

una *facultad de desvinculación del contrato* por su mera voluntad. El fundamento de esta norma y la razón de la conveniencia de su aplicación generalizada lo encuentra la autora en la idea del ahorro del trabajo a realizar por el prestador del servicio cuando el mismo no reporta ninguna utilidad al prestatario. No obstante, realiza la autora alguna matización, considerando que las consecuencias del ejercicio de dicha facultad deberían estar en función de lo que denomina «ocasionalidad» de la prestación, que es el criterio que la jurisprudencia ha venido aplicando para decidir sobre el alcance de la indemnización debida al ejercitar la facultad.

No querría finalizar sin destacar la novedad de algunas de las propuestas que se realizan en esta monografía, las cuales vienen a enriquecer la discusión científica, y creo también conveniente resaltar el trazado de las argumentaciones que llevan a sostener cada una de ellas. De modo que felicito, una vez más y muy sinceramente, a la autora de la monografía y, por supuesto, a su directora.

María Teresa ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, 252 pp.

En la nueva monografía que presenta la Dra. Beatriz Verdera Izquierdo, se ha centrado en uno de los aspectos básicos de las arras. En particular, y ante la dificultad intrínseca del concepto general de arras la autora ha elegido analizar aquellos aspectos y elementos que diferencian cada una de las clases posibles en función de sus características.

Como decimos, ésta no es la primera investigación de la autora, Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil de la Universidad de Baleares. Ha publicado, específicamente, otro trabajo monográfico sobre *Los arrendamientos de local de negocios celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 en la LAU de 1994*, así como entre otros, estudios sobre la adopción y la donación de órganos.

En particular, esta obra está dividida en cinco capítulos, llevando el primero de ellos por título *Aproximación al concepto de arras en el derecho patrimonial*. Este capítulo introductorio se destina al acercamiento de los antecedentes normativos más inmediatos de la materia así como el vigente derecho patrimonial español. La profesora Verdera Izquierdo emprende su trabajo con la intención de «cimentar unos auténticos pilares a los efectos expositivos de la institución, con carácter general, que nos conduzcan a sentar unas bases sólidas de la figura con independencia de la clasificación». Por tanto, y ante la imposible confección de un concepto unitario de las arras, éstas serán explicadas según las funciones e intereses que satisfagan. No duda la autora en afirmar que estamos ante un concepto polivalente, que encontramos tanto en el Derecho de familia (arra sponsalicia) como en el patrimonial, a su vez, en este último existen diversos tipos con una configuración diversa y distinta.

Una vez hechos los anteriores planteamientos, inmediatamente después la autora ofrece un concepto general de arras. Se trata de «aquel negocio jurídico, bilateral, oneroso y accesorio de otro principal, de carácter real, consistente en la entrega de un bien fungible, de valor menor a la prestación de la obligación, otorgado –por regla general– en el momento de perfección del contrato, mediando un acuerdo entre el *tradens* y *accipiens* por el que se concede a dicha entrega la función de asegurar la efectividad de la precitada obligación». Dada la etimología del vocablo arras, que en griego «arrhas» significa garantía, se tratará de una de las garantías posibles de la relación obligatoria. La autora en este aspecto sostiene que no hay que confundirlas con ciertos mecanismos de protección del crédito, sobre todo, porque las arras aparecen en la fase previa a la perfección del contrato, como medida de coacción; mientras que las auténticas vías de protección del crédito actúan tras el incumplimiento y la producción del perjuicio.

Analiza, a continuación, los antecedentes inmediatos de las arras en los textos sirio-babilonios, en el Derecho hebraico, papiros arameicos y Derecho romano. También se recogen en el Fuero Real (3,10,2) y en el Fuero Juzgo (5,4,4), consistentes en ambos textos en la entrega de una cantidad en concepto de anticipo del precio. En su virtud, resultaba imposible desistir del contrato, salvo que las partes establecieran lo contrario. Será la Partida V, Título V, Ley 7.^a, la que introduzca la penitencialidad de las arras, nota que se mantendrá en el Código Civil español. En ambos textos además se contemplan las arras confirmatorias que impedía deshacer el contrato. Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1836 mantiene las arras penitenciales limitadas a la promesa de compraventa, a diferencia del Proyecto de 1851 y del Anteproyecto de 1882-1888 que impedían el desistimiento. Como por todos es sabido, el actual artículo 1454 del Código Civil no sólo no impide el desistimiento sino que expresamente lo contempla. De modo que en este precepto se regula un tipo de arras, las penitenciales, por las que ambos contratantes pueden desistir del contrato, perdiendo el comprador las entregadas y el vendedor deberá devolverlas duplicadas.

En el segundo capítulo, *Caracteres esenciales de las arras*, la autora estudia tanto su carácter accesorio como el real. En cuanto a su accesoriedad respecto del negocio principal, tratará sobre los posibles contratos donde se pueden pactar las arras como en la opción de compra y en el precontrato. Esta nota de accesoriedad de las arras está determinada por una cláusula contractual o un acuerdo posterior que se realiza en un contrato principal, con la finalidad de garantizar el contrato en el que se sustentan; no existiría un negocio arral con carácter autónomo sin dicho contrato. Es por ello que si el negocio principal es nulo, también lo será el negocio arral, pero no a la inversa.

Asimismo tiene presente la autora que las arras pueden entregarse en cualquier negocio sinalagmático, siempre que su cumplimiento no sea instantáneo; de hecho es muy habitual en el contrato de compraventa si bien es posible que las partes las pacten para cualquier otro contrato de dicha naturaleza. No obstante, la autora pone de manifiesto que también se pueden aplicar a las relaciones obligatorias no contractuales, consistan éstas en una obligación de dar, hacer y no hacer. Con todo no serán posibles en los cuasi-contratos, como en la gestión de negocios ajenos sin mandato, en la que por su naturaleza sería incompatible; en la misma línea, tampoco sería posible pactar estas arras en el pago de lo indebido. A continuación la autora trata sobre la posibilidad de las arras en una opción de compra, en este punto diferencia con nitidez la prima del pacto de arras. Conviene detenerse en su cui-

dadosa apreciación al señalar la imposibilidad de la promesa arral, ya que uno de sus requisitos esenciales reside en la entrega.

En suma, no todas las arras tienen por finalidad garantizar el crédito dado que, únicamente, esta función se cumpliría en las penales. Por otra parte, en las confirmatorias la finalidad de garantía es insignificante; mientras que en las penitenciales sí concurriría aunque sobresaldría la función indemnizatoria o liberatoria. Por todo ello, advierte Verdera Izquierdo que en principio las arras no se podrán calificar como garantías de la obligación, sino que habrá que examinar la relación concreta y la función de las arras entregadas para ventilar el interés económico tutelado en cada caso particular. No hay que perder de vista el hecho de que con los derechos reales de garantía (prenda o hipoteca) se quiere defender la posición del acreedor, a diferencia de las arras penitenciales, donde existen ventajas para ambas partes. Para la autora, por lo tanto, existirá tanto la función garantizadora (previamente matizada) aunque también una función simplificadora de la relación jurídica en la que se basan, al existir una cuantía que se imputará en caso de incumplimiento o desistimiento.

En cuanto al carácter de las arras, al ser éstas un tipo de garantía de carácter real y resultar imprescindible su entrega efectiva —no una mera promesa o convenio al respecto—, será esta entrega un requisito de eficacia del nacimiento de la obligación principal convirtiéndose en elemento constitutivo. En defecto de su entrega las arras no se podrían entender constituidas. Esta entrega de las arras supone el cumplimiento del negocio arral, no del contrato en general. No obstante, será posible que las partes convengan su entrega posterior. En este caso no se trataría de un pacto arral, sino más bien de una promesa arral, donde la función garantista será menor, al no existir la entrega, que se aproximaría a otras figuras contractuales como el dinero de arrepentimiento o la cláusula penal, que más tarde comparará la autora con las arras.

En el tercer capítulo, la autora se ocupa de los *Elementos estructurales de las arras*, donde distingue entre la entrega y el acuerdo arral. En relación con la cosa entregada por el *tradens* al *accipiens*, aquélla puede consistir en dinero o cualquier otro bien fungible, cuya cuantía y calidad deberá estar determinada en el acuerdo arral. Además, en cuanto a la cantidad entregada la autora sostiene que debería ser proporcional a la de la obligación principal, esto es, no puede ser igual o superior al importe total del contrato, ya que si así fuera se estaría ejecutando su contenido; o podría constituir una cláusula abusiva, si tuviera cierta envergadura.

Resulta imprescindible, a su juicio, la transmisión de la propiedad del objeto arral en el momento de su entrega, aunque debe matizarse tal afirmación. No es posible asimilar el negocio arral a un contrato de depósito o de prenda, al ser más fácil su desenvolvimiento y no tener una función principal de guarda y custodia. De este modo, se devolverán o imputarán al precio, según se incumpla o desista sin requerirse de la intervención judicial. El objeto arral puede ser entregado tanto por la parte obligada principalmente como por un tercero, bien al acreedor principal o bien a un sujeto ajeno al derecho; por tanto, podrían intervenir en las arras otros sujetos distintos de los del propio negocio principal.

Por otra parte, como es sabido, la tipificación del acuerdo arral se circunscribe a los de sus requisitos, haciéndose residir en la voluntad de las partes su establecimiento y cuantía. Cuando no conste que las partes han querido realizar un negocio arral, las cantidades entregadas deberán considerarse pagos anticipados. De modo que se defiende en la monografía la confi-

guración de las arras como negocio jurídico, al ser la voluntad de las partes, que la entrega de éstas tenga un fin concreto. Se puede considerar como un negocio bilateral, si bien desde el punto de vista contractual, pueden también estimarse como unilateral teniendo en cuenta que la obligación de devolverlas recae en quien las recibió, especialmente en los casos en que las entregó las hubiera sometido a condición.

Para concluir este capítulo estudia la autora los diferentes momentos en los que se pueden constituir sea al celebrarse o perfeccionarse el contrato. En este punto cabe destacar que, en función del tipo de arras pactadas podrá deferirse o no el momento de su perfección: así, en las penitenciales, no será posible pactarlas si ya se inició la ejecución del contrato, porque ya no cabría desistir de éste; las entregadas con posterioridad se considerarán parte del precio. En cuanto a las arras penales, se pueden pactar en cualquier momento, aún tras su ejecución, al ser una pena para caso de incumplimiento. Y, por último, en las confirmatorias, se pueden pactar en cualquier momento, porque al confirmar el contrato ya suscrito, aún pactándose tras su perfección en realidad lo ratifican.

En el capítulo cuarto, *Clases*, la autora estudiará una por una los tres tipos de arras que regula nuestro Derecho, con sus funciones diversas. Las *arras confirmatorias* vienen reguladas en el artículo 343 CCO, y tienen por finalidad confirmar o reafirmar la celebración del contrato, así como, garantizar su ejecución. Facultan la resolución del contrato, no así el desistimiento unilateral. En el caso de cumplimiento del contrato, supondrán una entrega a cuenta que se imputará al precio, mientras que en el caso de incumplimiento, se podrá pedir, acudiendo al artículo 1124 CC, el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, aparte de los posibles daños y perjuicios sufridos, constituyendo las arras el resarcimiento de éstos. Normalmente las expresiones tales como: «a cuenta de», «como anticipo», «primer pago», «en concepto de pago y señal»..., señalan la existencia de arras confirmatorias.

En cuanto a las *arras penales* se encuentran reguladas en el artículo 83 CCO, y con ellas se trata de asegurar el cumplimiento de la obligación, así como suponen la valoración anticipada de los daños y perjuicios en el caso de incumplimiento. Se parecerían a las arras confirmatorias, con la salvedad de que las penales cumplen su función tras el incumplimiento, y no desde la perfección del contrato, como sucede con las confirmatorias. Por lo cual, en el caso de cumplimiento del contrato, en principio se imputarán al precio; mientras que de incumplirse aquél, la parte que cumplió podrá optar entre exigir el cumplimiento con la indemnización correspondiente (que son las arras pactadas) o por la resolución del contrato, siendo las arras la penalidad que deba aplicarse.

En cuanto a las *arras de desistimiento o penitenciales*, que se encuentran reguladas en el artículo 1454 CC, mediante su otorgamiento cualquiera de las partes podrá desistir del contrato perfeccionado. Destaca la autora que no se trata de una rescisión, al no ser un supuesto de los legalmente previstos para que ésta pueda concurrir; tampoco puede encuadrarse en la resolución contractual del artículo 1124 del mencionado Código, dado que el sujeto que pretenda la resolución deberá haber cumplido su parte previamente, mientras que en las arras penitenciales el que quiere desligarse debe allanarse a perder la cuantía entregada o a devolverla duplicada, caso de haberlas recibido. Concretamente, en el supuesto de cumplimiento del contrato, las arras penitenciales entregadas se imputarán al precio; por el contrario, si se incumpliera y dicho incumplimiento fuera imputable a una de las partes, será de aplica-

ción el artículo 1124 CC, al resultar incompatible con el desistimiento, esto es: resolución del contrato o pedir el cumplimiento forzoso. Caso de que se esté en presencia de un incumplimiento imputable a las dos partes, habrá de restituirse lo entregado.

A continuación estudia la autora la naturaleza jurídica del acuerdo arral penitencial y su calificación como condición potestativa, obligación facultativa o alternativa. En este punto, que la facultad de desistimiento que tienen las partes por el acuerdo arral penitencial dependa de su voluntad, la separa de la condición puramente potestativa. No se trata de un negocio condicionado, ya que de serlo las partes podrán continuar o no en el contrato si pagan la totalidad del precio. Se añade además que las condiciones potestativas que se hagan depender únicamente de la voluntad del deudor serán nulas. Estas arras guardan al tiempo ciertas semejanzas con las obligaciones alternativas o facultativas, aunque no es menos cierto que también existen diferencias, ya que las arras son uno de los tipos de garantía de los derechos de crédito y estas dos obligaciones tratan de la configuración de la prestación en sí.

Por último trata la autora sobre la concreción del tipo de arra, con la intención de valorar si se trata del tipo regulado por nuestro Derecho o antes bien es un mero anticipo del precio. Para que sean consideradas arras penitenciales deberá constar expresamente dicha calificación, porque en su defecto se entenderá que se trata de cualquiera de los otros dos tipos o, incluso, de un anticipo del precio. Si se pretendió entregar una cantidad de dinero pero no se especificó en concepto de qué, deberá presumirse que entre los tres tipos de arras, se quiso que fueran las confirmatorias, al ser las menos gravosas. Serán penales cuando no se trate ni de las confirmatorias ni de las penitenciales; y estas últimas si así expresamente se haya pactado.

También ofrece ciertas dificultades la diferenciación del pago anticipado con unas arras penitenciales; en este extremo la autora encuentra que su análisis conduce a dos situaciones distintas. El pago anticipado consiste en un comienzo de la ejecución de la obligación, mientras que las arras son una medida de protección del crédito. La autora en este punto y para aquellos supuestos dudosos trae causa de la doctrina del Tribunal Supremo ya que entiende la doctrina más consolidada que debería tratarse de un anticipo del precio, y únicamente serán consideradas penitenciales cuando así conste de una forma evidente y clara que ésa es la voluntad de las partes. El fundamento de esta doctrina se encuentra en la excepcionalidad de este tipo de arras, debiendo interpretar el juez restrictivamente la voluntad de las partes. De este modo, caso de que resultara ser un simple anticipo, ante su incumplimiento, quien haya cumplido no se quedará con lo recibido, sino que será de aplicación la facultad resolutoria del artículo 1124 CC, devolviéndose la cantidad recibida, teniendo en cuenta además que resulta posible la petición de daños y perjuicios. Sin embargo, en el caso de las arras penitenciales, el que las recibió podrá quedarse con ellas, y podrá pedir el cumplimiento según el citado precepto, imputándose entonces éstas al precio.

La autora cierra la monografía con un exhaustivo capítulo dedicado a las *Diferencias con algunas figuras*, en particular con la pena convencional, el dinero de arrepentimiento, la prenda irregular, las fianzas impropias y, por último, el contrato de préstamo. Por cuanto se refiere a la pena convencional la mayor diferencia reside en que en las arras es imprescindible la entrega de una cantidad de dinero al perfeccionarse el contrato, mientras que en la pena convencional, existe una promesa. En cuanto al dinero de arrepentimiento, se

trata de una figura parecida a la pena convencional, por la cual el deudor puede elegir entre cumplir con su parte o pagar el precio del arrepentimiento. Por su lado, la prenda irregular como las arras penales, garantiza el cumplimiento de la obligación en la que se incluye; sin embargo, se diferencian ambas porque en el supuesto de cumplimiento, en las arras penales se imputará a la prestación frente a la prenda irregular donde esa imputación no se produce.

En definitiva la autora ha escogido un tema caracterizado por su dificultad y practicidad, por ello hay que destacar el esfuerzo invertido en el análisis de la, en ocasiones, cambiante jurisprudencia dictada en la materia. En este sentido, la obra cobra aún más si cabe un valor añadido por la incorporación de las más importantes resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales.

Araceli DONADO VARA
Profesora Ayudante de Derecho civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia