras, permiten el desistimiento, pero, claro está, voluntad contraria.

En definitiva, lo que verdaderamente tienen los Tribunales en sus manos para resolver si en un caso procede aplicar o no el artículo 1454 español o el 1343 puertorriqueño,³⁸ no es decir que sí o que no, porque sí o no aparece en el contrato voluntad explicitada de que las arras establecidas sean de desistimiento, pues los artículos no exigen que para aplicarlo aparezca que sí, sino decir, cuando no se les quiera aplicar, que de las circunstancias del caso aparece ciertamente que la entrega hecha en él, lo mismo se la llame simplemente entrega, que incluso se la califique de señal o hasta de arras, a lo más tiene espíritu de ser sólo simple entrega o arras confirmatorias.

XVII. Mi opinión definitiva

Tengo muy en cuenta, por supuesto, que las arras confirmatorias no alteran el contrato, sino que simplemente se encaminan a evidenciar su conclusión, mientras que las de desistimiento le introducen un elemento destructor en potencia, la posibilidad de resolverlo, y las penales un castigo para si se incumple, pero pudiendo ser exigido el cumplimiento. Mas sin desconocer eso, mi opinión definitiva es que:

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

1º. A falta de más datos, si sólo hay entrega que simplemente se denomina tal, hay que estimar la existencia de lo que quizás es lo que más corrientemente se da en la práctica, la simple entrega, que por el hecho de haberse producido sirve para hacer ver que el contrato se celebró y puede así ser calificada de arras confirmatorias.

Entrega que queda fuera del desistimiento que permite el artículo 1454 del Código Civil español y el 1343 puertorriqueño³⁹ y para designar la cual se usan muy variadas palabras o expresiones como simplemente *entrega* o *entrega a cuenta* o *a cuenta del pago* o *a cuenta del total precio* o *parte del pago* o *parte del precio* o *pago parcial* o *primer pago* o *suma* o *cantidad inicial* o *cantidad que se entrega* o *primer plazo*, etc.

Queda fuera del artículo 1454 del Código Civil español y del 1343 puertorriqueño⁴⁰ porque bien revela sólo voluntad de entregar (aunque, como he dicho, hace ver que se celebró el contrato y ya por ello puede hablarse de arras confirmatorias) o bien revela voluntad sólo de exteriorizar la perfección del contrato.

2º. Entrega como arras o señal.

En cuyo caso, como se ven arras, por esto sólo, salvo que aparezca que se quieren sólo confirmatorias o que no se quiere facultad de desistimiento, dan lugar, en virtud del artículo 1454 del Código Civil español y del 1343 puertorriqueño,⁴¹ a que se pueda desistir, sin necesidad de que conste voluntad de desistimiento. Porque no es preciso que esta *se vea*, sino que basta que *no se vea* ni voluntad de excluir el

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

desistimiento ni voluntad de querer las arras como puramente confirmatorias.⁴²

3º. Entrega como arras apareciendo voluntad de desistimiento.

En cuyo caso, como hay arras, ya bastaría para poder desistir, pero como *además*, consta voluntad de desistimiento, puede tener lugar éste por partida doble y podría tener lugar lo mismo, aunque el 1454 del Código Civil español y el 1343 del puertorriqueño⁴³ no existieran.

Pues ciertamente este artículo facilita el desistimiento, haciéndolo posible por simplemente haber arras, pero pactándolo lo es también aparte del artículo e incluso, aunque existiese artículo que no lo permitiese, como el 1376 del Proyecto de 1851, según el cual, como ya vimos "Aunque hubiesen mediado arras o señal no podrá rescindir el contrato por el hecho de allanarse el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas", pues este precepto, como ya dije, hay que entenderlo, por supuesto, como admitiendo pacto en contrario, de modo que si no por las arras, sí por el pacto, cuando aquellas median, el contrato es desistible. Tal cosa me parece innegable a la vista de principio de autonomía de la voluntad y de que tanto el artículo 979 del Proyecto como el 1256 del Código español y el 1208 del puertorriqueño⁴⁴ al prohibir que el cumplimiento

⁴² Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la sentencia de 2 de diciembre de 1988 del Tribunal Supremo español en cuyo documento contractual se decía entregar la suma "en señal de celebración".

En bastantes ocasiones ha advertido el Tribunal Supremo español que la palabra "señal" a veces significa sólo "parte del precio" o "anticipo". Así en las sentencias de 22 de octubre de 1948, 22 de octubre de 1954, 12 de diciembre de 1991, 31 de julio y 24 de diciembre de 1992, 25 de marzo y 22 de abril de 1995. Pero señalando también en alguna, como la de 22 de octubre de 1956, que la palabra *señal* sin ningún otro aditamento que la modifique expresa el concepto en que el artículo 1454 del Código Civil español la emplea para sus efectos.

⁴³ C. Civ. P.R. art. 1343, 31 L.P.R.A. § 3750.

⁴⁴ C. Civ. P.R. art. 1208, 31 L.P.R.A. § 3373.

del contrato se deje al arbitrio de uno de los contratantes, se refieren sólo al arbitrio libre, pero no a que no se pueda desistir a cambio de perder las arras.

4º. Entrega como arras penales.

En cuyo caso constando la voluntad de ellas, dan lugar a perder las dadas si incumple quien las entregó, pero sin que tenga derecho a eximirse del cumplimiento perdiéndolas y, pudiendo el que las recibió, exigir el cumplimiento si lo prefiere (C.c. español art. 1153).⁴⁵

Conclusión

Después de lo expuesto, la conclusión sobre la precedencia entre arras confirmatorias y de desistimiento, es decir, cuáles se entiende que se aplican antes es:

En opinión de parte de la jurisprudencia española:

- 1º. las confirmatorias;
- 2º. las de desistimiento.

En opinión de otra parte de la jurisprudencia española y en la mía:

- 1º. las de desistimiento;
- 2º. las confirmatorias.

Las penales siempre van en último lugar. Pero a este tema le dedicaré otro estudio.

⁴⁵ C. Civ. P.R. art. 1107, 31 L.P.R.A. § 3132.