

## SEÑA, SEÑAL o ARRAS

*Por Jorge Miguel*

### 1) CONCEPTO

1.1. El concepto de la seña se nos ofrece a primera vista como obvio.

Tanto que no es inútil que, dándolo por supuesto, se prescindiera de él entendiéndose de lleno a distinguir sus especies confirmatoria y penitencial.

Sin embargo y como con la mayoría de las cosas aparentemente obvias, definir la seña encierra imprevistas dificultades.

Resulta tanca previa fijar posición respecto de un cúmulo de interrogantes que habrán de condicionar su contenido.

Como resultado de ello, podemos definir a la seña como el elemento accidental de los contratos bilaterales consistente en la dación o entrega de una cosa —cualquiera sea su especie— que uno de las partes efectúa a la otra. Sea con el objeto de facultar la posterior extinción resolutoria del contrato por vía del arrepentimiento unilateral de uno de los partícipes o —desechando tal posibilidad extintiva— como cumplimiento de parte de las prestaciones a que está obligado el dador.

1.2. Si bien puede hallarse alguna opinión aislada en el sentido de que no hay razón alguna para excluir del ámbito de las arras a los contratos unilaterales, ellas constituyen un efecto propio de los bilaterales.

Como tal se encuentran reguladas por el art. 1303 del Código Civil y junto con la excepción de incumplimiento (art. 1301), el pacto comisorio (arts. 1303 y 1304) y el doble ejemplar (art. 1021).

Constituyen con respecto a estos contratos un elemento accidental, puesto que su existencia requiere de la previsión expresa de las partes.

1.3. La naturaleza jurídica de la seña ha dado lugar a posturas antitéticas.

Así, se la ha entendido como un contrato, ubicado dentro de otro principal al cual accede.

Y, desde que tiene como presupuesto la entrega de la cosa, de carácter real.

De tal modo, podría darse el caso de entender a la seña como un contrato real, accesorio e incluido en otro consensual.

Opuestamente, se la ha calificado como acto material o no-negocial.

En posición intermedia —y como la más ajustada a la naturaleza de esta institución— se la ha calificado como un pacto, cláusula accesoria establecida por las partes a fin de modificar los efectos normales del contrato o negocio jurídico en el cual se halla inserto y sin que por ello éste sea rescindida su unidad (Bueyes, Alberto J. "La entrega de la cosa en los contratos reales", pág. 115).

1.4. Cualquiera sea la posición que se adopte en cuanto a la naturaleza, la seña implica y presupone una dación.

Se perfecciona por la entrega de la cosa.

Esta es indispensable, ya que buena parte de la función de la seña se estructura en torno al eventual reintegro, con otro tanto de su valor.

Y, naturalmente, éste presupone la previa existencia de aquella.

1.5. Sentado que no hay seña sin la previa entrega de la cosa, resta determinar en qué carácter la misma es efectuada.

Para ello es necesario distinguir si consiste en dinero —la hipótesis más común— o en otras cosas consumibles o fungibles.

En estos casos debe reputarse que la cosa entregada como seña es dada en propiedad.

El receptor será considerado como su dueño a todos los efectos y con todas las consecuencias.

La posterior eventual restitución también lo será en propiedad.

Lo precedentemente expuesto se aplica sea o no la seña de la misma especie que lo que por el contrato debe darse.

1.5.1. Diferente es el caso si lo entregado como seña es una cosa mueble no registrable, que al propio tiempo no es consumible ni fungible.

En este caso, deberá efectuarse la distinción respecto de si es o no de la misma especie del contrato.

Desde la entrega, el receptor de la cosa será respecto de ésta tenedor de cosa ajena.

Sin que pueda aplicarse la presunción del art. 2412, ya que el accipiens no podrá invocar buena fe en la posesión.

La propiedad de la cosa sólo se transferirá a su favor si es de la misma especie y distinguiendo según se trate de seña penitencial o confirmatoria.

Si es esto último, desde el momento de la entrega.

Y si es penitencial, recién desde que el contrato tiene principio de ejecución.

1.5.2. Pero si la cosa es de distinta especie, la propiedad nunca se transferirá al receptor, el que en todo momento será tenedor de cosa ajena.

Le serán aplicables por analogía las obligaciones del depositario y del que debe restituir cosas a su dueño.

Estas obligaciones se aplicarían en todos los casos cuando lo entregado como seña sean bienes inmuebles o muebles registrables.

1.6. El punto que antecede anticipa opinión respecto de qué cosas pueden ser objeto de seña.

Entendemos que no se justifica la restricción a algunas de ellas en especial y que por el contrario pueden serlo todas sin limitación.

Unas podrán ser más utilizadas que otras. Pero que algunas sean empleadas más espaciadamente no las hace menos aptas para cumplimentar con eficacia tal función.

Una postura amplísima del objeto es sustentada por López de Zavalía, quien la extiende incluso a los derechos personales (Teoría de los contratos - Parte General, pág. 384).

1.7. En cuanto al tiempo en que puede pactarse la seña, no resulta indispensable su simultaneidad con la concertación del contrato.

Podrá concertarse posteriormente, pero en todo caso deberá serlo antes que haya principiado el cumplimiento.

1.8. Las provisiones legales sobre la seña no resultan imperativamente obligatorias y las partes pueden modificarlas de común acuerdo.

De tal modo, podrá pactarse que en un contrato civil la seña opere como condonatoria, de igual modo que podrá concertarse en un contrato comercial su funcionamiento penitencial.

Si bien lo corriente es que se pacten al momento de la celebración del contrato, también podrán serlo con posterioridad, siempre que ello ocurra en etapa anterior al comienzo del cumplimiento.

Podrán también las partes modificar el "quantum" a entregar como seña, por encima o por debajo de los habituales.

El pacto de una seña por un monto superior al corriente no le quitará sin embargo por esta sola razón el carácter penitencial que pueda corresponderle.

También podrán las partes acordar que la indemnización no equivaiga al monto de la seña, sino que opere por otro distinto.

O que la restitución deba efectuarse con más sus intereses.

Las precedentes variaciones o cualquier otra semejante hallarán fundamento en el art. 1197 C. Civil.

## 2) COMPARACION CON OTRAS FIGURAS

### 2.1. Con la rescisión

La rescisión o distracto tiene lugar de acuerdo con el art. 1260 del Código Civil cuando ambas partes contratantes extinguen las obligaciones creadas por los contratos, por mutuo consentimiento.

Tiene semejanza con la seña en su forma penitencial en cuanto aquí también nos encontramos ante un supuesto de extinción.

Pero, a diferencia del anterior, el arrepentimiento en la seña penitencial es provocado por la voluntad unilateral y no conjunta de los contratantes.

El distracto por su parte también constituye un modo de arrepentimiento, pero es bilateral.

Además, produce efectos "ex tunc".

El arrepentimiento en la seña, en cambio, tiene efectos resolutivos "ex tunc".

### 2.2. Con el depósito en garantía

En el caso del depósito en garantía o "reserva" nos encontramos con un contrato no definitivamente concluido.

La parte que ha recibido el depósito o reserva no se encuentra aún obligada.

Puede aceptar la oferta –en cuyo caso sí lo estará– o rechazarla.

En este último supuesto sólo deberá reintegrar el importe recibido, sin indemnización alguna.

Y en cuanto al que entregó la reserva, si bien está facultado para apartarse del contrato perdiendo el depósito, no podrá en cambio obligar a la otra parte a contratar.

### 2.3. *Con las obligaciones alternativas*

Se llama obligación alternativa a aquella que queda cumplida con la ejecución de cualquiera de las prestaciones que forman su objeto, sea que la elección esté a cargo del deudor, del acreedor o de un tercero.

Son sus caracteres: a) Objeto plural o compuesto; b) las prestaciones son independientes entre sí; c) entrañan un derecho de opción que puede estar a cargo del deudor o del acreedor o de un tercero y d) hecha la elección, la obligación se concentra en la prestación elegida (Borda "Tratado de Derecho Civil" Obligaciones, T<sup>o</sup> I, pág. 432).

Lo precedentemente expuesto –en particular los caracteres de las obligaciones alternativas– revelan claramente la diferencia que las separa de las otras penitenciales.

En la seña no hay una obligación de objeto plural, en el sentido de que indistintamente pueda ser cumplida una u otra.

La obligación emergente del contrato bilateral es para cada una de las partes unitaria, en cuanto que debe cumplimentarse ésa y no otra.

La opción no es la de cumplir de un modo diferente, sino la de no cumplir, en cuyo caso el arrepentido deberá indemnizar.

Asimismo, ejercitada la opción, no se mantiene viva la figura del contrato con un cambio de la obligación a cumplir, sino que por el contrario se produce su extinción en la especie resolutoria.

### 2.4. *Con la cláusula penal*

La cláusula penal es una promesa accesorio, aceptada por la contraparte, que importa la obligación del deudor de efectuar una determinada prestación, a título de pena, para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato (Mazzini "Derecho Civil y Comercial" T<sup>o</sup> IV, pág. 446).

Las similitudes que tal cláusula puede ofrecer con la seña se presentan nuevamente respecto de la especie penitencial.

Aún así, cabe señalar las siguientes diferencias sustanciales:

a) La cláusula penal es de carácter consensual y consiste en la obligación de efectuar una prestación subsidiaria en defecto del cumplimiento de la principal.

En cambio, ya hemos visto que la seña es de carácter real, no existiendo antes de que se haya producido la entrega efectiva.

b) Por otra parte, surge de la diferencia señalada precedentemente que la vigencia de la cláusula penal presupone el incumplimiento del deudor, que es previo a la efectivización de aquélla.

La seña penitencial, por el contrario, autorizará el incumplimiento una vez que haya sido manifestada debidamente por la parte la voluntad de arrepentirse.

Pero no puede ocurrir de modo inverso que el incumplimiento sea previo al arrepentimiento, ya que aquel constituye precisamente uno de los límites para que éste se manifieste válidamente. (infra, punto 7.1.2.).

c) Además, mientras que la *seña penitencial* consiste en una cantidad o cosa predeterminada e invariable salvo nuevo pacto, la *cláusula penal* podrá consistir en una suma que resulte variable o gradual o *torrés* del lapso que dure el incumplimiento.

d) Por último, mientras que la *seña* provoca la extinción del contrato y consecuentemente el no cumplimiento de la obligación pactada, no ocurre lo propio en el supuesto de la *cláusula penal*.

En cuanto a ésta, el incumplimiento imputable del deudor la pondrá en funcionamiento, pero no relevándolo de la obligación de efectivizar la prestación principal.

De tal modo, el monto de la *cláusula penal* se acumulará a la obligación ya pactada.

La *deobligación* respecto de ésta dependerá de la voluntad del acreedor.

#### 2.4. *Con la cláusula de arrepentimiento*

La *cláusula* del art. 1373 Código Civil, consiste en la facultad que se reservan las partes en el contrato de compraventa de proceder a su extinción por vía de *arrepentimiento unilateral*.

Tal *arrepentimiento* se distingue del de la *seña penitencial* en cuanto no requiere de modo esencial la existencia de una dación o entrega. Las restituciones que deban efectuarse recíprocamente las partes lo serán como consecuencia de la extinción resolutoria del contrato, pero sin obligación para la parte que se arrepiente de indemnizar a la otra.

#### 2.6. *Con la imposibilidad de cumplimiento*

Esta existe de acuerdo con el art. 888 del Código Civil cuando la prestación que forma la materia de la obligación viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor.

Tal extinción tiene por consecuencia la obligación de restituirse mutuamente las partes las arras o cualquier otra prestación, sin obligación de indemnizar.

Como sabemos, en la *seña penitencial* la extinción es provocada por la voluntad unilateral de uno de los contratantes que puede ejercer tal facultad precisamente merced a su aceptación de indemnizar.

#### 2.7. *Con el pacto comisorio*

El pacto comisorio opera como la facultad que tienen las partes en los contratos bilaterales de proceder a su resolución, ante el incumplimiento imputable del co-contratante.

Es decir que el pacto comisorio presupone el incumplimiento culpable.

La *seña penitencial* permite también como ya hemos señalado la extinción resolutoria.

Pero, por oposición al pacto, presupone la inexistencia de incumplimiento.

Estrictamente, que todavía no se ha empezado a cumplir —o a incumplir— (infra, punto 7.2.).

Podría darse la hipótesis de gabinete de que se hubiera producido el incumplimiento por una parte y que sea la otra quien se arrepienta.

Pero carece de lógica que quien está facultado para resolver por el art. 1204 Código Civil con derecho a reclamar indemnización opte por hacerlo, pero aceptando pagarla a través del procedimiento del art. 1202.

1.7.1. Especial comentario merece la última parte del primer párrafo del artículo precedentemente mencionado en cuanto dispone que quien entregó la señal puede dejar de cumplir el contrato perdiéndola.

Una primera lectura de la norma pareciera aceptar que quien ha incurrido en incumplimiento puede no obstante arrepentirse.

No es sin embargo así. El no cumplimiento es el objetivo final del que se arrepiente.

Pero sólo le será permitido no cumplir en caso de ejercitar el arrepentimiento en legal forma.

En otras palabras, la pérdida de la señal no es la salida para quien previamente ha incumplido.

Por el contrario, la no necesidad de cumplimiento es la consecuencia natural de la no existencia de obligación, provocada por la extinción del contrato operada a través del arrepentimiento válidamente ejercitado.

1.7.2. Tema que ha dividido a la doctrina es si en el caso de resolverse por pacto comisorio un contrato en el cual existe entregada señal, ésta opera como límite mínimo o máximo de las indemnizaciones.

Siguiendo a Lafaille, Morello, Mosset Iturraspe y Spota, opinamos que se trata de instituciones diversas que responden a principios diferentes.

El rearcimiento a obtener por vía del pacto comisorio debe ser pleno, regirse por los principios generales y no limitarse o condicionarse a máximos o mínimos preestablecidos.

### 3) ANTECEDENTES HISTORICOS

Las arras tienen remoto origen, que Lafaille opina debiera buscarse en las costumbres de los comerciantes púnicos (Derecho Civil -Contratos- T<sup>o</sup> I, pág. 551, nota 101).

Aparecen de antiguo en los ordenamientos jurídicos y la doctrina no es pacífica en cuanto a su interpretación, función y alcance.

Puede sin embargo aceptarse que revestían carácter penitencial en el antiguo derecho griego.

Que fueron confirmatorias en el primitivo derecho romano y que Justiniano innovó respecto de ellas acordándoles el carácter de penitenciales.

Este mismo carácter tuvieron en la Edad Media, en la legislación castellana y en el código Napoleón.

La moderna orientación legislativa, sin embargo, vuelve sus preferencias hacia la especie confirmatoria, ejemplo de lo cual son los códigos alemán, suizo y brasileño.

Y partidarios de ella se manifiestan entre otros Lafaille (ob. cit. pág. 556), Fernández "Código de Comercio Comentado" T<sup>o</sup> II pág. 381) y Zavala Rodríguez (Código de Comercio Comentado - T<sup>o</sup> II, pág. 157), entre otros.

Para una más detallada exposición sobre el punto puede verse Spota ("Instituciones de Derecho Civil - Contratos", T<sup>o</sup> III, pág. 641).

#### 4) ESPECIES

La seña reconoce dos especies de características opuestas: la penitencial y la confirmatoria.

Son a tal extremo antagónicas que, como se manifestara en el punto 1), comúnmente suelen utilizarse para definir el género.

4.1. La seña penitencial es la que se destaca por tener características propias, tema que ampliaremos infra, punto 4.2.

Como quedó dicho en el punto 1), consiste en la dación o entrega de una cosa cualquiera sea su especie que una de las partes efectúa a la otra y que faculta a ambas para, por vía de arrepentimiento unilateral, provocar la extinción resolutive del contrato.

Para tal supuesto, opera como una estimación anticipada y recíproca de los daños que provocará la retractación.

Por tal procedimiento, ambos contratantes aceptan que para el caso de arrepentirse la indemnización sea de un monto equivalente al entregado como seña:

A la vez, este monto resulta independiente de la real existencia de perjuicios o de que éstos puedan superar al de la seña.

En uno u otro caso, la indemnización ascenderá o se limitará al equivalente de lo entregado como seña.

Esta consistirá en consecuencia y en definitiva en la facultad que se reservan las partes para no cumplir el contrato por voluntad unilateral y con un costo prefijado.

4.1.1: El arrepentimiento puede ser exteriorizado de modo expreso o tácito.

Pero en cualquiera de los casos debe ser claro e inequívoco, actual e incondicionado.

Una orientación doctrinaria postula que la facultad de retractación debe ser interpretada restrictivamente, en homenaje al principio del "pacta sunt servanda".

Sin embargo, la seña consiste en una estipulación de igual rango que las demás contenidas en el contrato.

El arrepentimiento que la seña faculta no es en definitiva sino un modo de ejercitar los derechos conferidos por una cualquiera de las cláusulas contractuales. Esto es, un modo de cumplir sus previsiones.

4.1.2. Matices peculiares plantea el caso en que la obligación a cumplir es indivisible y la parte que puede hacer valer el arrepentimiento pluripersonal.

Si bien se ha entendido que el arrepentimiento de alguno de los obligados impide el cumplimiento de la obligación, entendemos que para que sea válido, deberá ser ejercitado por todos los co-obligados conjuntamente.

Es decir, si la retractación no comprende a todos los sujetos que forman una de las partes contratantes, no hay arrepentimiento válido.

4.1.3. Puesto que la seña es un elemento accidental, emergente de la libre voluntad de las partes contratantes, también puede renunciarse.

Però le caben los principios generales aplicables a toda renuncia. Su intención no se presume a la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 874 Código Civil).

Consecuentemente, en caso de duda, debe entenderse que no hubo renuncia a arrepentirse.

Y la prueba de que ha existido corresponde al que la invoca.

Por último, la renuncia es retractable hasta tanto haya sido aceptada (art. 875, C. Civil).

4.1.4. El modo de efectivizarse el arrepentimiento difiere según que quien lo haga sea el *tradens* o el *accipiens*.

Si se arrepiente el dador de la seña, le bastará con una manifestación de voluntad expresa o tácita, pero inequívoca.

En cambio si lo hace el receptor, tal manifestación de voluntad por sí sola será insuficiente.

Deberá estar necesariamente acompañada por la devolución de lo recibido con más otro tanto de su valor.

Si ofrecida tal devolución no fuera aceptada, deberá consignar judicialmente.

Si el arrepentimiento se planteara en contienda judicial, deberá integrarse con el depósito de las sumas recibidas, más otro tanto.

En síntesis, no es suficiente la mera declaración de que se va a devolver o de que se pone la seña a disposición de la otra parte.

La manifestación del arrepentimiento debe estar inequívocamente acompañada por la restitución o por la demostración inequívoca de la voluntad de restituir.

4.1.5. En cuanto a qué es lo que debe restituir el *accipiens*, se plantea una cuestión terminológica muchas veces descuidada.

En 1.6. señalamos que podían ser objeto de seña las cosas sin excepción.

Es decir que si bien comúnmente lo será una suma de dinero, igualmente válido resultará que se entregue a tal fin una barra de oro o de hierro o una vaca.

Constituye un lugar común decir que al efectivizarse el arrepentimiento, el receptor de la seña deberá devolverla "doblada".

Ello no es exacto en estricto castellano y su interpretación literal puede, en el caso de los ejemplos precedentemente mencionados, provocar penosas confusiones o insalvables dificultades.

Però fundamentalmente, lo de que la seña deba devolverse "doblada" no es cierto porque no es lo que dice el Código.

El art. 1202 dispone que se "debe devolver la señal con otro tanto de su valor".

Y esto es cosa bien diferente.

Si lo recibido hubiera sido una suma de dinero –hipótesis que no ofreció dificultades– se deberá restituir el doble del monto recibido.

Però si no consistiera en dinero y fuera una cosa, deberá restituirse ésta. No "doblada" ni con más otra igual.

La indemnización consistirá en tal caso en la entrega del valor equivalente al de la cosa oportunamente recibida como seña.

4.1.3.1. Dificultad adicional puede presentar la determinación del valor de la cosa que se reintegra, que deberá adicionar el *accipiens*.

Quedó dicho más arriba que la restitución debe ser efectiva.

Pero en la medida que el valor adicional no se ajuste al de la cosa que constituye la seña, su reintegro podrá ser cuestionado por el tradens.

Y tal cuestionamiento hará derivar necesariamente la dilucidación de si el arrepentimiento fue ejercitado de modo válido o no a la decisión judicial.

4.1.6. Si la seña a restituir fuera de diferente especie, deben precisarse las condiciones de su reintegro.

Si por ser la cosa consumible o fungible hubiera sido entregada en propiedad, deberán restituirse cosas del mismo género y especie (supra, punto 1.3.).

Si que no fuera el caso, será análogicamente de aplicación lo dispuesto por el art. 1302 en cuanto establece que si el contrato se cumpliere, la seña debe devolverse en el estado que se encuentre.

Serán aplicables también, en consecuencia, las obligaciones del depositario y del que debe restituir cosas a su dueño.

4.2. Llámase un poco tautológicamente seña confirmatoria a las cantidades o cosas de la misma especie que configuran el precio y que se entregan para confirmar el contrato y en signo de ratificación.

En la especie confirmatoria la seña pierde las características tan peculiares y propias que reviste como penitencial.

Desaparece la facultad extintiva resolutoria del contrato.

Se limita notablemente el objeto de la seña, que no puede ser ya cualquier cosa sino tan solo aquellas que resulten de la misma especie prometida en el contrato (contra, Moscat Iturrage, "Teoría General del Contrato", pág. 484).

Y esto debido a la necesidad de que la seña pueda imputarse por cuenta del precio pactado.

Se dice que la seña confirmatoria tiene como resultado reforzar el vínculo contractual; lo que puede ser cierto, pero sólo en un sentido relativo.

La parte que entrega una cantidad como seña confirmatoria no se encuentra más obligada a cumplir al contrato que si no la hubiera entregado.

La obligatoriedad y exigibilidad del compromiso resultan exactamente iguales. Nacen del vínculo y no de la seña.

Sólo podrá decirse que el contrato ha sido reforzado o ratificado en tanto que por la circunstancia de que una de las partes ha pagado al momento de la celebración una parte del precio, por esta sola circunstancia y en la medida de ella, ha demostrado de modo más cabal su intención de dar cumplimiento al compromiso asumido.

No le vemos a la seña confirmatoria otra característica notable más que precisamente carecer de las características que posee la seña penitencial. Esto es, no da derecho al arrepentimiento y no sirve como medida predeterminada de indemnización.

Es por tal motivo que el retardamiento que pueda corresponder a una de las partes lo será por incumplimiento de la otra. Existirá en la medida que haya perjuicio efectivo y se entenderá hasta donde éste alcance.

En síntesis: Como lo dice el art. 475 C. Com. las cantidades entregadas con el nombre de seña confirmatoria "se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio".

Y como con más detalle veremos "infra", cuando la entrega es a cuenta de precio, no puede ser —o ha dejado de ser— seña.

Con lo que no pretendemos modificar el régimen de la "seña confirmatoria".

Simplemente, creemos que —rigurosamente hablando— no tiene mucho sentido llamarla “seña”.

4.3. Diversas situaciones pueden plantearse respecto de la seña cuando en el contrato no se ha aclarado debidamente si una entrega reviste o no ese carácter.

Puesto que es un elemento accidental, no indicándose en el contrato la calidad en que la suma fue dada, no se le puede acordar calidad de seña.

Diferente es el caso en que aclarándose que la dación reviste el carácter de una señal, no resulta especificado si lo es como penitencial o confirmatoria.

Puesto que en el régimen del art. 1202 C. C. (v.) la seña es penitencial y en el del art. 475 C. Com. lo es confirmatoria, la presunción funcionará entonces en el sentido que tratándose de un contrato civil la seña será penitencial y confirmatoria si ha sido pactada en un contrato mercantil.

La interpretación sin embargo no habrá de detenerse en el carácter civil o comercial del contrato, sino que deberá efectuarse de acuerdo con el contenido global del mismo.

Tal es el caso por ejemplo de la compra de inmuebles en subasta.

En tal supuesto y pese a tratarse de contratos civiles, únicamente se acuerda a la seña el carácter de confirmatoria, dadas las especiales características de la operación.

## 5) FUNCIONES Y EFECTOS

5.1. Se le confiere a la seña en sus especies confirmatoria y penitencial la función de reforzar o debilitar —respectivamente— el vínculo contractual.

Reforzarlo la seña confirmatoria en el sentido indicado en el punto 4.2.

Y debilitarlo la seña penitencial en la medida que deja abierta la posibilidad del incumplimiento y de la extinción del contrato.

5.2. De acuerdo con lo literalmente expresado por el art. 1202, asegurar el contrato o su cumplimiento.

Se establece aquí la diferenciación entre el contrato que no se encuentra definitivamente concluido, respecto del cual se busca llenar formas no cumplidas, tener por firme el consentimiento, en definitiva “asegurar el contrato”.

Y por otra parte se toma en consideración el contrato definitivamente celebrado respecto del cual la seña serviría para asegurar su cumplimiento o ejecución.

El sentido emergente de la parte transcripta del art. 1202 es sin embargo interpretado doctrinariamente bajo el prisma apuntado en 5.1.

La seña penitencial, lejos de asegurar el contrato o su cumplimiento, tiende a debilitar el vínculo contractual al permitir el arrepentimiento y la extinción del contrato.

5.3. Como ya quedó expuesto con anterioridad, la seña en su especie penitencial importa otorgar la facultad de no cumplir el contrato preestableciendo para tal eventualidad el costo de la indemnización.

5.4. Los efectos del arrepentimiento son de carácter resolutorio. Esto es, tienden a volver las cosas al estado existente antes de la celebración del contrato.

5.5. Supra, punto 4.1.4., hemos indicado que tradens y accipiens tienen que manifestar de diverso modo la declaración de voluntad tendiente a efectivizar su arrepentimiento.

Exteriorizado éste en legal forma, seña definir a partir de qué momento se producen sus efectos. Ello ocurre desde que la manifestación de voluntad es notificada en tiempo y modo válidos a la contraparte.

Es evidente que si tal voluntad de arrepentirse resulta cuestionada, será sometida al control judicial, provocando una decisión sobre su validez y efectividad.

Pero si el arrepentimiento hubiera sido ejercitado en debida forma, el fallo deberá reconocerlo, teniendo por extinguido el contrato al momento de haberse notificado la manifestación de la voluntad.

Situación ésta que no difiere de la que se presenta con la resolución del contrato por pacto comisorio extrajudicial.

## 6) EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DE COMERCIO. DIFERENCIAS

Ya ha quedado remarcada la distinción esencial existente entre el régimen del art. 1302 C. Civ. y el del art. 475 C. Com. en el sentido que el primero regula la seña como penitencial mientras que el segundo lo hace como confirmatoria.

Debe adicionarse a ello otra importante diferencia de orden metodológico.

Mientras que en el Código Civil está regulada con la parte general de los contratos, al tratar de sus efectos, que se consideran como propios de los bilaterales, el Código de Comercio la legisla junto con el contrato de compraventa.

Si a ello agregamos que el art. 475 comienza diciendo que "las cantidades que con el nombre de seña o arras se suelen entregar en las ventas...", se nos aparece una nueva limitación de acuerdo con la cual solamente el dinero podría ser objeto de seña en materia comercial.

Sin embargo, la doctrina comercialista ha interpretado extensivamente la norma en examen.

Así, ha sostenido que la circunstancia de que el art. 475 hable de "las cantidades" no obsta para que se entreguen "cosas" (Zavala Rodríguez, "Código de Comercio Comentado", T<sup>o</sup> II, pág. 159) o "papeles de comercio" (Alconada Aramburú, "Código de Comercio Comentado", T<sup>o</sup> I, pág. 392).

De igual modo, sostiene que la norma no se limita al contrato de compraventa.

Así, que se aplica en cualquier negocio comercial (Alconada Aramburú, ob. cit. T<sup>o</sup> I, pág. 392). O que se aplica a la locación por contratos comerciales (Zavala Rodríguez, ob. cit., T<sup>o</sup> II, pág. 160). O que se aplica no sólo a las compraventas (Malagarriga, "Tratado", T<sup>o</sup> II, pág. 229 nota 73).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reiterar que por imperio del art. 1197 C. Civil, podrá pactarse una seña confirmatoria en un contrato civil o penitencial en otro comercial, con la única limitación de que ello deberá estar previsto expresamente.

## 7) EL ART. 1302 C. CIVIL. FACULTAD DE ARREPENTIMIENTO

### 7.1. Límites de su ejercicio

Como lo señala Spota, la norma no los prevé expresamente.

Se han ido delimitando por aplicación de otras disposiciones del Código Civil o por construcción jurisprudencial.

Al cabo, encontramos los siguientes límites al ejercicio de la facultad, restringida por otra parte de modo exclusivo a la seña penitencial.

### 7.1.1. *El plazo convenido*

Las partes pueden convencionalmente fijar un plazo hasta el que cabrá arrepentirse válidamente y a contar del cual, por el contrario, no podrán ya hacerlo.

La posibilidad de tal previsión contractual halla apoyo en el art. 1197 del Código Civil.

### 7.1.2. *La mora*

La nueva redacción del art. 509 C. Civ. modificado por Ley 17.711, ha dado mayor importancia aún al presente límite.

El ejercicio de la facultad de arrepentimiento presupone la inexistencia de incumplimiento.

Como decíamos supra, punto 2.7., que aún no se ha comenzado a cumplir (o a incumplir).

La mora, en consecuencia y en la medida que revela la existencia de incumplimiento, además culposo, constituye un límite natural al ejercicio de la facultad.

Elo por ser una y otro absolutamente contradictorios e incompatibles.

### 7.1.3. *Vencimiento del plazo para concertar alameda*

Esta tercera eventualidad se halla expresamente contemplada en el fallo plenario de "Méndez c/Perupato de Ferrarese" (CNCiv. en Pleno, diciembre 29/951 E.D. T° II, pág. 443).

Merece remarcar que este fallo se dictó en vigencia de la antigua redacción del art. 509 C. Civ.

El ámbito de aplicación de este límite ha quedado a partir de la ley 17711 reducido, por la generalización de los supuestos de mora automática.

## 7.2. *Caducidad de la facultad*

Los límites señalados en el punto anterior no son los únicos.

A ellos se deben agregar los actos que se ha entendido importan una caducidad de la facultad. Entre éstos, revisten importancia fundamental los calificados como principio de ejecución del contrato.

7.2.1. Se conceptúa como principio de ejecución todo acto posterior al contrato que demuestra inequívocamente la voluntad de la parte que lo realiza de cumplir las obligaciones a su cargo.

Repárese en que la calificación no es la de "cumplimiento del contrato" sino de "principio de cumplimiento".

Por lo tanto no representa el cumplimiento de todas las obligaciones o de la única obligación en que el contrato consiste.

Se trata en cambio del cumplimiento por el deudor de uno cualquiera de los actos a que estaba obligado.

Siempre y cuando este acto sea suficiente e idóneo como para demostrar de manera inequívoca la voluntad de cumplir el contrato en su totalidad.

Sentado el concepto que antecede, resta determinar en la práctica qué actos se consideran o no principio de cumplimiento.

Sobre este tema remitimos a lo que se expone infra en el punto 9.3.

7.2.1.1. Ante cualquier acto que pueda ser considerado principio de ejecución debemos distinguir si ha sido realizado sólo por una de las partes contratantes o conjuntamente por ambas.

En este último caso, el contrato tendrá principio de ejecución para las dos.

En el primero, únicamente para la autora del acto en cuestión.

Respecto de la otra, dependerá de que haya realizado o no otros actos que merezcan igual calificación.

Consecuencia de lo expuesto es concluir que cuando un contrato tiene comienzo de ejecución ello no implica necesariamente que lo tenga para todos los partícipes en él.

Es decir que el cumplimiento puede haber principiado para una de las partes y no para la otra.

Consecuentemente, la causal de caducidad de la facultad de arrepentimiento operará habra operado sólo respecto de aquella.

La otra, en cambio, mantendrá el derecho de ejercitar la facultad de arrepentimiento hasta tanto el contrato tenga también a su respecto principio de ejecución.

7.2.1.2. El fundamento por el cual el principio de ejecución del contrato importa caducidad de la facultad de arrepentimiento resulta claro.

Ya quedó expuesto que la cosa podía ser entregada en el momento de la celebración del contrato o en cualquier otro posterior siempre que no hubiera principiado su ejecución.

El ejercicio de la facultad de arrepentimiento importa la manifestación del propósito de apartarse del contrato. De no cumplirlo. De provocar su extinción.

Evidentemente, la realización de un acto que lleva al cumplimiento resulta en absoluto contradictoria con las intenciones referidas en el párrafo precedente.

Ambas posturas son inconciliables y, de acuerdo con la doctrina de los propios actos, resultaría incoherente que quien primero tiende a ejecutar el contrato pretenda luego que se le reconozca derecho a retractarse de él.

Por ello es indiscutible que quien comienza la ejecución del contrato opera simultáneamente la caducidad de su derecho de ejercitar el arrepentimiento.

7.2.2. Cabe la pregunta de si el transcurso de un tiempo prolongado puede importar por sí solo otra causal de caducidad.

En tal sentido, un viejo fallo de la Cámara Civil del año 1961 admitió el plazo de tres años como determinante de su existencia, por aplicación analógica de la norma del art. 1381 C. Civ.

## 8) LA CLAUSULA "COMO SEÑA Y A CUENTA DE PRECIO"

Es habitual —desde mucho tiempo atrás— observar en los boletos de compraventa que se atribuya a las sumas entregadas en el momento de la celebración el calificativo de que lo son "como seña y a cuenta de precio".

El primero de los conceptos —seña—, teniendo en cuenta que se trata de contratos civiles, evidentemente participa de la especie penitencial regulada por el art. 1202 y, como consecuencia necesaria de ello, otorga a las partes facultad de arrepentimiento.

El segundo, en cambio —a cuenta de precio—, implica que la suma entregada lo es con imputación a una de las obligaciones que le caben a la parte para el cumplimiento del contrato.

Esta idea de cumplimiento resulta inconciliable con la facultad de arrepentirse que emerge del calificativo de "seña".

De allí que la mención conjunta de ambos términos resulte contradictoria, a menos que se logre una interpretación que permita compatibilizarlos.

Tal situación había provocado no solamente diversas opiniones doctrinarias, sino también fallos antagónicos.

Por una parte, se entendía que la mención de "a cuenta de precio" resultaba derogatoria del calificativo de "seña" consignado al comienzo, que debía reputarse como no escrito.

Opuesta a ésta, una segunda postura asignaba a la cláusula en cuestión una doble función sucesiva: como seña en tanto no hubiera comenzado la ejecución del contrato. Iniciada ésta, las sumas entregadas como seña perdían ya su función penitencial y pasaban a considerarse parte del precio que debía ser abonado.

Estas interpretaciones discordantes provocaron finalmente que con fecha 29 de diciembre de 1951 se dictara el fallo plenario de las Cámaras Civiles en autos "Méndez, Roberto c/Perrupato de Ferrarese, Antonio" en el cual la mayoría acogió la segunda de las mencionadas.

Dicho plenario sentó el criterio de que la mención "como seña y a cuenta de precio" tiene una doble función sucesiva: como seña si el contrato no se cumple y a cuenta de precio en caso contrario.

Tal interpretación posee la virtud de no requerir, como la primera, tener por no escrita parte de la cláusula, cosa que debe entenderse con toda probabilidad que no fue la intención de los contratantes.

A su través se logra dar sentido aceptable a una cláusula no feliz en su redacción.

Sin embargo, pese de relieve el contenido redundante que ésta lleva implícito y al cual acertadamente se refiere el camarista Bargallo Cirio en el plenario citado.

Y es redundante la calificación de "a cuenta de precio" colocada luego de la mención de "seña", pues, bien mirado, no variaría el funcionamiento de la cláusula si dijera esto último —seña— solamente.

Ya sabemos que la especie penitencial importa la facultad de arrepentimiento y que es la primera función de la doble sucesiva que reconoce a la cláusula en estudio el plenario citado.

Habido luego principio de ejecución, resulta que las sumas entregadas se reputan como a cuenta de precio.

Y, consecuentemente, a partir de este momento deja de existir el derecho de arrepentimiento.

Pero no distinta es la situación si se analiza el funcionamiento "como seña" de modo exclusivo.

Ya vimos supra, punto 7.1. que entre los límites al funcionamiento de la facultad de arrepentimiento contenida en la seña penitencial se encontraba el plazo convenido, la mora y en defecto de ésta el vencimiento del plazo para la contestación de demanda.

Y que como supuesto de caducidad se consideraba fundamentalmente el principio de ejecución.

Esto es que pactada la cláusula exclusivamente como seña, habiendo luego comienzo de ejecución no será ya válido el ejercicio de la facultad de arrepentimiento.

Como consecuencia de ello, las sumas entregadas quedarán a cuenta del precio.

Es decir que el funcionamiento de la cláusula será exactamente igual que si se hubiera utilizado la controvertida y no feliz expresión de "como seña y a cuenta de precio".

8.1. Consecuencia subsidiaria del empleo de la cláusula "como seña y a cuenta de precio" es una importante limitación en cuanto a las cosas que pueden ser objeto de seña.

Quedan necesariamente limitadas a las de la misma naturaleza que la que forma la prestación que por el contrato debe cumplir el dañor.

Y ello es necesariamente así porque por definición debe tratarse de cosas que luego de cumplido el contrato puedan ser imputadas al pago del precio.

## 9) JURISPRUDENCIA

### 9.1. *Seña y a cuenta de precio*

La interpretación de esta cláusula ha sido fijada por el ya mencionado plenario "Méndez c/Perrupato de Ferrarese" el que, como quedó dicho, le ha acordado una doble función sucesiva: como seña si el contrato no se cumple y a cuenta de precio en caso contrario.

### 9.2. *Límites del arrepentimiento*

El mismo plenario los ha fijado, de modo semejante al señalado supra, punto 7.1.

#### 9.2.1. *Plazo convenido*

A este respecto, decidió en el punto segundo de la votación que "si existe plazo para escriturar ése será también para optar por el arrepentimiento, hasta la constitución en mora".

Bien mirado, esto importa un tratamiento parcial del tema, además confundido con el de la mora.

El plazo como límite sólo fue tratado en el plenario con el alcance que le hemos asignado supra punto 7.1.1. en el voto del Dr. Coronas, quien expresamente dijo: "La facultad de retractarse puede ser limitada por las partes. Nada lo impide (art. 1197). Cuando se ha pactado un plazo el arrepentimiento debe ejercerse dentro de él. . . El plazo de escrituración, aclaro, no es para mí el de arrepentimiento".

### 9.2.2. Mora

La mora extrajudicial surge implícita como límite al arrepentimiento del punto tercero del plenario, que dispone: "Si no hubiese constitución en mora extrajudicial, el arrepentimiento puede tener lugar válidamente hasta la contestación de la demanda".

Es decir que si la hubiera, el plazo para el arrepentimiento se retrotrae hasta la fecha de la misma.

Reitero que con posterioridad a este plenario, la mora automática introducida en el art. 509 C. Civ. según ley 17711 ha generalizado los supuestos de aplicación de este límite al ejercicio del arrepentimiento.

### 9.2.3. Fencimiento del plazo para contestar demanda

Surge como límite del mismo punto tercero del plenario, transcrito precedentemente.

Reiterando la aclaración del último párrafo del punto que antecede en el sentido que la posterior modificación del art. 509 C. Civ. ha restringido el campo de aplicación de este supuesto en la misma medida que ha desarrollado el anterior.

## 9.3. Principio de ejecución

9.3.1. El punto cuarto del mismo plenario se pronunció sobre el supuesto del título como causal de caducidad: "El arrepentimiento es procedente siempre que el contrato no haya tenido principio de ejecución".

9.3.2. Aceptado que el principio de ejecución funciona como causal de caducidad de la facultad de arrepentimiento, deja amplio campo a la doctrina y la jurisprudencia determinar que supuestos lo constituyen y cuales otros no. Aún habiendo asentado el concepto de lo que debe entenderse por principio de ejecución, la decisión de si existe o no en el caso concreto puede dar lugar a dificultades ya que se trata de una cuestión de hecho y un mismo acto puede ser considerado o no como tal según las circunstancias del caso.

La jurisprudencia sobre el tema ha sido profusa.

De su conjunto podemos extraer tres grandes grupos: a) Supuestos que indiscutiblemente constituyen principio de ejecución del contrato; b) Casos que indiscutiblemente no lo son y c) Casos dudosos que son considerados o no principio de ejecución según las circunstancias que los rodean.

### 9.3.2.1. Constituyen principio de ejecución:

- a) La tradición de la cosa.
- b) El pago total o parcial del precio.
- c) La entrega de la posesión del inmueble.
- d) Que los lotes vendidos fueran alambrados y en uno de ellos se cavaran pozos por parte del comprador.
- e) Que el vendedor del inmueble haya permitido el acceso del comprador para que realice, por cuenta de este último, las refacciones que accataba el edificio, aunque ello no importe entregarle su posesión en el estricto sentido jurídico del vocablo.

f) Cuando el comprador se conduce como propietario, sin protestas y con el asentimiento del vendedor.

g) La realización por los vendedores de los trámites que se comprometieron a hacer, para estar en condiciones de firmar la escritura.

h) Habiéndose asumido el compromiso de escriturar luego de concluido el trámite de una sucesión, la iniciación de ésta, la inscripción de la declaratoria de herederos y el pedido del cónyuge superviviente para que se le autorice a suscribir la escritura traslativa de dominio en nombre de un hijo menor.

i) La entrega por el vendedor al escribano del título de propiedad, acompañada por la intimación telegráfica al comprador para que escribire y acepte el trámite de certificaciones que el escribano solicita a los fines de la escrituración.

j) La fijación de fecha para escriturar y los trámites preliminares a este acto, en los que el vendedor colaboró, facilitando al escribano la documentación pertinente.

k) Si el vendedor manifiesta su voluntad de escriturar, al constatar el telegrama por el cual se le constituye en mora.

l) El levantamiento de la hipoteca que gravaba el inmueble, en la forma convenida en el boleto.

m) La promoción del juicio de reivindicación previsto en el boleto.

*...f) La promoción del juicio de reivindicación...*

n) El levantamiento del embargo que impedía escriturar.

o) La autorización para escriturar pedida en el juicio sucesorio.

p) La iniciación del juicio sucesorio a que se subordinó la firma de la escritura.

q) El pedido de autorización de venta presentado en el juicio sucesorio.

r) Cuando en el sucesorio se hace la partición necesaria para permitir el cumplimiento del boleto.

s) La intimación a cumplir el contrato en un plazo perentorio.

### 9.3.2.2. *No constituyen principio de ejecución:*

a) El pago de los impuestos de la finca vendida.

b) La solicitud al escribano interviniente de una minuta para otorgar un poder.

c) La confección del plano de subdivisión del inmueble en propiedad horizontal.

d) Informarse en la escribanía sobre el trámite de la escrituración.

e) La solicitud de un préstamo por el comprador.

f) La incuria o el desinterés que puede haber tenido el vendedor en la conservación del inmueble.

g) La permanencia por el locatario, después de firmar el boleto de compraventa, en la finca por él ocupada.

h) Las mejoras introducidas por el locatario en el inmueble que ocupa.

i) La no percepción de los alquileres del inmueble vendido por parte del propietario al inquilino comprador.

j) La concesión de una prórroga en el plazo para escriturar.

k) La inscripción de la declaratoria de herederos dictada en un sucesorio.

l) La obtención de los certificados por el escribano.

9.3.2.3. *Caso que constituirá o no principio de ejecución según las circunstancias.*

- a) La designación del escribano.
- b) La entrega al escribano de los títulos necesarios para la escrituración.
- c) El levantamiento de planos indispensables para la venta.
- d) La gestión de préstamos con los que ha de pagarse el precio.

## 10) OTRAS CLAUSULAS SIMILARES

Si bien con menor difusión que la ya analizada cláusula "como seña y a cuenta de precio", no es extraño que se utilicen otras similares, de las cuales mencionaremos algunas a continuación:

10.1. *"En concepto de seña y como anticipo y principio de ejecución de la escritura"*

En fallo dictado por la CSBA (L.L. T° 111; pág. 753) se decidió que la referencia al principio de ejecución obsta al ejercicio de la facultad de arrepentimiento.

10.2. *"Como seña, a cuenta de precio y principio de ejecución"*

También en este caso, la mención al principio de ejecución obsta a la doble función sucesiva asignada al resto de la cláusula.

Consecuentemente, queda excluida la posibilidad de arrepentimiento.

10.3. *"En garantía del cumplimiento"*

No importa seña y tiene carácter confirmatorio del contrato.

10.4. *"A cuenta de precio y en garantía de la operación"*

Resulta también confirmatoria, con mayor razón que la anterior.

10.5. *"A cuenta de precio y como anticipo de ejecución"*

Se excluye en este supuesto la mención de "seña" considerada supra, n° 2.

Si aquella no daba lugar al arrepentimiento, ésta con mayor razón aún habrá de considerarse confirmatoria.

10.6. *"Como principio de ejecución"*

Por las mismas razones aducidas en los Nros. 2 y 5, será también confirmatoria.