

LA SEÑAL O ARRAS

Por Horacio Maderna Eschegaray

Nuestro Código Civil en el art. 1202 regla la señal o arras, cuyos antecedentes directos los constituyen las enclavadas de Aubry y Rau y los arts. 1910 a 1913 del Pr. de Freitas. Según el art. 1910, Pr. cit. "la señal quiere decir lo que una de las partes ha dado a la otra parte contratante para seguridad del cumplimiento del contrato". Luego del art. 1911, Pr. cit. añade que concluido el contrato, lo que una de las partes dé, en su virtud, a la otra se considera como pago o principio de pago, con estas excepciones: a) si media declaración expresa de que se deba como señal o simple señal o de que no se deba en pago o como principio de pago; b) si se tratare de cosa distinta especie con respecto a lo que debe darse según el contrato; c) si la obligación emergente del contrato fuere de hacer o de no hacer. Finalmente, indicaba Freitas en el art. 1912 de su Pr., cuáles eran los efectos de la señal en "casos excepcionales": 1º. Si el contrato fuere cumplido el que recibió la señal o la aplicará a su pago, si la cosa dada y la que se debe dar en virtud del contrato fueren de la misma especie, o la restituirá a la otra parte en el estado en se hallara", en cuyo caso rigen las normas relativas a los efectos de las obligaciones de restituir. 2º "Si no fuere cumplido por culpa de quien dio la señal, quedará ésta perteneciendo a la otra parte, sin dependencia de cualquier acción o procedimiento judicial, o podrá ésta demandar el cumplimiento del contrato". Luego determinaba Freitas que la señal debe restituirse si el contrato se resolvió por mediar condición resolutoria, por consención posterior de las partes o por imposibilidad. Se termina expresando en el inciso 3 de ese art. 1912 del citado proyecto, que "si el contrato fuere cumplido en virtud de haberse demandado su cumplimiento, los efectos serán los mismos que en los casos en que se cumpliere voluntariamente". Como se observa, Freitas no acepta la señal penitencial, sino como alternativa de la acción de cumplimiento contractual. Por ello sólo es un mero antecedente del art. 1202 en cuanto a los efectos de la señal o del que la dio. Según el art. 1914 Pr. cit., para que la señal autorice el arrepentimiento se exige expresa estipulación de tal cláusula, o cuando se la hubiera estipulado como pena para el caso de incumplimiento, o cuando mediare forma convenida de otorgar (reducción del contrato a escritura pública) y se declarase en el instrumento privado "que nada se ha hecho antes de extenderse escritura pública, que después de que una parte cumpliere en el todo o en parte, no cabe el arrepentimiento sin ausencia de la contraparte (inciso 5º)". El art. 1916, Pr. cit., afirma que en caso de duda, se trata de pago o a cuenta de precio y que no existió cláusula de arrepentimiento o pena. Esto no rige entre nosotros (Segovia). En la nota del art. 1202, el codificador, siguiendo a Goyena, se refiere a los antecedentes que nos ofrece el derecho romano, así como a la legislación alfovesina y "Fuero Real", para concluir afirmando con Aubry y Rau, que se

aparta de la enseñanza de diversos autores franceses por no resultar claras sus exposiciones. En la Part. 5^a, Tit. 5, ley 7, se dice "Señal dan los homines unos a otros en las compras y acasos después que se arrepiente alguno. Y por ende decimos, que si el comprador se arrepiente después de dar la señal que la debe perder, más si el vendedor se arrepiente después debe tomar la señal doblada al comprador, e non valdrá después la rendida. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo así: que la daba por señal o por parte del precio o por otorgamiento, entonces no se puede arrepentir ninguno de ellos, ni desfacer la rendida que non vale". La presunción era, más bien, en el sentido de señal confirmatoria ("Sanchez Román"). García Goyena fue partidario de la señal confirmatoria y así lo decidió el art. 1476. Pro. C.C. español 1851; esto porque las 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 resolución". El C.C. español, artículo 1454, se refiere a la señal penitencial, pero la jurisprudencia cree que es una disposición sólo interpretativa de la voluntad de las partes, lo cual debe ceder a las circunstancias revelan otra cosa, como ocurre con lo que sostiene la moderna doctrina francesa (Diego Espín Cánoras). Conviene, pues referirse a otros antecedentes históricos del instituto cuyo estudio emprendemos, porque quizá, de ese modo, podemos contar con más elementos de juicio, aprender el correcto significado del art. 1202. En el derecho romano —en la época clásica— la señal o arras (arba) era signo de prueba de la celebración del contrato (si se trataba de objetos —arillos— se devolvían si el contrato era cumplido; si era dinero se imputaba el precio en la compraventa y significaba, también, principio de cumplimiento (León). Pero a estas arras confirmatorias, las partes podían mudar su naturaleza, tomándolas en penitenciales. Justiniano, expresó, para algunos casos, cuando eran penitenciales se discute cuales son esos casos, frente a lo dicho en las Institutas. Parece que la teoría de las arras penitenciales proviene de los griegos y—que la acepta el derecho justiniano. Sin embargo, salvo esto, las arras eran confirmatorias y por ello debe tomarse con beneficio de inventario lo dicho en la nota al art. 1202 (Arias Ramos). En cambio no flata el autor (Iglesias) que entiende que eran confirmatorias las arras en derecho romano. Otro autor (Joaquín) afirma que las arras eran confirmatorias en el derecho clásico y penitenciales en el pre-clásico, acogiendo Justiniano, en el año 528, la teoría griega de las arras penitenciales. Todo esto lo señala Espín Cánoras. Sin embargo las arras desempeñaban una función de garantía; en caso de incumplimiento, las perdía quien las entregó y debía devolverlas dobladas la otra parte si el cumplimiento era imputable al que la recibió. Pero y aquí radica la diferencia con la solución acogida en el art. 1202 —esto era una opción para el contratante no culpable, quien podía renunciar a las arras y exigir el cumplimiento "porque el carácter confirmatorio de las arras, impedía que el deudor pudiese liberarse perdiéndolas", (Espín Cánoras). Derecho germánico: La evolución histórica posterior puede concretarse así: a) En el antiguo derecho germánico las arras son penitenciales: cabe el arrepentimiento, resolviéndose el contrato y librándose con el dinero del arrepentimiento (Eisenberger y Lehmann) quienes expresan que "al dinero del arrepentimiento (Rengold) no debe ser calificado de 'multa de la mudanza' "(Wandelpon)", porque "aquél no es debido, y por lo tanto, no es pena convencional"; b) En el derecho alfovisino, las arras eran penitenciales, en cuanto así sugiera inequívocamente de lo contrario, eran confirmatorias, como ocurre con la cláusula por señal o por parte del precio; c) el Pr. C.C. Español de 1851 repudió las arras penitenciales: el comprador no podía arrepentirse perdiendo la señal, si el vendedor devolviéndola dobladamente. Derecho francés: El art. 1590 C.C. francés habla de las arras en las promesas de ventas y como la promesa de esa especie vale por venta, se la extendió por parte de la doctrina a la venta misma. Es ello lo que sostuvieron Aubry y Rau, cuyas enseñanzas inspiraron a nuestro codificador para redactar el art. 1202. Las arras eran, pues, penitenciales, según dicha interpretación. Esa interpretación fue luego abandonada. La doctrina moderna entiende que solo se está frente a una simple presunción de lo que las partes entendieron pactar. Por ello,

cuando lo contrario surge del acuerdo de las partes, las arras únicamente constituyen un medio de prueba de la celebración del contrato o un comienzo de incumplimiento de este (Boussard). *Derecho español*: El art. 1204 C.C. español, parece brindar a las arras, en el contrato de compraventa, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas". No obstante, la evolución doctrinal y jurisprudencial española sigue la trayectoria ocurrida en Francia. Se trata "de una regla interpretativa de la voluntad de las partes, que por tanto debe ceder ante la voluntad contraria de las mismas" (Lapin Cástor). *Derecho italiano*: El derogado C.C. italiano de 1865 consideró que salvo disposición distinta adoptada por los contratantes las arras desempeñan sólo una función de garantía del cumplimiento del contrato, y por ende, se trataba de las arras confirmatorias. La parte inocente podía retener la seña dada o exigir la devolución doblada (según se trate del que la recibió o del que la entregó) o bien exigir el cumplimiento, pero la parte que incumplió no podía liberarse perdiendo la seña dada o devolviendo doblada la recibida. La resolución era pues, una opción en favor de la parte que había cumplido y funcionaba, a su elección, como alternativa del cumplimiento que podía exigir. En la solución del *Fabro de Freitas* y del derecho romano clásico, tal como ya se observó. En el vigente C.C. italiano de 1942 se separa las arras confirmatorias de las penitenciales. Las primeras se regulan en el art. 1385 como en el sistema del derogado C.C. italiano de 1865, aclarándose que si la parte que no ha incumplido decide "pedir la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regula por las normas generales. Es decir que se trata de la indemnización por su monto a probar y que es independiente del quantum de las arras. Es a esta conclusión a la que se ha llegado entre nosotros cuando no ha mediado el arrepentimiento en tiempo oportuno y se está en la faz del cumplimiento contractual: el resarcimiento por los daños y perjuicios contractuales se rigen por las reglas generales. Si las arras se estipulan acordándose el derecho de resolver el contrato por una o ambas partes, "las arras tienen sólo la función de compensación por la resolución", en ese caso "el que utiliza la resolución pierde las arras entregadas o debe restituir el doble de las recibidas". *Derecho alemán*: Las arras (*Draufgabe*), en derecho alemán, no funcionan en caso de duda, como penitenciales, sino como confirmatorias; es decir, valen "como signo de la conclusión del contrato" y no "como dinero del arrepentimiento" (M. Infante). Por ende, las arras (*Draufgabe*) no son sinónimo de ese dinero de arrepentimiento (*Reue*). Debe imputarse a la prestación debida por el dador si ello es admisible y si no devolviese al quedar cumplido el contrato; he aquí la función de garantía. Se devuelven también si el contrato es invalido. El que cumple, en caso de que el cumplimiento de la otra parte no sea posible por su culpa, puede retener las arras, si exige indemnización de daños, las arras, en la duda, deben imputarse, y si ello no fuese posible, devolverse al realizarse la presentación de la indemnización de daños (*Spota*).

La seña o arras, actúa como un accesorio de la obligación, se prefijan los daños. Si bien por medio de la seña o arras se entrega una cosa con el objeto de asegurar el cumplimiento de la obligación, le permite asimismo a ambas partes arrepentirse de lo convenido, haciendo uso al respecto de lo reglado en el art. 1202 del Código Civil. El Código de fondo regula las arras penitenciales, permitiéndose a las partes dejar sin efecto el contrato, ya sea mediante la pérdida de la seña entregada, o su devolución doblada. Como señala Llambras, la estipulación de una seña, implica en el derecho civil, un pacto de diligencia, pudiendo ambas partes arrepentirse del compromiso asumido. Señala Colme en Obligaciones, que en nuestro derecho civil, la seña es una condición resolutoria de carácter potestativo, es mirada como un pacto comisorio, según el precitado artículo 1202, tanto a favor del estipulante, como del promitente, de acuerdo con las circunstancias. La segunda clase de arras que existe en el derecho civil, son las confirmatorias, creadas por las partes en el contrato, en uso de la autonomía de la voluntad, que permite dejar de lado el principio del art. 1202 del Código Civil, en la referente a la seña penitencial, al ya referido pacto de diligencia.

Las arras confirmatorias tienden sin duda a asegurar, a consolidar el vínculo crediticio al no poderse por vía unilateral operar la disolución del contrato. Mientras el Código Civil, permite el uso de las arras penitenciales, para dejar sin efecto el contrato, en el Código de Comercio, en el artículo 475, ello no es así, pues las arras actúan con el fin, con el objeto de ratificar el contrato, disolviendo la obligación. En ese sentido es claro lo señalado por el C. de Comercio ya que señala que las arras deben entenderse que han sido dadas en concepto de cuenta de precio, y en signo de ratificación del contrato, sin que exista la posibilidad de retractación, salvo que el vendedor y comprador convengan en que mediante la pérdida de las arras o cantidad anticipada, le sea lícito arrepentirse y dejar de cumplir lo contratado, debiendo pues ello surgir expresamente de una cláusula del contrato.

Puede por ende observarse la diferencia que existe en materia civil y comercial respecto de las arras, pues en la primera las arras permiten la retractación, mientras que en la segunda las arras actúan como elemento confirmatorio del contrato, impidiendo la retractación, salvo acuerdo en contrario.

Previsiones de nuestro derecho positivo - art. 1189 y 1202.

El Código Civil ha previsto el funcionamiento de esta cláusula en dos preceptos (artículo 1189 y 1202). En tales preceptos se dispone lo siguiente: a) art. 1189 "si en el instrumento público se hubiese estipulado una cláusula penal, o el contrato fuese hecho dándose arras, la indemnización de las pérdidas e intereses consistirá en el pago de la pena y en el segundo en la pérdida de la seña, o su restitución con otro tanto". De esta manera nuestra ley civil distingue concretamente la cláusula penal (art. 652) y la cláusula como seña. Diferencia que es muy clara, porque la pena o multa se dispone para el caso de retardo o inexecución de las obligaciones contraídas; en tanto que la seña es dispuesta como potestad de arrepentimiento para cualquiera de los contratantes. La semejanza de ambas cláusulas se concreta en el interés de hacer más fuerte el vínculo, propósito que será siempre una cuestión valorativa y de necesaria comparación. Agregamos que la cláusula penal sirve para justipreciar daños y perjuicios ocupando su lugar (art. 655) y funcionando a raíz de la constitución en mora, mientras que para hacer valer el arrepentimiento, es necesario que se manifieste antes de haber incurrido en mora y dentro de un lapso racional para la desvinculación del negocio (E. Fernández).

Las arras penitenciales en el Código Civil: Valez, según se observa en el siguiente art. 1202, conagró, siguiendo el derecho justiniano, la especie penitenciaría tanto para las arras convenidas en una promesa de contrato —con el fin de asegurar el contrato definitivo— como para las incorporadas a un contrato definitivo— con el objeto de asegurar su cumplimiento. Las restantes prescripciones de la norma se ajustan estrictamente a las enseñanzas de Justiniano. Dice el art. 1202: "si se hubiese dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien lo dió puede arrepentirse del contrato o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie; o si la obligación fuese de hacer o de no hacer". De donde la estipulación de una seña en el ámbito civil, comporta un pago de displicencia que autoriza a ambas partes a ejercer la facultad de arrepentirse privando al contrato de sus efectos, de ahí que se señala que el arrepentimiento origina una ineficacia posterior a la celebración del contrato. La seña, i. más de asegurar la eficacia del contrato, por el pacto de displicencia que implica, equivale a una indemnización convencional, fijada anticipadamente por las partes, tendientes a resarcir los daños sufridos por la contraria en caso de mediar arrepenti-

miento. Los daños quedan delimitados por el valor de la seña, si se arrepiente quien la entregó o por el doble de ella, si el arrepentido es quien la recibió; no siendo admisible pretender: a) que no existiendo menoscabo o detrimento de la seña, no debe perderse o devolverse doblada, y b) que siendo los daños superiores al valor de la seña —o al doble— debe abonarse la diferencia a fin que la indemnización sea integral. Si no media arrepentimiento, sino incumplimiento de la obligación, la indemnización no obstante existir seña o arras en el contrato se rige por los principios generales, sin limitarse al importe de la seña. M. Irujo no comparte la opinión de Borda y Llanibars en cuanto admiten que en los supuestos de incumplimiento "el importe de la seña juega como un mínimo de indemnización, si el acreedor no prueba daño alguno o si el daño efectivamente probado es inferior a aquel importe", por entender que semejante criterio importa una grave inconsecuencia con la neta distinción formulada entre "incumplimiento" y "arrepentimiento". Las arras pueden tener función penitencial prechamente como pena por incumplimiento más no como resarcimiento consiguiente al derecho de separarse del contrato, propio de la señal liberatoria (Núñez Franco "Manual de Derecho Civil y Comercial") (Trad. de Santiago Santa Melendo) Buenos Aires 1975; t. IV; p. 329). Las arras confirmatorias no enervan el derecho al acreedor para reclamar para la prestación que se le debe, por más que su valor pueda constituir el monto indemnizatorio prefijado para el evento de que falle la acción tendiente a la ejecución forzada, o por un tercero. La función penitencial de esta clase de seña sólo significa el tarificación anticipado del quantum de la reparación que correspondiera ser cobrada, luego de haberse intentado obtener el cumplimiento debido pierde la seña quien la dio o la restituye con otro tanto el receptor (el art. 1912, inc. 2° y 3° del Esbozo prevé la falta de cumplimiento, también regulada). Sin confundirse con ese tipo de seña la cláusula penal adelanta también el monto indemnizatorio que ha de reemplazar a la prestación incumplida. Pero en nuestro sistema normativo se decidió por las arras que facultan el arrepentimiento (ello surge del art. 1202 Comp. Manuella Héctor, voz "Arras" en "Enciclopedia Jurídica Omeba", en cuanto a la significación del art. 1189). (Freitas define la cláusula de arrepentimiento como aquella "condición por la cual una de las partes, o cada una de ellas, tiene reservada la facultad de arrepentirse del contrato durante un cierto plazo"); sólo si hay esa cláusula, la señal faculta la liberación de las partes, aún cuando no es incompatible, en el ámbito de la libertad de las convenciones, la estipulación de que sean confirmatorias. Ello puede surgir, expresa (Arg. art. 1197 C.C.) tácitamente (por ej. cuando se pacta la entrega de una suma "como seña a cuenta de precio y como principio de ejecución" ver CNCiv., Sala D) de la contratada.

Si en contrato se pacta la entrega de una seña, ello permite el ejercicio del derecho de arrepentimiento, siempre que ello se ejercite no mediando mora y no existiendo principio de ejecución del contrato. Al establecerse que la suma entregada es en concepto de seña, ello permite el ejercicio del derecho de arrepentimiento. Si se ha estipulado la cláusula como seña y a cuenta de precio, no se impide con ello el ejercicio del derecho de arrepentimiento, pues en el fallo plenario dictado por la Cámara Civil, en la causa Méndez Roberto c/Ferragato de Ferrara A., del 29 de diciembre de 1951, citado en el Derecho, tomo dos, página 443/458, (J.A. 1952-II, página 277). Se ha considerado que tal cláusula cumple una doble función sucesiva, como seña si el contrato no se cumple, y a cuenta de precio en caso contrario. Por lo tanto, se permite el ejercicio del derecho de arrepentimiento, hasta el comienzo de ejecución del contrato, perdiéndose la seña entregada, o restituyéndose la seña doblada, y después de la ejecución del contrato, cesa la virtualidad de la seña, quedando como pago parcial, a cuenta de la prestación debida.

Al hablarse de seña el pago que así se califica se hace para poder arrepentirse perdiendo o ganando su importe, según de quien provenga el arrepentimiento, y a cuenta de precio significa que ese pago no se suma al precio convenido, sino que en caso de cumplimiento forma parte de él, de modo que al vendedor no le es ya debido

sino el saldo. El adelanto de una suma a cuenta de precio no puede considerarse cumplimiento de la obligación, contraída al suscribir el boleto de compraventa, pues después de escriturar, el pago del precio es cumplimiento de la obligación pero antes no, pues no se ha celebrado un contrato de compraventa ni se debe por lo tanto el precio, pues las partes se han comprometido a celebrarlo y para darse prueba de la seriedad de su propósito se entrega una suma de dinero, aclarándose que llegado el caso de celebrarse el verdadero contrato (pues el boleto no lo es) corresponderá pagar el saldo, la suma pagada se imputa como precio, resultando todo ello previsto en el art. 1202 del Código Civil.

Puede el arrepentimiento ejercerse en realidad mientras no haya principio de ejecución, pues en caso de operarse éste, se ha operado la renuncia tácita al ejercicio de dejar sin efecto el contrato.

Principio de ejecución del contrato. Mucho esfuerzo ha costado determinar qué se entiende por "comienzo de ejecución de los contratos", que significa el punto final para el ejercicio de la prerrogativa que confiere el art. 1202 del C. Civil. Colombo dice que "es legal e indiscutible frente a la claridad de ese precepto y su antecedente histórico, que las arras llenan una función de primera magnitud en la dinámica contractual, no limitándose a ser un accesorio del vínculo. Teniendo el negocio fuerza obligatoria en virtud del acuerdo de voluntad que le ha dado nacimiento (art. 1137 y 1197 C. Civil) debe tenerla también, jurídica y lógicamente, en todo lo que concierne a la señal dada y lo que ella significa dentro y para el contrato mismo, pues de otro modo la obligatoriedad existiría sólo en forma parcial. De ahí que el art. 1202 no pueda ser borrado del texto de la ley mediante una interpretación negativa, encomendada a sacar sus efectos normales a las arras estipuladas. Pero esto tiene su límite en el comienzo de ejecución que se da al contrato" porque si éste comienza existe la señal pierde eficacia y únicamente es posible reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación". Los problemas surgen, según Quintero, como consecuencia de haberse dado demasiado relevancia a la directiva de que los contratos se hacen de buena fe y para ser cumplidos (art. 1198 C. Civil) teniendo en cuenta la seguridad así la facultad de arrepentirse y la de rescindir o resolver, debían interpretarse en forma restrictiva y siempre que los actos posteriores a la firma del contrato de compraventa no resulten expresa o implícitamente la renuncia de aquella prerrogativa (art. 874 C. Civil). Esta posición, sin embargo, ha olvidado que la señal o arras integra el contrato sea que la estipule en forma expresa como cláusula de arrepentimiento, o por su sola mención, y con ello se posibilita a las partes salir de la situación contractual gracias al cumplimiento de lo que las arras presuponen, con igual fuerza obligatoria a la que se invoca para el contrato. Quintero dice "al pactarse una señal en la promesa bilateral de compraventa, la norma individual que es ese contrato preliminar, está imputando a cada parte una obligación facultativa, o con facultad alternativa o de sustitución. Las partes se han otorgado recíprocamente una facultad de arrepentimiento, mediante la devolución de las arras con otro tanto de su valor, o mediante su pérdida, según quien la ejerza. De allí se ha convenido la facultad de elección o de sustitución, por lo que el deudor se libera cumpliendo esa prestación predeterminada que es subsidiaria de las prestaciones principales recíprocas, que hacen a la esencia de la compraventa (art. 643 Código Civil). Se observa que cuando uno de los contratantes se determina por el arrepentimiento, observa una conducta a través de la cual cumple con la prestación in facultate solutionis, que fue recíprocamente imputada a las partes, y por ende, por una cláusula accesorio de la promesa bilateral de compraventa. Así se concluye que al invocarse como fundamento "la fuerza obligatoria del contrato para valorar con amplitud de criterio una conducta como comienzo de ejecución en mira a tener por pérdida la facultad de arrepentimiento, a la par que solo se pierda en la facultad de inordinación, se está invocando una norma que sirve, a la inversa, para fundar un criterio restrictivo en la valoración de esa conducta ya que de ese comienzo

se va a inducir una renuncia que debe interpretarse restrictivamente. De acuerdo a todo ello, interpretación de la conducta en el fin de inferir de ella la renuncia al derecho que confiere las arras penitenciales, debe ser restrictiva pues solo así tendrá fuerza de convicción al pronunciamiento basado en esa interpretación, por existir una norma genérica (art. 874) en la que podrá subsumirse la sentencia". Colombo da la siguiente regla: a) existirá principio de ejecución de contrato y a menudo ejecución completa, siempre que los actos de los contratantes se refieran a los elementos constitutivos de la figura jurídica de que se trate, entonces, será indudable el propósito de cumplir las obligaciones estipuladas: pago del precio, transmisión de la cosa, etc.; b) no hay que reparar en aquellos hechos accesorios o secundarios, aunque se relacionen con la obligación consentida, salvo que sin ellos el contrato no pueda llevarse a feliz término, o cuando alguno de los contratantes lo haya tomado expresamente a su cargo (ej.: "La revista de un campo para cerciorarse que sus alambrados, aguada y molinos se encuentran en buenas condiciones no debe considerarse comienzo de ejecución. Lo será, en cambio, el arreglo de esos mismos alambrados, si en el boleto se ha consentido que su reparación está sobre el contratante que lo hace"); c) en las hipótesis de poca claridad se deberá tener en cuenta: 1) la intención de las partes; 2) la época o instante en que se llevan a cabo los actos susceptibles de constituir un principio de ejecución; 3) la naturaleza de los actos realizados, porque ellos revelan a veces de manera indudable los designios del autor.

El término ejecución involucra la idea de un proceso: conjunto de actos, de fenómenos un todo natural y lógico. Principio significa comienzo, el punto primero en una extensión, en un desarrollo.

Actos preparatorios y actos de ejecución: En ciertos momentos la jurisprudencia distinguió entre actos preparatorios y actos de ejecución, considerando que los últimos tenían eficacia para traducir una renuncia al derecho de arrepentirse, o lo que es lo mismo, todos aquellos actos dirigidos al cumplimiento del contrato, pero que inmediatamente sólo perseguen el otorgamiento de la escritura, serían preparatorios del acto notarial y por tanto no ejecutivos del contrato de compraventa. Puede replicarse que la distinción es artificial y excesiva (Llambías) ya que si el acto preparatorio de la escrituración es inequívoco ha de interpretarse respecto de quienes emana como principio de ejecución del contrato, olvida que el boleto genera una serie de obligaciones complejas.

Respecto del comprador, las prestaciones a su cargo no se limitan a otorgar escritura (obligación de hacer, art. 625 C.C.) sino también a dar una suma de dinero (pagar el precio, art. 616, 1323, 1349, 1424, C. Civ.) y por ello la conducta de cualquiera de las partes al respecto, sea que cumplimenten la obligación de hacer o las de dar, significará haber comenzado a ejecutar el único contrato concertado: el de compraventa. La designación del escribano que, por este motivo, es reconocida en el boleto como una de las facultades de las partes para ejercerla con posterioridad, constituye principio de ejecución, porque posibilita la satisfacción de una de las prestaciones básicas del contrato de compraventa inmobiliaria (art. 1184, inc. 1, 1185, 1187 C. Civil). Quinteros considera que "entre el cumplimiento del contrato y el comienzo de ejecución, la diferencia es de grados, no de esencia, porque debe tratarse del cumplimiento de prestaciones que hacen al objeto de las obligaciones, directas o indirectas, expresas o implícitas, principales o accesorias, etc., que asumieron las partes". La parte que despliega una conducta para satisfacer las obligaciones que corresponden al comprador o vendedor, abdicó de su prerrogativa de arrepentirse y comienza o continúa la ejecución de la compraventa.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia para los actos que deben considerarse como principio de ejecución del contrato de compraventa se pueden considerar las siguientes facetas: a) Cuestión de hecho: determinar cuándo existe principio de ejecución de un contrato es una cuestión de hecho (según Borda se entiende como todo acto que

demuestre inequívocamente la voluntad de cumplir con las obligaciones contraídas. Se deben tener en cuenta las modalidades, siendo éste principio de ejecución más que una renuncia al derecho de arrepentirse es una causa de caducidad de ese derecho que funciona con independencia del conocimiento o consentimiento de la otra parte). b) Debe existir voluntad fehaciente y no equívoca de cumplir el contrato: frente a la idea de que los contratos se hacen para ser cumplidos (pacta sunt servanda) (art. 1137, 1197, 1198 C.Civil), está el criterio de que la seña peribéndola o devolviéndola doblada, tiene el alcance de autorización para dejar de cumplir el contrato (1202) y que debe hacer por ello un equilibrio, una compensación, un balanceo porque si bien la resolubilidad o rescindibilidad no son la regla en nuestro Código, el añadido de la seña, por las partes, demuestra, que la posibilidad de liberación está a nivel del contrato. c) Entrega posterior de la posesión: para que la posesión del inmueble objeto de la compraventa importe comienzo de ejecución del contrato que haga impropio el arrepentimiento, debe reconocer como causa adecuada la tradición, que es un acto voluntario y bilateral realizado con el concurso de vendedor y adquirente, es decir (art. 2379 C. Civil) por la concurrencia de actos materiales de una parte y consentimiento de la otra. No basta el acto unilateral de una sola de ellas; es indispensable el acuerdo de ambos acerca de la entrega. d) Renuncia al arrepentimiento: importa reparar en aquellos actos de los contratantes que si bien objetivamente no constituyen principio de ejecución del contrato de compraventa, implican una renuncia expresa o tácita al derecho de arrepentimiento.

En todos los casos se necesita un claro comportamiento que demuestre la intención de no usar el derecho de arrepentimiento.

Sólo cuando el contrato tiene principio de ejecución se puede demandar su cumplimiento (art. 1197, 1198, 1189, 1202, 874 C. Civil) pero ello no impide exigir la resolución cuando media incumplimiento del otro contratante. Nada tiene que ver el principio de ejecución del contrato si en lugar de un supuesto de arrepentimiento se está frente a la resolución del vínculo obligacional por incumplimiento moroso del comprador (A. Morello).

JURISPRUDENCIA

-El arrepentimiento es procedente siempre que el contrato no haya tenido principio de ejecución (C.N.Civ., en pleno, diciembre 29-951. Ídem, Sala E, Julio 17-961).

-El vendedor, en la compraventa inmobiliaria, puede arrepentirse cuando como en el caso, no ha mediado principio de ejecución y aunque se trate de un comprador con derecho preferencial (C.N.Civ., Sala E, septiembre 17-963).

-El principio de ejecución del contrato obsta el arrepentimiento, pero no impide que el vendedor pueda hacer valer el pacto comisorio estipulado a su favor en el boleto (C.N.Civ., Sala A, Noviembre 30-962). J - La existencia de principio de ejecución del contrato de compraventa inmobiliaria, conduce a su cumplimiento, pero no impide exigir la rescisión, en el supuesto de incumplimiento por el otro contratante (C.N.Civ., Sala E, noviembre 21-961).

-Si el propietario, por pasividad del comprador, no fue constituido en mora, ni hubo principio de ejecución puede validamente desistir del propósito de vender una vez vencido el plazo para firmar el boleto estipulado en el recibo que extendió al pagarse la seña, si el comprador reconoció haber conocido tal desistimiento (C.N.Civil, Sala C, febrero 19-963).

-Cuando no se acredite principio de ejecución, es procedente el arrepentimiento por la parte vendedora, poniendo a disposición del adquirente la suma doblada (C.N.Civ., Sala E, diciembre 29-961).

-El principio de ejecución del contrato más que una renuncia al derecho de arrepentirse es una causa de caducidad de éste derecho que, por consiguiente, funciona con independencia del conocimiento o consentimiento de la otra parte (C.N.Civ., Sala A, mayo 20-964).

ACTOS QUE PUEDEN O NO IMPLICAR PRINCIPIO DE EJECUCION

-Existe inconveniencia en precisar principios generales y rígidos en la apreciación de los actos que pueden implicar principio de ejecución y renuncia tácita al derecho de arrepentirse (C.N.Civ., Sala D, Junio 14-963).

-Para la determinación de los actos que constituyen principio de ejecución del contrato no caben principios generales rígidos, debiendo apreciarse las circunstancias particulares de cada caso (C.N.Civ., Sala E, noviembre 29-963).

-Son de interpretación restrictiva los actos que importen principio de ejecución del contrato (C.N. Civ., Sala A, diciembre 20-960).

-Los actos que constituyen principio de ejecución deben ser posteriores a la firma del boleto y deben tener una significación inequívoca, pues importan renuncia tácita al derecho de arrepentirse el cual no se presume (C. N. Civ., Sala E, noviembre 29-963).

-Los actos que constituyen principio de ejecución deben ser posteriores a la firma del boleto y deben tener una significación inequívoca, pues importan renuncia tácita al derecho de arrepentirse el cual no se presume (C. N. Civ., Sala E, noviembre 29-963).

El principio de ejecución del contrato consiste en actos de los que inequívocamente se desprenda la voluntad de ambas partes o de una de ellas de cumplir el contrato, solventando las obligaciones que el mismo impone (C.N.Civ. Sala E, octubre 17-963).

-Significan principio de ejecución del contrato, todos aquellos actos de los que inequívocamente se desprenda la voluntad de cumplir la convención, es decir los actos preparatorios necesarios para lograr tal cumplimiento (C.N.Civ., Sala E, Julio 17-61) ED 1-388 (idem, id. Julio 17-961 ED, 1-547).

-A los fines de determinar si hubo principio de ejecución no cabe distinguir entre actos de ejecución y actos preparatorios; cualquier cumplimiento por el obligado importa principio de ejecución (voto del F. Padilla) (C.N. Civ., Sala C, Julio 10-963) ED 7-309.

-El principio de ejecución de determinar si hubo principio de un contrato debe consistir en actos que inequívocamente trasuntan la voluntad de cumplirlo (en el caso no lo es la entrega de títulos al escribano hecha con anterioridad al convenio) (C.N.Civ., Sala A, diciembre 30-963, ED 1-191).

-Constituye principio de ejecución que impide el arrepentimiento, el pedido de autorización para escriturar formalado en el sucesorio, la designación en común del escribano que debía intervenir, posterior a la firma del boleto y la entrega de títulos al mismo con aquel fin. (C.N.Civ., Sala C, Julio 10-963, E.D. 7-309)

-Constituye principio de ejecución del contrato la demanda por escrituración, aunque haya sido desistida y no se corriera traslado de la misma (C.N. Civ., Sala A, mayo 20-964, E.D. 8-502)

—Cuando la designación del escribano interviniente se efectúa con posterioridad a la concertación del contrato, tal hecho aparece como una reafirmación y por ende como una renuncia al derecho de arrepentimiento (C.N.Civ., Sala E, noviembre 29-963, E.D. 7-101).—

—Conforme a jurisprudencia plenaria, la designación de escribano y la entrega del título de dominio realizados con posterioridad a la firma del boleto, puede o no constituir principio de ejecución que obste el arrepentimiento según las particularidades que cada caso ofrezca, por lo que no resulta convenientemente sentar principios generales al respecto. (C.N. Civ., Sala D, junio 14-963, E.D. 5-318).

—Aunque los actos de ejecución (v. gr. trámites de subdivisión) sean anteriores al boleto, el arrepentimiento no puede tener lugar si el vendedor ya se había comprometido a poner la finca en venta horizontal y a vender una unidad, por lo que la posterior designación de una empresa para materializarla tiene todo el alcance de un acto de ejecución y no meramente preparatorio (C. N. Civ., Sala E, noviembre 29-963, E.D. 7-701).

—No impide el arrepentimiento los pedidos de algunos herederos para que se les autorizase a otorgar la escritura de dominio, en razón de haber menzures, pues se trata únicamente los actos preparatorios que tampoco podrían obligar a los otros herederos condóminos (C. N. Civ., Sala F, septiembre 27-962, E.D. 5-167).

—Si al contestar el telegrama por el que se lo constituye en mora, el vendedor manifiesta su voluntad de escriturar, no puede luego arrepentirse de la operación (C. N. Civ., Sala B, abril 13-961, E.D. 1-832).

—Quien interpela a su contratante para que cumpla personalmente el contrato, está demostrando su voluntad de considerarlo firme; y la renuncia a su derecho de arrepentirse no podría ser retractada si la intimación fué debidamente acatada. Pero si no lo fue, si la renuncia implícita en la intimación a cumplir fue desoída por el comprador que rechazó el telegrama, es forzoso concluir que el vendedor conservó ineludible su facultad de arrepentirse (C. 2° C.C., La Plata, Sala II, noviembre 30-962, E.D. 5-56).

—El hecho de retirar de la venta el departamento, debidamente probado, importa voluntad de arrepentirse y dá derecho para ejercer esa facultad (C. N. Civ., Sala G, septiembre 13-960, E.D. 2-440).

—Se ha considerado principio de ejecución del contrato el levantamiento de una hipoteca que impedía la escrituración y el del embargo que también la impedía; la autorización pedida en el sucesorio para firmar la escritura; la promoción del juicio de reintegración previsto en el boleto para hacer posible la tradición; la designación del escribano con posterioridad a la firma del boleto (con alguna excepción); la entrega de los títulos al escribano (punto en que la jurisprudencia es muy contradictoria) (C. N. Civ., Sala A, mayo 20-964, E.D. 8-302).

—El vendedor que recibe una suma en concepto de "principio de ejecución del contrato" no puede arrepentirse devolviendo la seta doblada (C. N. Com., Sala 13, octubre 6-961, E.D. 2-953).

—Si el vendedor recibió dinero "a cuenta de precio", al tiempo de suscribir el boleto, no puede luego arrepentirse pues ha existido principio de ejecución (C.N. Civ., Sala D, agosto 3-962, E.D. 2-904).

—La entrega de una suma de dinero "en concepto de seta y como anticipo y principio de ejecución de la escritura" excluye la posibilidad de arrepentirse de la compraventa inmobiliaria (S.C. Buenos Aires, Agosto 6-963, E.D. 6-34).

—No importa principio de ejecución la inserción en el boleto de la cláusula "como seta y a cuenta de precio" (Del fallo de la Instancia, C.N.Civ., Sala D, agosto 2-961, E.D. 1-821).

—La entrega del título a la institución de crédito por el vendedor no constituye principio de ejecución que impida su arrepentimiento (c. 2º C.C. La Plata, Sala II, noviembre 30—963, E.D. 3—55).

—Ni la designación de escribano para escriturar ni la citación que éste cursó a la compradora para que suministrara sus datos personales ni el diligenciamiento de los certificados, permiten inferir la renuncia al arrepentimiento del vendedor (C.N. Civ., Sala D, junio 14—963, E.D. 3—318).

—El trámite de subdivisión de parcelas y su pertinente aprobación no constituyen en sí mismos principio de ejecución del contrato de compraventa inmobiliaria (C.C. Buenos Aires, abril 28—964, E.D. 8—307).

—El hecho de que el vendedor conociese el nuevo parcelamiento de tierra practicado por el comprador no implica principio de ejecución que impida el arrepentimiento por renuncia tácita de su derecho (C.N. Civ., Sala A, junio 3—963, E.D. 5—317).

Existiendo mora y principio de ejecución de contrato, no puede ejercitarse el derecho de arrepentimiento, pues tácitamente se ha renunciado en tal supuesto al ejercicio del derecho de hacerlo. Como concepto podemos entender que existe principio de ejecución de contrato, como referido a aquellos actos celebrados que demuestran la intención, certeza absoluta, de cumplir con las obligaciones contraídas.

No existiendo mora y habiéndose producido la ejecución del contrato, habiéndose pactado la estipulación de una señal, procede el ejercicio del derecho del arrepentimiento, debiendo aclararse que éste último es fundamental para poder dejar de esa manera sin efecto el contenido del contrato, aclarándose que si se entrega una suma de dinero a cuenta de precio, no hay posibilidad de arrepentirse por falta de estipulación de señal, cuenta de precio, principio de ejecución de contrato, no hay arrepentimiento, pues de antemano se ha renunciado al derecho que confiere la ley, no teniendo en tal circunstancia, la señal, el carácter de penitencial.

En caso de cumplimiento del contrato, la suma de dinero entregada en concepto de señal, forma parte del precio, si es de la misma especie, de lo que debe darse por la prestación a que se obligaron las partes, mientras que si la señal es de diferente especie de lo que por el contrato debe darse, se deberá la integridad del precio, debiendo devolverse la señal en el estado en que se encuentre, lo mismo ocurre si la obligación fuere de hacer, o de no hacer, todo ello de conformidad con el régimen instaurado por el art. 1202 del C. Civil. En el caso de estipularse una señal, puede el comprador arrepentirse perdiendo la señal entregada, mientras que si fuere el vendedor el que se arrepiente, debe restituir la señal debida. En este caso la señal actúa como elemento indemnizatorio, señala el límite de ella, no pudiendo en ese caso exigirse un importe mayor o menor en concepto de resarcimiento.

Ambas partes pueden, de común acuerdo, dejar sin efecto el contrato, aplicándose en éste caso los principios de la rescisión bilateral, por lo cual en éste caso ni el vendedor debe restituir la señal debida, ni el comprador debe perder la señal entregada.

Puede acontecer asimismo que no se haya ejercido el derecho de arrepentimiento, incurriendo alguna de ellas en el mero incumplimiento de la prestación debida. En este caso la indemnización de daños y perjuicios se rige por los principios generales del contrato, por lo cual la parte no culpable, puede demostrar la existencia de perjuicios mayores a la señal, actuando ésta como mínimo de indemnización, si no prueba el acreedor daño, o si el daño probado es inferior al importe entregado en concepto de señal. Por lo tanto, puede observarse el efecto fundamental que le da la ley civil a la señal, pues permite en caso de ser establecida, que las partes se arrepientan del contrato, debiendo al respecto hacerse una nítida diferencia entre el arrepentimiento y el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

De lo expuesto se colige que la señal o arras en el derecho civil, permite el habilitamiento del vínculo contractual, señalando asimismo la medida de la indemnización, sin poderse alegar perjuicios mayores o menores señalando que el arrepentimiento puede ejercerse mientras no haya renuncia expresa o tácita, pudiendo ésta última configurarse mientras no exista principio de ejecución de contrato y no haya mora extrajudicial, y si no la hubiere hasta la contestación de la demanda, pudiendo ejercerse en forma subsidiaria a la demanda reconvenzional por resolución y sólo para el caso de que no prospere ella. Funciona, por lo tanto, en el derecho civil con el carácter de que el contrato puede ser dejado de lado, diferenciándose ello del derecho comercial, que actúa como elemento confirmatorio, salvo cláusula especial del contrato.