

La obtención de financiación para la compra de vivienda y las arras

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. LAS ARRAS Y LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA.
2. SUPUESTO DE CLÁUSULA DE ARRAS.
3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA: ARRAS CONFIRMATORIAS Y FACULTAD «RESOLUTORIA».
4. LA INCLUSIÓN DE ARRAS PENITENCIALES.
5. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Durante la década de los años noventa y la mitad de la siguiente, España se ha beneficiado de una época de bonanza y crecimiento económicos de alcance mundial que, en su caso, se ha traducido principalmente en un fuerte desarrollo del mercado inmobiliario, lo que ha propiciado, a su vez, en pura lógica, un gran incremento en las ventas de vivienda. Los contratos y escritos que documentan estas ventas normalmente incluyen cláusulas de arras que poseen una finalidad de confirmación, de facultad de desistimiento reconocida a cada parte o de pena por su incumplimiento, en su caso. Sin embargo, los pretendidos objetivos de las arras producen consecuencias de signo diverso a los deseados en épocas de crisis, en las que los compradores encuentran grandes dificultades para poder concluir con éxito las ventas proyectadas —principalmente, por estrangulamiento de la actividad crediticia y la consiguiente falta de financiación—, el juego y

significado de las arras pueden sufrir alteraciones. En efecto, la imposibilidad de comprar la vivienda por causas ajenas a la voluntad del comprador puede ocasionar la pérdida de la cantidad entregada como arras. Por esta razón, se han articulado en la práctica cláusulas que persiguen fines similares a los que proporciona el pacto arral, a la vez que evitan la pérdida de las arras ocasionada por la no conclusión de la compraventa.

Por todo lo anterior, vamos a analizar en este trabajo una cláusula que proporciona una facultad de desistir y, por ello, presenta cierta cercanía con las arras penitenciales, con el fin de desentrañar su naturaleza y, por ende, su calificación. A su vez, se estudian diferentes cuestiones relacionadas con las características y el ejercicio de la facultad que incluyen las arras penitenciales, para determinar las posibilidades que su inclusión en un contrato otorgan al comprador en un contexto de crisis como el que vivimos en la actualidad.

Palabras clave: compraventa de vivienda, arras, desistimiento.

1. LAS ARRAS Y LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA

En la contratación civil, concretamente en las compraventas, es muy usual la entrega por parte del comprador de cantidades a cuenta del precio recibido. Dichas cantidades poseen un objetivo de confirmación o aseguramiento del contrato celebrado de compraventa de vivienda, pues es común el empleo de las arras en las compras de dichos bienes. Las arras, en tales casos, son confirmatorias del contrato y la cantidad entregada tiene, por voluntad de las partes, la consideración de parte del precio total que finalmente se pagará como precio de la vivienda. En otras ocasiones, las sumas se entregan como arras penitenciales, que permiten a las partes desligarse de la obligación o contratos pactados a cambio de la pérdida de las mismas o de su devolución doblada, según quien haga uso de dicha facultad. En cualquier caso, estas arras también poseen cierto carácter de aseguramiento del contrato, por cuanto condicionan el ejercicio efectivo de la facultad a la pérdida de aquellas cantidades.

Por otra parte, el desarrollo económico que ha experimentado nuestro país en los últimos años ha ocasionado, a su vez, un crecimiento desmesurado y sin precedentes —al menos desde un punto de vista cuantitativo— del sector de la promoción inmobiliaria y de la construcción, producto de una gran demanda de vivienda que se beneficiaba además de una gran facilidad en la obtención de financiación a bajo precio, dada la favorable evolución de los tipos de interés. Sin embargo, desde mediados de esta década la crisis financiera mundial ha provocado, de forma aumentada dadas las particularidades de la situación económica española, un efecto general de restricción del crédito que ha generado después la retracción, sino la negativa, de las entidades bancarias a la concesión de préstamos, invirtiendo así su política de préstamos respecto de la situación an-

terior. Dicha restricción ha desembocado en la conclusión infructuosa de muchas compras, lo que, a su vez, creaba problemas de recuperación de las cantidades entregadas en concepto de arras en momentos previos de negociación con las entidades bancarias. Según hemos señalado, las partes en la compraventa pactan el carácter penitencial o de desistimiento de las cantidades entregadas como arras, en cuyo caso la finalidad y efectos de tal entrega se someten al régimen establecido en el artículo 1454 del Código Civil: nos referimos a las consecuencias relativas a la posible devolución de aquellas en caso de no celebración definitiva del contrato. En tal caso, el uso de la facultad de desistimiento por comprador o vendedor tiene el coste ya señalado en dicho precepto de la pérdida de las arras, simple o doble. Es esta una de las razones que frenan su empleo generalizado. Ante el riesgo de su pérdida, sobre todo en situaciones de crisis en las que la posibilidad de no obtener financiación se incrementan, según hemos visto, las partes prefieren incluir una cláusula con una solución más específica y adecuada a tales circunstancias y casos, en los que la imposibilidad de concluir finalmente el contrato no depende exclusiva ni principalmente de la voluntad o de la conducta del comprador que pretende la financiación de la compra.

En esta ocasión vamos a analizar diversas cuestiones relacionadas con la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para la compra de vivienda y su influencia o efectos respecto de las cantidades entregadas en concepto de arras. En primer lugar, analizaremos una cláusula que ha sido recogida en gran cantidad de contratos de compraventa de vivienda en la que, ante la posibilidad cierta de no obtener el préstamo o lograr la subrogación en el que ya es parte el promotor, se pretende evitar al comprador la pérdida de las cantidades entregadas, posibilitando la recuperación de las mismas si se opta por resolver la compraventa ante la imposibilidad de adquirir finalmente la vivienda. En la actualidad, son numerosas las compraventas de vivienda que no se concluyen, circunstancia que recomienda la adopción de soluciones que eliminen o, en lo posible, minimicen el mencionado perjuicio de la pérdida por compradores de dichas cantidades, dado que la restricción del crédito hipotecario es también general y afecta, por tanto, a un gran número de quienes desean adquirir una vivienda. De otra forma, el comprador se situaría en una posición muy difícil y perjudicial, puesto que se añade, al daño derivado de la imposibilidad de comprar, el adicional de la pérdida de las cantidades entregadas, lo que ocurre por causas ajenas a la voluntad del comprador. Por todas estas razones, ya podemos adelantar que nuestra opinión respecto de la inclusión de la cláusula objeto de análisis u otras similares es positiva. No obstante lo anterior, la realidad de la situación económica y la necesidad de facilitar la posición de los compradores en la actual situación económica de crisis, exige ir más allá en este estudio y preguntarse, por ende, sobre la conveniencia de tal inclusión para lograr dicho efecto y, en tal caso, sobre la necesidad de proponer la adopción de soluciones de política legislativa al respecto.

Además, debemos también analizar porqué, ante la similitud de efectos que se generan en el caso de la cláusula antes referida y las arras penitenciales, sin embargo las partes optan en la práctica por la adopción de soluciones como la planteada, alejándose de la opción reconocida en el artículo 1454 del Código Civil. Es obvio que la existencia de ambas posibilidades se justifica por su diferencia conceptual y de las consecuencias que, en cada caso, se derivan. De otra forma, no sería admisible sostener calificaciones separadas a figuras con identidad conceptual. Además, en el caso de las arras penitenciales es conveniente analizar si la facultad de desistir que incluyen se puede ejercitar en cualquier situación, incluso defraudando las legítimas expectativas que la celebración del contrato de compraventa genera en el comprador respecto de la venta en sí y, sobre todo, del precio que iba a tener que pagar. Al respecto, debemos reseñar que una desmesurada subida de los precios de los inmuebles ha generado la práctica común del uso indiscriminado de la facultad de desistimiento para posibilitar después una venta más sustanciosa desde el punto de vista económico. Por el contrario, un desplome de los precios en una época de crisis como la presente permitiría la opción contraria por parte del comprador, que no desea un precio mayor que el determinado por el mercado en cada momento. En tales situaciones se ha planteado la consideración de tales conductas, al menos en el primer caso, como contrarias a un elemental principio de buena fe.

2. SUPUESTO DE CLÁUSULA DE ARRAS

Existen múltiples ejemplos de redacciones que podemos encontrar en la práctica contractual de cláusulas de arras. Nosotros hemos seleccionado la que a continuación recogemos por las siguientes razones. Además de la evidente originalidad que presenta respecto de aquellos supuestos en los que se incluyen cláusulas de arras no acompañadas de otras facultades, se observa que la inclusión conjunta en una cláusula de las arras y de la opción de desistimiento posee una gran similitud con las arras penitenciales. Por esta razón, hemos considerado que resulta interesante realizar un análisis de esta cláusula, de manera que se pueda determinar su alcance y su definición respecto de este tipo de arras. La cláusula en cuestión ha sido redactada por el Instituto Nacional de Consumo para su inclusión en los contratos de compraventa de vivienda y dice así:

«Tanto en el supuesto de no obtenerse la conformidad de la entidad financiera a la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria y en la obligación personal derivada del préstamo, como en el caso de la no obtención del crédito hipotecario solicitado, la parte compradora se obliga a pagar a la parte vendedora el total importe

previsto para dicho préstamo en el plazo de... desde la notificación al comprador de la denegación del préstamo y, en todo caso, hasta el momento de la entrega de llaves y cuando sea requerida para ello tras la terminación de las obras. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución del presente contrato a instancia de la parte vendedora.

No obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior».

Esta cláusula otorga, como se puede comprobar fácilmente, una opción a favor del comprador para que, en caso de denegación del préstamo hipotecario por parte la entidad financiera o de la subrogación en el préstamo que ya se hubiese concedido al promotor con anterioridad, aquel pueda continuar haciendo frente al pago de las cantidades adeudadas por la compra de vivienda, si así lo decidiera; o que, por el contrario, pueda optar por reclamar la extinción del contrato. El empleo del término «resolución» genera ciertos problemas de precisión conceptual. Como es sabido, tal término se emplea para aludir a un supuesto de ineficacia de las obligaciones bilaterales, para el caso de que una de las partes incumpla lo que le corresponde, en cuyo caso no es admisible reclamar el cumplimiento. En el presente caso no se observa, en modo alguno, ningún incumplimiento de la contraparte que legitime para el ejercicio de la facultad resolutoria en una obligación bilateral. Por otra parte, si el comprador hace uso de la facultad de extinción concedida, ello no implica la pérdida de cantidad alguna por su parte, sino que puede recuperar todas aquellas que haya entregado a cuenta. Es esta una consecuencia del ejercicio de la opción referida, puesto que se diferencia con mucho de los efectos generados por otras figuras de uso común y general en estos contratos, como por ejemplo, las arras penitenciales.

3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA: ARRAS CONFIRMATORIAS Y FACULTAD «RESOLUTORIA»

En la práctica de los contratos, el uso de la expresión «cantidades entregadas a cuenta» revela la existencia de unas arras confirmatorias del contrato de compraventa. Como sabemos, se trata de una cantidad de dinero u otras cosas que el comprador entrega al vendedor como señal con el objetivo de dejar constancia de la celebración del mismo y establecer, por tanto, una vinculación de la contraparte para con dicho comprador, que evite posibles rechazos pos-

teriores (1). Así, el artículo 343 del Código de Comercio recoge este sentido de las arras, denominadas confirmatorias. Como afirma Díez-PICAZO, la única función de garantía posible que se puede reconocer en este tipo de arras es que las mismas sirven de prueba de la conclusión del contrato (2). Sin embargo, no se agotan aquí los posibles significados o finalidades de las arras en nuestro Ordenamiento jurídico, sino que además se reconoce también la existencia de otros dos tipos de arras. En primer lugar, las arras denominadas penitenciales o de desistimiento. En este caso, estas cantidades constituyen un mecanismo que otorga a las partes una facultad para desligarse del contrato mediante la pérdida de las cantidades entregadas, en el caso del comprador, o mediante su devolución duplicada, si es el vendedor quien ejerce dicha facultad. De este modo, tal pago constituye un medio de ruptura unilateral del contrato sin mayores pérdidas que las indicadas.

Se ha discutido en ocasiones sobre la naturaleza del efecto que produce el ejercicio de las arras penitenciales. El artículo 1454 del Código Civil incluye, con gran imprecisión, el término «rescisión» para referir el mencionado efecto. En la pretensión de precisar la consecuencia de la extinción de la obligación, derivada del ejercicio de la facultad que conlleva este tipo de arras, el precepto emplea una terminología inadecuada. En primer lugar, porque la rescisión cons-

(1) La doctrina francesa sostuvo, en gran número, la tesis sobre la consideración de las arras como anticipo del precio con valor probatorio. Así, POTHIER, *Traité de contract de vente*, III, París, 1821, pág. 196. También, BEUDANT, C., *Course de Droit Civil Français*, IX, Rousseau, París, 1938, pág. 260. En España, RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Arras, una construcción jurisprudencial», en *Revista General de Derecho*, núm. 594, Madrid, 1994, pág. 1709. También, BENDITO CAÑIZARES, M. T., «Las arras excepcionales en el Derecho español y aplicación de su sinalagma en la contratación en masa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo*, T. II (Derecho Civil-Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 1459.

Sin embargo, existe algún autor que rechaza tal consideración y afirma que no se deben considerar como arras las cantidades entregadas como anticipos del precio. Vid. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 345 y sigs. También, DÍAZ-ALABART, S., «Las Arras (I)», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero de 1996, EDESA, págs. 25 y sigs. También, AUBRY y RAU, C. y C., *Cours de Droit Civil Français*, V, Etienne Martin, París, 1945, págs. 76-79.

La dificultad de construir una teoría de las arras confirmatorias como categoría autónoma también se observa en la doctrina italiana. Se sostiene que las arras siempre cumplen una finalidad de garantía que las acerca a las arras penales, además de su virtualidad como mecanismo de prueba de la celebración de contrato. Así, TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè, Milán, 1996, págs. 424 y sigs. Esta naturaleza dual también se observa en la doctrina española. Vid. ESTIVAL ALONSO, L., *El contrato de arras*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S. A., Madrid, 2006, pág. 53.

También, VÉRDERA IZQUIERDO, B., *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 53.

(2) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, 2008 Cizur Menor (Navarra), pág. 471.

tituye un supuesto de ineficacia que requiere la concurrencia de un perjuicio o un fraude, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1290 y siguientes del Código Civil. En segundo lugar, porque más que un caso de ineficacia derivado de la existencia de un defecto en la obligación, estamos ante un supuesto de extinción sobrevenida de la relación (3). Es decir, no se observa ninguna anomalía patológica en la formación y devenir de la obligación, sino más bien la existencia de una facultad de desistir incorporada por la propia voluntad de las partes, que se configura, así, como una más de las posibilidades de desarrollo de la obligación queridas y previstas por las partes.

Las mismas razones de corrección terminológica y conceptual impiden hablar de facultad resolutoria en las arras penitenciales. Aunque algunos textos legales, como el Fuero Nuevo de Navarra —Ley 467—, emplean este término, alejándose así de su estricta significación como causa de ineficacia por incumplimiento en las obligaciones bilaterales —art. 1124 del CC—. Ni siquiera consideramos la posibilidad de configurar este supuesto como una resolución un tanto especial que difiere de otros supuestos recogidos en el Código Civil, en palabras de algún autor (4).

Sobre la base de todo lo anterior, tanto la mayoría de la doctrina como una jurisprudencia ya asentada están de acuerdo en afirmar que las arras penitenciales constituyen un caso de desistimiento. Así, las partes tienen una facultad de apartarse de la obligación o del contrato establecida mediante su propio acuerdo (5), sin que sea necesaria la concurrencia de ninguna causa que legitime su ejercicio. De esta forma, el ejercicio de esta facultad por una parte vincula a la otra, sin que genere consecuencias similares a las que se pueden derivar de otros casos de incumplimiento de la obligación o del contrato. En este caso, la pérdida o devolución doblada de las cantidades entregadas no constituye una indemnización por incumplimiento, sino una compensación que se justifica por la ruptura sobrevenida de la relación. Si bien es cierto que se trata del ejercicio legítimo de una facultad establecida por voluntad de las partes, parece lógico que la Ley introduzca un factor corrector de las posibles consecuencias inesperadas que se generan en la contraparte. Ello plantea ciertos problemas de configuración de las cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales como suficientes para resarcir los posibles perjuicios derivados de su ejercicio y evitar los enriquecimientos injustos que se puedan ocasionar, como vamos a analizar en otro apartado de este trabajo.

De otra parte, las arras penales constituyen una herramienta de resarcimiento a la parte cumplidora por la contraria en aquellos casos en los que no desee

(3) DÍEZ-PICAZO, L., «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *Anuario de Derecho Civil*, XIV, Madrid, 1961, págs. 809 y sigs.

(4) DÍAZ-ALABART, S., *op. cit.*, pág. 30.

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1996, Sala 1.ª

concluir dicho contrato. La parte incumplidora perderá la mencionada cantidad, de forma que, frente a las arras penitenciales, que se configuran como una facultad de desistir del contrato, las arras penales son un medio de obligar al contrato a las partes mediante la imposición de una sanción para el caso de incumplimiento: no se adquiere una facultad de desistimiento unilateral, sino que se establece una sanción en caso de incumplimiento.

Sobre la base de la existencia de estos tres tipos de arras, la consideración de uno y otro existente en cada caso particular ha sido resuelta por la jurisprudencia. Así, a pesar del reconocimiento expreso por el artículo 1454 del Código Civil del carácter penitencial de las arras, estas tienen tal carácter cuando de la redacción o el sentido de la cláusula en cuestión no se pueda deducir con claridad que las partes no han querido establecer unas arras confirmatorias del contrato (6). Por todo lo anterior, las arras tienen carácter confirmatorio siempre que la voluntad clara y precisa de las partes no sea otra de establecer un pacto arrasal con otro objetivo, penitencial o penal.

Por otra parte, es necesario analizar y resolver las dudas que, en su caso, pudieran surgir sobre el carácter confirmatorio o penitencial de las arras, puesto que la consideración de unas u otras genera una serie de consecuencias diversas. En el caso de las arras penitenciales, el desistimiento de la parte genera su pérdida o devolución doblada, según quien sea la parte que desista. Por otro lado, el incumplimiento por el comprador de las arras confirmatorias implica la retención por parte del vendedor de las cantidades entregadas por aquel, como parte de la indemnización que tendría derecho a reclamar derivada del incumplimiento, en aplicación de la teoría general del incumplimiento (7). Frente a los efectos referidos, debemos recordar que la cláusula que ahora analizamos persigue, precisamente, evitar que el comprador pierda las cantidades entregadas mediante la inclusión de una condición añadida.

Parte de la doctrina francesa y española han defendido que el ejercicio de las arras penitenciales supone necesariamente la consideración de la obligación

(6) Esta conclusión ha sido confirmada de forma reiterada en numerosas sentencias, constituyen una jurisprudencia ya asentada desde hace tiempo. Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1966 ó 16 de diciembre de 1970.

(7) Para POTHIER, el incumplimiento de las obligaciones en las que mediasen arras confirmatorias conlleva la aplicación del régimen general de aquel, sin que las arras introduzcan alteración alguna a tal efecto. POTHIER, R. J., *op. cit.*, pág. 196. También, LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial, Introducción al Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998; pág. 491. No obstante lo anterior, DÍAZ-ALABART entiende que, al ser meros anticipos, habría que proceder a la devolución de las cantidades. DÍAZ-ALABART, S., *op. cit.*, págs. 25 y sigs. Otros han sostenido que, de igual forma que en las arras penitenciales, debe procederse a la devolución duplicada. En nuestra opinión, no parece que la devolución tenga que ser duplicada, al no ser este un supuesto de reserva de facultad de desistimiento del artículo 1454 del Código Civil, sino un mecanismo de confirmación del contrato celebrado. Vid. ALBALADEJO, M., «Arras de desistimiento y arras penales», en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1996, EDESA, pág. 431.

a la que se añade como condicional, puesto que la eficacia de la obligación en cuestión queda supeditada a la concurrencia de un suceso futuro e incierto, que en este caso es el desistimiento. Algunos sostienen que estamos ante una condición suspensiva, de manera que el contrato se concluye si no se ejerce dicha facultad (8). Otros, en cambio, entienden que la condición es resolutoria, puesto que el contrato es perfecto y se mantiene su eficacia si ninguna de las partes hace uso de la facultad de desistimiento (9). Sin embargo, se argumenta, frente a estas posiciones que la condición —el desistimiento— no puede recaer sobre un elemento esencial como el consentimiento, sin que podamos olvidar que no es admisible una condición puramente potestativa, como sería esta facultad de desistir que otorgan las arras penitenciales. A mayor abundamiento, se considera que ambas instituciones poseen fines y funciones distintos, diferencias estas que no permiten su asimilación (10). Por nuestra parte, consideramos además que no es admisible tal consideración en la cláusula objeto de estudio. En efecto, de la misma se deduce claramente que el suceso del que depende la eficacia o no del contrato de compraventa es la no obtención de financiación, en ningún caso el ejercicio de la facultad de desistimiento. En este sentido, no podemos aceptar que las arras contengan en sí el supuesto evento condicional, sino que el mismo es ajeno o externo y añadido a aquellas. De esa forma, no existe problema alguno en aceptar la consideración de las arras recogidas en esa cláusula como confirmatorias, rechazando su carácter penitencial, del contrato celebrado.

De la lectura de la cláusula parece deducirse una voluntad clara de las partes: el uso en la misma de la expresión «cantidades entregadas a cuenta» revela el carácter confirmatorio de las arras, idea que se reafirma si tenemos en cuenta la ausencia de expresiones relativas a posibles devoluciones dobladas o pérdida de aquellas. Ahora bien, en la práctica normal y ordinaria suele ser práctica común que las partes incluyan en el contrato cláusulas en las que se adopten soluciones mixtas, que otorguen de forma conjunta a las arras propuestas un doble significado, confirmatorio y penitencial, de tal forma que, además de vincular a las partes al definitivo contrato y confirmarlo, se prevea la pérdida de tales cantidades para los casos de desistimiento. Estas previsiones se recogían de modo expreso en el documento, con el objetivo de evitar posibles problemas posteriores de interpretación y de cumplimiento.

Sin embargo, no creemos que sea este el supuesto que nos ocupa. Por el contrario, se reconoce a la parte compradora la posibilidad de separarse del

(8) JOSSEERAND, L., *Derecho Civil*, vol. III, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950-1952, pág. 47.

(9) AUBRY y RAU, C. y C., *op. cit.*, pág. 37. En España, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1899, pág. 575.

(10) Vid. ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Las arras en la contratación*, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 172.

contrato, sin que ello suponga, de forma obligatoria, la pérdida de las arras, como ocurriría en la aplicación del artículo 1454 del Código Civil. De ahí, que sea decisivo que la voluntad de las partes en tal sentido quede plasmada de forma clara en el contrato, puesto que la opción de desistimiento, o la falta de expresión sobre la recuperación de las cantidades en la cláusula analizada, conllevaría, por aplicación del mencionado precepto, su pérdida para el comprador y la correlativa retención por el vendedor. Por todo ello, es obvio que las partes adoptan una solución que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, deroga lo establecido en el Código Civil sobre las arras penitenciales y evita el efecto de pérdida que su aplicación genera.

Así, las arras a que se refiere la cláusula analizada poseen naturaleza confirmatoria. En tal caso, el desistimiento unilateral e injustificado del contrato por parte del comprador produce la consecuencia de la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta. Sin embargo, la cláusula objeto de análisis incluye dicha posibilidad de desistir con recuperación de las cantidades en el caso de no consecución del préstamo o de la subrogación. Es decir, la autonomía de la voluntad introduce una variante al juego normal de la teoría del cumplimiento de las obligaciones. En tal caso, cabe preguntarse cuál es la naturaleza de la opción concedida al comprador. De una parte, podría afirmarse que la obtención del préstamo o la consecución de la subrogación en el ya existente es una condición suspensiva de la eficacia del contrato de compraventa celebrado. Sin embargo, la redacción de la cláusula plantea algunas dificultades para sostener tal consideración, por cuanto la posibilidad reconocida al comprador de «pagar a la parte vendedora el total importe previsto para dicho préstamo...», permite eliminar el juego de dicha condición mediante la actuación de la mencionada facultad, pues, a menos que se opte por la resolución del contrato, el comprador, no obstante la ausencia de financiación, podría continuar en el contrato y asumir las obligaciones que del mismo se deriven.

También encontramos algunas dificultades conceptuales para admitir la consideración sobre la existencia en este caso de una condición resolutoria. Es este caso, la opción del comprador de desistir del contrato —que, en tal caso, ya existiría— y la devolución de las cantidades, no puede considerarse condición resolutoria, a pesar de la terminología empleada en la cláusula, a la que ya nos referimos como error de definición. No parece que nos encontremos ante un suceso futuro e incierto, que concurre o no de modo independiente de la voluntad del obligado, sino más bien una opción que se le concede para su uso, cuando sea esa su voluntad.

Por ello, no se puede admitir su consideración como condición, pues ello sería contrario a lo dispuesto en el artículo 1115 del Código Civil, según el cual: «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las

disposiciones de este Código». Es decir, no es admisible la consideración de la voluntad del obligado como condición «exclusiva» del contrato. Aunque podría argumentarse que el suceso que condiciona la eficacia del contrato es la no obtención del préstamo, hay que precisar en este segundo caso que la ineficacia se produce, no solo por dicha circunstancia, sino que además debe concurrir de forma conjunta el ejercicio de la opción voluntaria de desistimiento. Así, la primera parte de la cláusula permite, previa negativa del préstamo, optar por la subsistencia del contrato y, por ende, de la obligaciones nacidas del mismo. En cualquier caso, admítase o no la naturaleza dual de la condición, no resulta admisible que la falta de financiación ni la opción del comprador puedan considerarse como condición resolutoria.

No se puede negar que de la lectura de la cláusula se deducen dos fases diferenciadas a las que se supedita la compraventa: la no obtención de financiación y la voluntad del comprador de celebrar finalmente dicha compraventa. Sin embargo, aunque aparentemente ambas concurren en pie de igualdad, parece que solamente la primera se puede configurar como condición suspensiva del contrato celebrado. Como ya se ha referido anteriormente, la voluntad del sujeto obligado no puede considerarse como elemento decisivo de la existencia y/o eficacia de un contrato —art. 1115 del CC—. Tal voluntad es, como en cualquier otro contrato, un elemento esencial para su existencia, pero no es, en cambio, admisible su configuración como elemento accidental que condicione su existencia o eficacia, según los casos. Por estas razones, las consecuencias derivadas de la ausencia de la condición —de la falta de financiación— no puede asimilarse a las derivadas de la falta de voluntad. Si no se obtiene la financiación, se activa la opción concedida al comprador, mientras que en el caso contrario —es decir, el no cumplimiento de la condición— el efecto generado es el mantenimiento de la compraventa, sin que el comprador goce de la facultad de desistir del contrato. Por otra parte, en el segundo supuesto planteado, el contrato no llega a nacer, pero sí se pueden derivar consecuencias adversas para el comprador si este no desea finalmente contratar, aunque se haya obtenido el préstamo o se haya logrado la subrogación. Por las razones antes expuestas, se puede afirmar que la cláusula acoge un supuesto de condición suspensiva del contrato con arras confirmatorias. De este modo, la no realización del suceso condiciona el contrato y todo lo que del mismo deriva, por lo que la no obtención de la financiación por causa justificada conlleva también la devolución de las cantidades entregadas, si finalmente el comprador opta por el desistimiento del contrato de compraventa. Tal conclusión se afirma expresamente en la sentencia la Audiencia Provincial de Valencia —Sección 7.^a— de 26 de junio de 2009.

Existen, por tanto, dos situaciones diferenciadas: en primer lugar, la obtención de financiación por el comprador. En este caso, no se activa el juego de la cláusula en cuestión, de la opción de desistimiento, debiendo las partes continuar con la compraventa. En segundo lugar, que no se obtenga financiación, caso en

el que el comprador tiene la mencionada opción. Entonces, ¿cuál es la función de dicha opción? En nuestra opinión, estamos ante una figura mixta, en la que a la condición suspensiva negativa referida se añade una facultad de opción, que facilita la posibilidad de desligarse recuperando las cantidades entregadas o, en su caso, continuar con el contrato. En este sentido, la cláusula aporta un mecanismo que refuerza la posición del comprador, al que se le otorga el poder de decidir sobre la continuación del contrato, más allá del momento de la financiación y se evita el juego automático de la condición.

Por supuesto, el ejercicio de la facultad incluida en la cláusula depende necesariamente de la voluntad inequívoca de las partes en tal sentido, que deben precisar con claridad su determinación de extender la eficacia de la condición al pacto arral. En relación con esta cuestión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona —Sección 14.^a—, de 5 de mayo de 2005, afirma que puede pactarse que solamente la compraventa quede supeditada a la condición suspensiva de la obtención del préstamo y la arras por su parte, se establezcan a riesgo y ventura del comprador, de ahí que la aplicación de la condición o no a las arras debe constar de forma clara para hacer extensivo a estas el juego de la condición.

También es conveniente preguntarse cuál es la solución en el caso contrario. Es decir, qué ocurre si, tras la obtención de la financiación de la compra, el comprador finalmente decide no adquirir la vivienda. La cláusula analizada no se plantea este supuesto, seguramente porque las circunstancias derivadas de la actual situación económica no hacen previsible tal posibilidad y únicamente hacen previsible la posibilidad de la falta de financiación derivada de la crisis financiera. Al margen de las consideraciones sobre su previsión, la solución parece sencilla: si no se cumple el supuesto de hecho establecido en la cláusula, no pueden adoptarse las soluciones propuestas. De esta forma, no existiría opción posible de desistimiento para el comprador y se aplicará el régimen general de las arras, que conlleva la pérdida de las mismas cuando la negativa del comprador es injustificada y posee carácter culposo o doloso imputable al mismo. Es esa una solución lógica si tenemos en cuenta que el comprador, mediante la cláusula pactada y su comportamiento posterior, genera unas expectativas que posteriormente se ven defraudadas sin una razón legítima, práctica que el Ordenamiento jurídico debe rechazar por ser contraria a las normas de la buena fe.

En otro orden de cosas, la celebración de la compraventa no depende de forma exclusiva del azar o de la voluntad o actuación de un tercero, como es la obtención o no del préstamo o de la subrogación —en la que concurre la decisión de la entidad bancaria—, sino que además debe concurrir la conducta diligente del comprador para obtener dicha financiación. El comprador debe realizar las gestiones pertinentes con las entidades financieras. Pues bien, en estos casos la concurrencia conjunta de tales eventos o sucesos constituyen lo

que, en terminología clásica, se denomina una condición mixta. En estas condiciones, junto con el hecho o suceso ajeno, concurre además, en cierta medida, la voluntad del obligado (11).

El Código Civil no acoge una definición específica de las condiciones mixtas. Únicamente se puede obtener la misma de un análisis conjunto que de las condiciones potestativas y casuales hace en el artículo 1115. La única mención que se realiza a las condiciones mixtas en el Código Civil se encuentra en el artículo 796, al referirse a las disposiciones testamentarias sometidas a condición, sin que se incluya, como decimos, definición alguna. No obstante lo anterior, las condiciones mixtas han sido reconocidas en nuestro Derecho en numerosos textos históricos, tributarios, a su vez, de la tradición jurídica romana. En concreto, la Ley 9 de la Partida 6.^a recoge un concepto de condición mixta acompañado de un ejemplo ilustrativo sobre la institución de heredero en favor de residente en ultramar. Definen las Partidas las condiciones mixtas como aquellas en las que los sucesos condicionantes dependen conjuntamente de la voluntad del obligado y del azar o la voluntad de un tercero.

La naturaleza dual de los eventos que condicionan la obligación exige la determinación del régimen aplicable a su cumplimiento o incumplimiento. El artículo 1115 del Código Civil determina las reglas aplicables a los supuestos de condición potestativa o casual, pero nada dice de las condiciones mixtas. La doctrina sostenía que deben, en tales casos, aplicarse las reglas correspondientes a cada caso. De esta forma, si el obligado no realiza voluntariamente el acto que concurre en la condición, por aplicación del artículo 1119 del Código Civil —cumplimiento ficticio de la condición— se tiene por cumplida dicha parte y quedaría pendiente únicamente el cumplimiento del suceso dependiente del azar o de la voluntad del tercero (12).

Sin embargo, todo lo anterior fue rebatido por la doctrina francesa (POTHIER, LAURENT), según la cual no era admisible la concurrencia única de la voluntad del obligado en la condición, sino que el azar siempre concurría, en mayor o menor medida, en aquella. Por ello, definían la condición mixta de otra forma: son aquellas condiciones en las que concurren el azar y la voluntad o actuación de un tercero. En el caso de que tales circunstancias concurren junto con la voluntad del obligado, entonces esta condición es potestativa. En opinión de BELTRÁN DE HEREDIA sostiene que existe una diferencia de matiz entre las condiciones potestativas y las mixtas: si el peso de la voluntad del obligado es mayor, la condición es potestativa; si pesa más el azar o la voluntad o actuación

(11) Sobre esta cuestión, se incluye un análisis pormenorizado de las condiciones mixtas en BELTRÁN DE HEREDIA, J., «En torno a la condición potestativa», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1963, págs. 215 y sigs.

(12) MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, Ed. Hijos de Reus, 1901, pág. 121.

del tercero, entonces la condición es mixta (13). No estamos de acuerdo con la definición que incluye azar y tercero en la condición mixta, por cuanto si bien es obvio que el juego del azar es inevitable, sin embargo ello no implica necesariamente que dicha intervención deba ser apreciable hasta el punto de elevarla a la categoría de evento condicionante.

Como se puede comprobar, la doctrina ha encontrado ciertas dificultades para delimitar los conceptos, cercanos entre sí, de las condiciones potestativas y las mixtas. En nuestra opinión, la consideración de las condiciones como mixtas requiere la determinación clara de los sucesos de azar o dependientes de la voluntad o actuación del tercero, como eventos integrantes de la condición, según se deduzca de la voluntad manifestada por las partes. En los casos en los que no se pueda deducir tal conclusión, no deben estimarse azar ni acto o voluntad de tercero como condición, por lo que la misma debe considerarse dependiente de la voluntad del deudor, lo que genera el efecto extintivo referido en el artículo 1115 del Código Civil. De aquí que entendamos que el supuesto objeto de análisis en este trabajo constituya un caso de condición mixta.

No obstante lo anterior, también se ha sostenido una postura en la que los razonamientos anteriores se han llevado hasta el extremo, puesto que se ha entendido que, en estos casos, las condiciones se equiparan a las simplemente potestativas, puesto que el único evento relevante era el relativo al azar o la voluntad del tercero (14). En nuestra opinión, las condiciones en las que la voluntad del deudor concurre con el azar o la del tercero deben ser consideradas como mixtas, sin que se pueda minimizar o eliminar el juego de la primera, puesto que ambos factores interactúan entre sí, de tal forma no se pueden analizar de forma separada. En el caso que estamos analizando, si consideramos que la actividad del comprador para la consecución de financiación no debe considerarse condición, ello no puede sin embargo obviar la circunstancia de que, en caso de actitud totalmente pasiva por su parte, no obtendrá el mencionado objetivo.

No es esta una opinión pacífica en la doctrina actual. Para algunos, es necesario distinguir entre la verdadera condición mixta y aquellos supuestos en los que la concurrencia del suceso dependiente del azar o de la actuación del tercero depende, a su vez, de la actuación o voluntad del obligado. Es decir, acto o voluntad del obligado son causa necesaria de los otros sucesos que condicionan el contrato (15). Según esta opinión, solamente serían condiciones mixtas aquellas en las que ambos sucesos son paralelos, sin que uno dependa del otro. En caso contrario, la condición es casual con deber de cooperación

(13) BELTRÁN DE HEREDIA, J., *op. cit.*, págs. 215 y sigs. También, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I, Parte General*, Edisofer, S. L., Madrid, 2006, pág. 706.

(14) SANTOS BRIZ, I. (Dir.): *Tratado de Derecho Civil, 3, Derecho de Obligaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 96 y 97.

(15) LÓPEZ DOMÍNGUEZ, L. M., *La condición suspensiva en los contratos*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid 2000, págs. 83-84.

del deudor. Las consecuencias que se derivan de la anterior concepción poseen importancia práctica: si la condición es mixta la ausencia del acto del deudor conlleva necesariamente la aplicación de las consecuencias que se correspondan con el incumplimiento de la condición. En cambio, si la condición es potestativa, la falta del acto del deudor puede generar consecuencias relacionadas con la responsabilidad del deudor.

Según LÓPEZ DOMÍNGUEZ, nos encontramos, en el caso analizado, ante un supuesto de condición casual con deber de cumplimiento del deudor añadido, lo que generaría responsabilidad para el deudor que incumpliese lo que, por su parte, le corresponde: es decir, en el caso de que no observase la diligencia necesaria en la solicitud tendente a la obtención del crédito o de la subrogación del ya existente (16). Por supuesto nada tenemos que objetar respecto del reconocimiento de algún grado de responsabilidad al deudor incumplidor del suceso condicionante que del mismo depende. Sin embargo, no encontramos que para afirmar tal conclusión deba necesariamente alterarse la consideración como mixta de la condición, por la existencia de una relación causa-efecto entre los sucesos concurrentes. Es mas, encontramos ciertas dificultades para sostener la calificación de la condición como casual con deber de cumplimiento del deudor: ¿qué es entonces, casual o mixta? Es más, si el peso de la voluntad del obligado se eleva hasta la categoría de evento condicionante, no solo de la obligación o contrato, sino además del otro suceso concurrente, entonces la condición sería más bien potestativa. Pero claro está, en tal caso, se minimizaría en tal grado el juego del segundo suceso, que la condición terminaría por ser de las recogidas en el artículo 1115 del Código Civil, lo que implicaría la nulidad de la obligación, conclusión que no se puede sostener en este caso.

Quizá por lo anterior, el autor huye de la calificación de la condición como potestativa y recupera el concepto de condición casual. LÓPEZ DOMÍNGUEZ emplea esta denominación porque observa que, con posterioridad a que el deudor realice el suceso que constituye la condición, puede ocurrir que el tercero no realice lo que por su parte le corresponda o que no concurra la circunstancia del azar. Pero es que además, no se puede obviar en modo alguno el hecho de que, además de la voluntad del obligado, concurre en estos casos el azar o el acto o voluntad del tercero. Es decir, la concurrencia del azar o del tercero no depende exclusivamente del obligado, por lo que no se puede negar el carácter mixto de la condición. Puede ocurrir que, no obstante el obligado haber desplegado su diligencia para obtener financiación, el banco se la deniegue.

También se ha sostenido que, dado que en la mayoría de los contratos no se incluye de modo expreso que su efectividad dependa de los dos sucesos, no se puede sostener el carácter mixto de la condición. Lo contrario implicaría

(16) LÓPEZ DOMÍNGUEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 86.

la vulneración del principio general de que la condición no se presume. Sin embargo, es obvio que la voluntad de las partes para establecer una condición mixta no debe ser necesariamente expresa. La concurrencia de la voluntad en tal sentido puede revestir sin mayores problemas una forma tácita, que, como es sabido, no se opone en ningún modo a la imposibilidad de establecer una presunción de existencia de una condición. La Ley no puede deducir tal existencia de las circunstancias del caso, sin que ello impida la posibilidad de deducir la voluntad de las partes en tal sentido. De otro modo, no se podría entender que la jurisprudencia derive responsabilidades de la ausencia de la diligencia debida por el comprador en la obtención de financiación, cuando en las cláusulas incluidas en los contratos no se establece expresamente tal deber, como veremos a continuación.

En nuestra opinión, la relación de dependencia existente entre la voluntad del obligado y los sucesos derivados del azar o de un tercero no llega a ser tan absoluta que imposibilite el juego autónomo de estos sucesos, por cuanto el cumplimiento por el deudor no garantiza, ni mucho menos, la concurrencia del azar del tercero. Por ello, entendemos que la condición analizada en este caso es mixta. Además, tal calificación no impide la imposición de responsabilidades al deudor por falta de diligencia o no actuación constitutiva del suceso.

Sobre la base de la importancia que se otorga a la voluntad del deudor, quizás debiéramos entender que la condición analizada es, más bien, potestativa, no causal. Sin embargo, de sostener tal afirmación y condicionar el suceso del azar o del tercero a la voluntad del obligado, en el caso de que el deudor no cumpliera voluntariamente su parte, se consideraría cumplida su condición, en el ánimo de reparar las consecuencias derivadas de la conducta que pretende evitar su cumplimiento o de sancionar a la parte que persigue el objetivo final de no cumplir la obligación sin causa que lo justifique (17) —art. 1119 del CC— y la condición sería casual. Sin embargo, si el peso de la voluntad del obligado es tal que elimina el juego del azar o del tercero, entonces la obligación sería nula por efecto del artículo 1115. Por ello, la incertidumbre que se genera y la imposibilidad de obtener una calificación única aconseja mantener la calificación de la condición como mixta.

(17) Mucho se ha discutido sobre el carácter sancionador o reparador del artículo 1119 del Código Civil. Para algunos, el reconocimiento del cumplimiento y la imposibilidad de reclamar daños y perjuicios, impide hablar de sanción. Para otros, en cambio, la reparación del daño es tan fácil de valorar, mediante el valor de la prestación que había que cumplir, que es innecesario establecer dichas consecuencias, sin que ello elimine la naturaleza sancionadora de la medida. Si bien para algunos la imposición del cumplimiento se puede configurar, desde un análisis finalista, como una medida sancionadora, por cuanto con ello se impide que consiga su propósito, sin embargo parece que la ficción es objetivamente una sustitución del incumplimiento, una reparación del mismo. Sobre estas cuestiones, ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 149-152.

Respecto del supuesto analizado, la exigencia de la diligencia del obligado no permite vincular la conclusión del suceso —la obtención de financiación— y, por ende, la producción de los efectos jurídicos al azar. Así, es posible que no se obtenga la mencionada financiación por la falta de la diligencia necesaria del comprador. Parece lógico, en tal caso, que se deriven responsabilidades para aquel.

En relación con lo anterior, numerosas sentencias confirman la imputación de responsabilidad al comprador y las consecuencias derivadas de la misma, en particular, la pérdida de las cantidades entregadas como arras. Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria —Sección 5.^a—, de 14 de abril de 2008, afirmó que la pérdida de las arras era consecuencia de la no consecución del préstamo por negligencia imputable al comprador y sostenía que el comprador debe tener, respecto de las gestiones necesarias para concluir la compra, la diligencia del artículo 1094 del Código Civil. En este sentido, los efectos derivados de la falta de la diligencia exigible deben imputarse a quien sea responsable de dicha dejación, a quien haya tenido la falta de interés y no haya llevado a cabo los actos de gestión tendentes a la consecución del préstamo o de la subrogación.

En muchas ocasiones, la adquisición de la vivienda y las actividades de gestión para la obtención del préstamo son gestiones delegadas a una entidad dedicada a la gestión inmobiliaria, en virtud de contratos de mediación o similares. Parece lógico que la delegación de tales actos a entidades de carácter profesional conlleva necesariamente el traspaso de las posibles responsabilidades por negligencia en la consecución de los objetivos referidos, de tal forma que, de concurrir aquella circunstancia en el gestor, puede el comprador reclamar a las mismas la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del contrato no concluido. Esta ha sido la resolución adoptada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 9.^a—, de 14 de marzo de 2008. En caso contrario, de admitirse la posibilidad de que el comprador negligente se pueda desligar sin más del contrato, se estaría dejando la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio del comprador, lo que resulta contrario al artículo 1256 del Código Civil —así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.^a, de 8 de febrero de 2005—.

Por otra parte, la cláusula analizada acoge la posibilidad de establecer un plazo para llevar a cabo el pago de la cantidad, aún en el caso de no haber obtenido financiación. Por el contrario, no hace una referencia similar de establecimiento de plazo alguno para el supuesto de que se quiera hacer efectivo el desistimiento. Existe numerosa jurisprudencia en la que, por lógica, se admite el ejercicio de la opción de desistimiento en un determinado plazo establecido previamente en el contrato. No obstante la ausencia de previsión alguna al respecto, ello no conlleva admitir la posibilidad de ejercer dicha facultad de forma indefinida en el tiempo. Antes al contrario, el principio de buena fe implica que el silencio, consistente en la falta de actividad o noticia sobre el

ejercicio de la opción por el comprador, durante un periodo amplio que pueda generar en la contraparte ciertas expectativas de que aquel no va a hacer uso de la misma, no pueden después desvirtuarse mediante su ejercicio extemporáneo. Además, en este supuesto también sería admisible la aplicación de la solución que admite el ejercicio, ante la ausencia de fijación de plazo, hasta el momento de la ejecución del contrato, en consonancia con los supuestos en los que no se ha establecido plazo para el ejercicio de la facultad de desistimiento en las arras penitenciales (18).

También se incluye en la cláusula el suceso o evento que constituye la condición suspensiva, a saber: la no obtención del préstamo hipotecario o de la subrogación de préstamos ya existentes. En este sentido, la precisión de la cláusula no permite supeditar la subsistencia o eficacia del contrato a otro hecho posterior. En relación con esta cuestión, la jurisprudencia ha señalado en diversas ocasiones que en aquellos contratos en los que se había supeditado la celebración al otorgamiento de escritura pública, la no obtención de financiación no generaba dicho efecto. Por el contrario, era posible que el comprador tuviese medios suficientes para poder pagar la compra, razón por la que no se había preocupado de establecer tal condición. De haber querido fijarla, debería haberlo hecho expresamente. En cualquier caso, no es este el supuesto de la cláusula objeto de este trabajo.

4. LA INCLUSIÓN DE ARRAS PENITENCIALES

Fuera del caso analizado anteriormente, resulta común en la práctica la inclusión en los contratos de viviendas de una cláusula de arras penitenciales, que otorgan, como sabemos, una facultad de desistimiento a las partes mediante la pérdida de las mismas para el comprador o la devolución si la ejerce el vendedor, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1454 del Código Civil. No vamos a entrar a analizar aquí las implicaciones generales que las mismas generan, pues se trata de una cuestión ampliamente debatida y resuelta por la jurisprudencia y la doctrina.

También son aplicables a las arras penitenciales las consideraciones realizadas sobre la ausencia de diligencia por parte del comprador en la obtención del crédito o de la subrogación. Por lo demás, la aplicación de la solución recogida en el artículo 1454 del Código Civil cuando las partes pacten el establecimiento

(18) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir.: ALBALADEJO, M.), T. XIX, artículo 1454, EDESA, Madrid, 1980, págs. 98 y sigs. También, SANZ VALENTÍN, L. A., «Las arras penitenciales. Un estudio sobre el artículo 1454 del Código Civil y sus diversas interpretaciones», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 1995, pág. 164. También, ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *op. cit.*, pág. 264.

de unas arras penitenciales puede evitarse mediante un acuerdo de aquellas en otro sentido, en consonancia con el carácter dispositivo de dicho precepto. Carácter dispositivo que se extiende no solo a los supuestos en los que se decide que las arras tengan otra finalidad —confirmatoria o penal—, sino incluso en aquellos casos en los que se mantiene su finalidad penitencial. Así, es posible que las partes pacten que, en caso de ejercicio de la facultad de desistimiento, la cantidad que se deba devolver no sea la prevista en el Código Civil, sino otra distinta. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 21 de septiembre de 2004 —Sección 2.^a— admitió una cláusula en la que se establecía que el ejercicio de la facultad conllevaba la devolución del 20 por 100 de la cantidad entregada. En todo caso, la parte que desista del contrato deberá devolver, exclusivamente, las cantidades pactadas, sin que otros anticipos entregados que no tengan tal naturaleza se puedan retener, pues ello supondría un enriquecimiento injusto dado que la compraventa no llega a celebrarse (19).

El establecimiento de las arras penitenciales en los contratos en los que se establece la condición suspensiva de la obtención de financiación no posee otra virtualidad que añadir una posibilidad de desligarse del contrato, no obstante el cumplimiento de la condición. En este sentido, parece que su finalidad concuerda con la solución adoptada en la cláusula antes analizada, en la que se otorgaba la opción de resolver el contrato. Sin embargo, existe una diferencia clara: en el caso de las arras, el uso de las mismas conlleva la pérdida de la cantidad establecidas, mientras que la opción reseñada permite desligarse del contrato sin pérdida de cantidad alguna. Por lo demás, el incumplimiento de la condición impide el juego de facultad de desistimiento alguno, puesto que el contrato no se resuelve, sino que no llega a nacer. Así, habrá que devolver todas las cantidades entregadas, para reponer el estado inicial de cosas, como establece el artículo 1120 del Código Civil.

Según lo dicho anteriormente, podría considerarse que el establecimiento de unas arras confirmatorias con una opción de resolver el contrato en un contrato sometido a condición suspensiva —como parece establecer la cláusula analizada en líneas anteriores, al establecer que las cantidades se entregan a cuenta— genera idénticos efectos al establecimiento de unas arras penitenciales en un contrato con la condición suspensiva antedicha. En un contrato con arras confirmatorias, el incumplimiento del mismo permite a la contraparte poder reclamar el cumplimiento forzoso o la resolución con indemnización de daños y perjuicios (20), lo que implica la pérdida de las arras como parte imputada a

(19) En este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 8 de febrero de 2005 —Sección 6.^a—.

(20) Se trata de una solución sostenida de modo general por la doctrina, como consecuencia general derivada del carecer sinalagmático de la compraventa, más que de la naturaleza de las arras. Vid. GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, pág. 103. También, RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, pág. 1701.

dicha indemnización, sea esta mayor o menor, lo que supone la devolución de la parte que corresponda (21). Por su parte, en el caso de las arras penitenciales el ejercicio de la facultad de desistir no supone incumplimiento alguno, por lo que la pérdida o devolución doblada no es una sanción derivada del mismo, ni constituye adelanto alguno de una indemnización. Así, cuando las arras confirmatorias concurren con la opción de resolver, no se pierde cantidad alguna, pues no se desiste, mientras que en el caso de las arras penitenciales sí se produce dicho efecto. En este sentido, la cláusula analizada es más beneficiosa para el comprador, que puede resolver sin temor a pérdida alguna. Es obvio que aunque ambas opciones constituyen supuestos de desistimiento —aunque la cláusula analizada emplee el vocablo «resolver» y el art. 1454 del Código Civil «rescindir»— en los que la facultad concedida encuentra su legitimación en la autonomía de la voluntad de las partes, *ex* artículo 1255 del Código Civil, sin embargo las diferentes consecuencias en la devolución o no de cantidades exige precisión en su establecimiento.

Por otra parte, con ocasión de la práctica inmobiliaria ha surgido una serie de cuestiones relacionadas con la efectividad de la medida como factor de mantenimiento del contrato en aquellos supuestos en los que el precio de la vivienda sufre unas variaciones vertiginosas, que pueden incitar a las partes a hacer un uso de la facultad de desistimiento que ocasione daños excesivos a la contraparte. En los tiempos recientes, el proceso de escalada de los precios de la vivienda generaba un alto grado de incertidumbre en la conclusión definitiva de los contratos de compraventa y en el mantenimiento definitivo de los mismos. Concretamente, nos referimos al hecho de que los precios sufrían unas modificaciones al alza de mucho valor y en muy poco plazo. En estas circunstancias, los vendedores podían hacer uso de la facultad de desistimiento y devolvían por dos las arras recibidas, reservándose la vivienda para un contrato posterior en el que se aseguraban un precio muy superior al inicialmente pactado en dicho contrato. Por ende, se defraudaba la expectativa generada en el comprador, que veía la imposibilidad de mantener la adquisición ya pactada.

Este uso de la facultad de desistimiento ha sido puesto en entredicho y se ha discutido su legalidad. En concreto, se ha afirmado con ocasión del supuesto similar de la compraventa de solares urbanos que se trata de un caso de incumplimiento del contrato, más que de uso de las arras penitenciales. Para BARRÓN ARNICHES existe una clara desproporción en los costes y riesgos que se generan para ambas partes en tales casos: el vendedor, por su parte, obtiene el beneficio de poder vender más caro el bien —en el caso que analiza, el suelo—. En su caso, el pago de las arras duplicadas debe ser rentable porque,

(21) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre de 1992, núm. 30, pág. 831.

a pesar de ello, decide ejercitar la facultad. Por su parte, el comprador soporta los gastos derivados de la compraventa —asesoramiento jurídico, estudios, gastos notariales, etc.— y no obtiene nada a cambio. Sostiene también que la desproporción es tal que se incumple el artículo 1256 del Código Civil, puesto que el cumplimiento del contrato se deja al arbitrio de uno de los contratantes (22). Existe jurisprudencia en la que se afirma que estas situaciones, creadas unilateralmente por la mala fe de quien obtiene un lucro, deben ser compensadas económicamente.

No se puede negar que la conducta de los vendedores en estos casos no resulta muy acorde con las reglas generales de los contratos. Ahora bien, cuando las partes pactan unas arras penitenciales, establecen una facultad de desistimiento que no se limita en razón de las posibles circunstancias sobrevenidas que puedan acontecer. Se trata de una facultad que no se supedita a la concurrencia de posibles causas que objetivamente legitimen más o menos para ejercer el desistimiento. Sí parece admisible, en cambio, que dichos comportamientos pueden resultar contrarios a las básicas reglas de la buena fe, por cuanto se trata de una conducta que, en modo alguno, resulta compatible con los fines normales de las partes a la hora de celebrar un contrato.

Sin embargo, no creemos que tal afirmación permita hablar de un supuesto de incumplimiento, sin perjuicio de que se pueda generar una situación que es necesario resarcir o compensar, como manifiesta la jurisprudencia, según hemos visto. No obstante lo anterior, como se ha afirmado por algunos, en aquellos casos en los que la Ley concede la facultad de desistimiento unilateral de la obligación o del contrato, la parte que la ejerce debe resarcir a la otra los perjuicios que se pueden derivar de un uso injustificado de la causa o de la generación de un enriquecimiento injusto. Sin embargo se argumenta que, en el caso de las arras penitenciales, tal indemnización está delimitada por las cantidades entregadas inicialmente (23). Es obvio, no obstante lo anterior, que si bien las arras entregadas constituyen, precisamente, la cantidad aportada con fines compensatorios, también es justo reconocer que, en muchas ocasiones, la cifra ha posibilitado que el vendedor pueda desligarse ante las expectativas ciertas de obtener un mayor precio por la venta.

Sin embargo, sobre la base de lo anterior debemos preguntarnos qué ocurre en el caso inverso. Es decir, qué calificación merece el supuesto en el que, en una situación de bajada de los precios del mercado, el comprador hace uso de la facultad de desistimiento y decide perder las arras entregadas, puesto que puede adquirir una vivienda de similares características por un precio inferior

(22) BARRÓN ARNICHES, P., «El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos: ¿un caso de efficient breach of contract?», en *Diario La Ley*, núm. 6839, 12 de diciembre de 2007, Madrid, 2007, págs. 1249-1250.

(23) VERDERA IZQUIERDO, B., *op. cit.*, pág. 139.

al inicialmente pactado. ¿Estamos también ante una conducta contraria a la buena fe? En realidad, se trata de prácticas muy comunes en el caso de los derechos de opción, concretamente de las opciones financieras. En estos casos, el optante decide ejercer la opción de compra o venta, según el caso, si los precios han subido o bajado, respectivamente, por encima o debajo del valor total que resulte de la suma del precio de la acción y la prima pagada. Como vemos, se trata de un instrumento eminentemente especulativo, que justifica dicho comportamiento por la finalidad exclusiva de la obtención de un beneficio económico determinado.

Sin embargo, aunque desde el punto de vista de la conducta del optante o de la parte en la compraventa existen grandes similitudes, en el plano conceptual encontramos una gran diferencia. En el caso de la opción, el optante recibe un derecho a exigir la celebración de un contrato en un plazo determinado y la contraparte la correlativa obligación de celebrar, en tal caso, el contrato. Dicho derecho subjetivo conlleva, lógicamente, la posibilidad de su no ejercicio, puesto que es consustancial de dicho concepto la posibilidad de ejercerlo o no, sin necesidad de justificar tal comportamiento siempre que ello genere un beneficio a su titular. Es decir, el no ejercicio de la opción por su titular por razón de la marcha de los precios de la cosa que se pretende adquirir no se puede considerar, en ningún modo, un caso de abuso de derecho o ejercicio antisocial.

Sin embargo, en el caso de las arras penitenciales, no se adquiere un derecho a concluir la celebración de un contrato, sino una facultad de desistir de un contrato ya existente. Es decir, los poderes otorgados en este caso no son tan amplios como los que reconoce un derecho subjetivo, puesto que la facultad de desistir constituye un derecho potestativo, que además se materializa sobre una relación contractual que ya existe. Derivado de esta circunstancia, las cantidades entregadas en el caso de la opción no son, necesariamente, parte del precio, mientras que las arras entregadas sí son parte del mismo. Además, en la opción la naturaleza del derecho no permite aludir a la creación de unas expectativas posteriormente defraudadas, lo que no se puede afirmar en el caso de las arras penitenciales, puesto que estamos ante un contrato u obligación ya existentes que se destruyen después sin causa legítima. Por estas razones, no consideramos comparables ambas figuras jurídicas.

En el supuesto de que el comprador se desligue de la compraventa por un descenso más o menos pronunciado en los precios, que permita su adquisición más barata, parece lógico pensar que esta conducta no resulta contraria a la buena fe, puesto que, aunque en tales casos se puede defraudar una expectativa de venta, sin embargo es obvio que tal efecto se produce por una causa legítima, cuál es el deseo lógico de evitar una pérdida patrimonial excesiva por haber pagado un precio que ya no se corresponde con la cotización normal del mercado. Podríamos considerar que idéntico efecto se produce en el supuesto de que el vendedor, en una situación de mercado alcista, ejerza la facultad de desistir para vender más

caro. Desde un punto de vista contable, un «no pago» podría equipararse a un ingreso. Sin embargo, la ausencia de un mayor ingreso no se puede considerar una pérdida efectiva, lo que sí ocurre en el caso de que compre por más precio del que sea el del mercado en cada momento. Así, una pérdida efectiva justifica una ruptura del compromiso mediante el empleo de la facultad de las arras penitenciales, lo que no se produce en los supuestos de subida de los precios. Desde un punto de vista jurídico, no es lo mismo, fuera de los casos de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, dejar de ganar que perder.

No obstante lo anterior, para evitar este tipo de situaciones, las partes pueden pactar una cantidad elevada de arras, que impida la posibilidad de desligarse del contrato con gran facilidad. Claro está, esta solución provoca otro tipo de problemas en aquellos casos en los que las partes deseen desligarse del contrato por causas justificadas. De ahí, que parezca más lógico establecer mecanismos de resarcimiento posterior, que eviten la pérdida de grandes cantidades, sea cual sea la razón concurrente para desistir. En nuestra opinión, la legitimación de la reclamación se basa en la consideración de tales prácticas como contrarias al principio de buena fe, puesto que el objetivo de la obtención de los mayores beneficios posibles es loable, siempre que su logro no se consiga mediante la ruptura de las expectativas creadas a la contraparte y la consiguiente pérdida que se genera, porque si esta desea obtener un inmueble de semejantes características, tendrá, en circunstancias normales, que hacer un desembolso mayor del inicial previsto y logrado como consecuencia de la negociación y celebración posterior de la venta en las condiciones pactadas.

5. CONCLUSIONES

La cláusula analizada en este trabajo tiene por objeto proporcionar una solución al problema que se deriva de la falta de financiación para la adquisición de vivienda. En concreto, se pretende facilitar la recuperación de las cantidades que el comprador ha entregado a cuenta, puesto que las circunstancias de una situación de crisis económica genera, en numerosas ocasiones, la imposibilidad de concluir la venta y, con ello, la pérdida de las arras, con lo que dicho efecto de aquellas constituye un problema generalizado que afecta a un gran número de personas en estos tiempos.

Por otro lado, la falta de información que, en general, tienen los individuos sobre estas cuestiones conlleva la posibilidad de que puedan sufrir tales pérdidas y, por ende, recomienda este tipo de soluciones. No obstante, si es exigible la inclusión expresa de estas soluciones en el clausulado del contrato, tal exigencia puede entonces generar perjuicios derivados del propio desconocimiento de las partes, que se podrían evitar de otro modo. Por ello, debería valorarse la posibilidad de incluir en estos casos soluciones legales generales, al menos

para este ámbito de la contratación y de forma coyuntural para los momentos de crisis inmobiliaria, que eliminen la indefensión ocasionada por el desconocimiento. Es cierto que podría sostenerse que dicha medida es una invasión del ámbito de la autonomía de la voluntad, sin embargo consideramos que esta solución permitiría evitar, precisamente, que la voluntad de la parte ignorante sea precisamente el mecanismo que genere un mayor y efectivo perjuicio a la misma. Por lo demás, existe multitud de supuestos en los que las facultades de desistimiento se han otorgado al comprador en otros sectores en los que las circunstancias lo aconsejaban con el fin de evitar su indefensión y los perjuicios derivados de la misma.

Por otra parte, en la mayoría de los contratos la cláusula que se incluye es una simple condición suspensiva: se supedita la subsistencia y/o eficacia del contrato a la obtención de un crédito, con variadas posibilidades respecto de la devolución de las cantidades ya entregadas. Debemos, entonces, preguntarnos cuál es el valor añadido que la cláusula estudiada aporta respecto de aquellas. En nuestra opinión, la opción añadida —facultad de desistir o de permanencia del contrato— únicamente otorga un mayor control a la parte compradora, que puede decidir el mantenimiento del contrato aunque hayan fracasado las negociaciones con la entidad bancaria. Claro está, dicha opción solamente es admisible cuando se establece una condición negativa, pues si la condición fuese positiva, no estaría justificado que, no obstante la consecución de la financiación, se facultase al comprador para desligarse del contrato, como no fuera mediante el empleo de las arras penitenciales, es decir, mediante la asunción de un sacrificio a cambio de dicha facultad.

En cualquier caso, la pretensión de evitar los perjuicios que se derivan de la no consecución del crédito con la pérdida de las arras se puede obtener también con la inclusión en el contrato de una simple cláusula de condición suspensiva positiva sin opción del comprador añadida. Es más, podría pensarse que, en las actuales circunstancias, la concesión al comprador de dicha opción no tiene mucho sentido, puesto que el propósito que se persigue es la obtención de un crédito para llevar a cabo la compra, sin que el mismo se preocupe ahora por la posibilidad de continuar con la compra no habiendo obtenido la financiación requerida. Sin más rodeos, si el comprador consigue el préstamo compra la vivienda, en caso contrario no se continúa con la compra, sin más.

Por otra parte, también se puede sostener, con corrección lógica, que la posibilidad de desligarse del contrato sin exigencia de responsabilidades derivadas del incumplimiento, se puede obtener mediante el establecimiento de unas arras penitenciales del artículo 1454 del Código Civil. En efecto, la inclusión de estas arras penitenciales configura, para muchos, la obligación como condicional, generando un efecto similar al que persigue la cláusula analizada. Sin embargo, en estos casos también se pretende evitar que el comprador pierda las cantidades entregadas por el ejercicio de dicha facultad, por lo que resulta de

mayor utilidad el empleo de condiciones suspensivas como las recogidas en la cláusula, puesto que impiden el despliegue de las consecuencias normales que se producen por la celebración de un contrato con arras penitenciales.

La inclusión de una condición suspensiva en los contratos con arras reduce considerablemente el carácter de garantía que gran parte de la doctrina afirma del pacto arral (24). Si el carácter garantista de las arras fuese esencial y, por ello, debiera concurrir en todo caso, entonces habría cierta contradicción con la reducción de sus efectos por las partes mediante el empleo de la condición. No obstante lo anterior, es obvio que el juego conjunto de las arras y de la condición suspensiva de no obtención de financiación satisface los intereses de ambas partes: por un lado, la intención del vendedor de celebrar finalmente el contrato, por otro, la recuperación de las cantidades entregadas por el comprador cuando concurre una circunstancia que no depende totalmente de su voluntad.

En segundo lugar, del análisis anterior se deduce que, no obstante la similitud de funcionamiento, la cláusula referida no se identifica en modo alguno ni se puede calificar como un supuesto de arras penitenciales. Es cierto que en la cláusula se acoge, junto con las cantidades entregadas a cuenta —según la redacción de aquella—, una facultad de resolución o desistimiento del contrato celebrado. De esta forma, se podría considerar la identidad de efectos de la cláusula con las arras penitenciales. Sin embargo, existe una diferencia práctica muy clara: si bien la facultad que incluye la cláusula se puede ejercer sin pérdida alguna de las cantidades entregadas, en el supuesto de las arras penitenciales el ejercicio de la facultad de desistimiento conlleva necesariamente la pérdida de aquellas. Además, si bien la cláusula concede la facultad al comprador de forma exclusiva, las arras penitenciales otorgan la misma a ambas partes. Por estas razones, se aprecia de forma clara que la cláusula analizada constituye un mecanismo de control del contrato y de su celebración, más beneficioso para los compradores que las arras penitenciales. Parece lógico que así sea, pues se trata de una práctica que se encuadra en un contexto de crisis económica en el que muchos compradores no van a poder concluir satisfactoriamente la compraventa de la vivienda por causa de la falta de financiación o, incluso, por dificultades económicas sobrevenidas de diversa índole. En una situación de mercado inmobiliario en la que se conocen de forma anticipada y cierta las grandes posibilidades de que no se concluyan las compraventas de vivienda, las arras penitenciales constituirían una forma de obtención de una cantidad de dinero por el vendedor muy cercana al enriquecimiento injusto, puesto que el comprador asumiría el riesgo elevado de una probable pérdida de las arras, al tener que desistir casi por obligación, y el vendedor obtendría el correlativo beneficio de la percepción casi segura de una cantidad sin consumir la venta.

(24) Vid. ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *op. cit.*, pág. 130.

Por otra parte, en el caso de las arras penitenciales se pueden plantear ciertas dudas sobre la calificación del uso de la facultad de desistimiento para evitar una venta o una compra, con el fin de obtener mayores beneficios de la venta o evitar mayores pérdidas en la compra. Por las razones apuntadas en líneas anteriores, ya hemos señalado que no consideramos idénticos ambos supuestos. De esta forma, la no compra por bajada del precio parece un caso de legítimo ejercicio de la facultad de desistimiento, mientras que su uso para evitar la venta en las situaciones de alza de los precios puede constituir un supuesto de ruptura injustificada de expectativas legítimas. Si bien en el primer caso es lícito no responder a las expectativas para no obtener una pérdida clara, sin embargo en el segundo el objetivo es ganar más, no perder, lo que no parece legitime tal conducta. El Derecho no puede exigir a una persona que se arruine cuando la misma ha previsto en el contrato medidas para evitarlo, sin embargo sí puede reprimir conductas que busquen la ganancia injustificada a costa de la pérdida de la contraparte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: «Arras de desistimiento y arras penales», en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1996, EDESA.
- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, I, Parte General*, Edisofer, S. S., Madrid, 2006.
- ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E.: *Las arras en la contratación*, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995.
- ARIJA SOUTULLO, C.: *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- AUBRY y RAU, C. y C.: *Cours de Droit Civil Français*, V, Etienne Bartin, París, 1945.
- BARRÓN ARNICHES, P.: «El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos: ¿un caso de efficient breach of contract?», en *Diario La Ley*, núm. 6839, 12 de diciembre de 2007, Madrid, 2007.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J.: «En torno a la condición potestativa», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1963.
- BENDITO CAÑIZARES, M. T.: «Las arras excepcionales en el Derecho español y aplicación de su sinalagma en la contratación en masa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo*, T. II (Derecho Civil-Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- BEUDANT, C.: *Course de Droit Civil Français*, IX, Rousseau, París, 1938.
- DÍAZ-ALABART, S.: «Las Arras (I)», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero de 1996, EDESA.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *Anuario de Derecho Civil*, XIV, Madrid, 1961.
- ESTIVAL ALONSO, L.: *El contrato de arras*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S. A., Madrid, 2006.

- GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir.: ALBALADEJO, M.), T. XIX, artículo 1454, EDERSA, Madrid, 1980.
- JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- JOSSERAND, L.: *Derecho Civil*, vol. III, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950-1952.
- LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial, Introducción al Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- LÓPEZ DOMÍNGUEZ, L. M.: *La condición suspensiva en los contratos*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 2000.
- MANRESA, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, Ed. Hijos de Reus, 1901.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre de 1992, núm. 30.
- POTHIER: *Traité de contract de vente*, III, París, 1821.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Arras, una construcción jurisprudencial», en *Revista General de Derecho*, núm. 594, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1899.
- SANTOS BRIZ, I. (Dir.): *Tratado de Derecho Civil*, 3, *Derecho de Obligaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- SANZ VALENTÍN, L. A.: «Las arras penitenciales. Un estudio sobre el artículo 1454 del Código Civil y sus diversas interpretaciones», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 1995.
- TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto Privatto*, Giuffrè, Milán, 1996.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

RESUMEN

COMPRAVENTA DE VIVIENDA. ARRAS, DESISTIMIENTO.

Durante la década de los años 90 y la mitad de la siguiente, España se ha beneficiado de una época de bonanza y crecimiento económicos de alcance mundial que, en su caso, se ha traducido principalmente en un fuerte desarrollo del mercado inmobiliario, lo que ha propiciado, a su vez en pura lógica, un gran incremento en las ventas de vivienda. Los contratos y escritos que documentan estas ventas normalmente incluyen cláusulas de arras que poseen una finalidad de confirmación, de facultad de desistimiento

ABSTRACT

BUYING A HOME EARNEST MONEY, CONTRACT ABANDONMENT

Throughout the nineties and halfway into the following decade, Spain benefited from a time of economic plenty and growth of worldwide scope. The main outcome of that period was strong development in the property market, which in turn, quite logically, fostered a big increase in sales of homes. The contracts and other papers documenting such sales usually include earnest money clauses. These clauses are designed to confirm the parties' intentions, to enable each party to abandon the con-

reconocida a cada parte o de pena por su incumplimiento, en su caso. Sin embargo, los pretendidos objetivos de las arras producen consecuencias de signo diverso a los deseados en épocas de crisis, en las que los compradores encuentran grandes dificultades para poder concluir con éxito las ventas proyectadas —principalmente, por estrangulamiento de la actividad crediticia y la consiguiente falta de financiación—, el juego y significado de las arras pueden sufrir alteraciones. En efecto, la imposibilidad de comprar la vivienda por causas ajenas a la voluntad del comprador puede ocasionar la pérdida de la cantidad entregada como arras. Por esta razón, se han articulado en la práctica cláusulas que persiguen fines similares a los que proporciona el pacto arral, a la vez que evitan la pérdida de las arras ocasionada por la no conclusión de la compraventa.

Por todo lo anterior, vamos a analizar en este trabajo una cláusula que proporciona una facultad de desistir y, por ello, presenta cierta cercanía con las arras penitenciales, con el fin de desentrañar su naturaleza y, por ende, su calificación. A su vez, se estudian diferentes cuestiones relacionadas con las características y el ejercicio de la facultad que incluyen las arras penitenciales, para determinar las posibilidades que su inclusión en un contrato otorgan al comprador en un contexto de crisis como el que vivimos en la actualidad.

tract and to establish penalties for breach of contract. However, in times of crisis, when buyers encounter difficulties in carrying through with planned purchases (mainly due to banks' tendency to cut down on lending and the ensuing lack of financing), the objectives sought through the instrument of earnest money have consequences other than those desired. So, the ultimate significance of earnest money and the way it works may undergo changes. Indeed, if a buyer proves unable to honour a contract due to causes beyond the buyer's control, the buyer may have to forfeit the earnest money. For this reason, in practice clauses have been invented that seek the same kinds of objectives as earnest money agreements, yet avoid the forfeiting of the earnest money should the purchase fail to go through.

This paper looks at a clause that provides the power to abandon the contract and therefore displays a certain likeness to earnest money under one typical arrangement (in which, in the event of buyer default, the money is forfeited to the seller; but in the event of seller default, the seller must pay the buyer twice the sum put forward in earnest money). The goal of this paper is to disentangle the nature of the clause in question and thus its legal definition. The paper also examines different issues related with the characteristics and exercise of the faculty included in this type of earnest money clause, to determine the possibilities that the inclusion of such a clause in a contract gives the buyer in a context of crisis such as that which we are currently experiencing.

*(Trabajo recibido el 21-11-2010 y aceptado
para su publicación el 29-11-2011)*