

## LAS ARRAS EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

**Dr. Patricio Carvajal Ramírez**

Profesor de Derecho Romano

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica de Chile

### I. INTRODUCCIÓN

Tengo la impresión de que hablar actualmente de "arras", para los estudiantes, abogados, jueces y uno que otro profesor produce la sensación de estar refiriéndose a una figura de valor puramente histórico y, por tanto, a un mecanismo vetusto, superfluo o inocuo desde el punto de vista práctico: tal como si se hablara de la *mancipatio*, de los mayorazgos, de la muerte civil, de los codicilos, etc. En suma, a una gran mayoría la dación de arras no les sugiere más que la entrega de un lujoso cofrecito antiguo lleno de monedas de oro entre unos señores de albas pelucas empolvadas para cerrar un trato entre caballeros.

Como yo creo que la Universidad, entre otras cosas, *también* tiene que contemplar la "*conservación del conocimiento*", el hecho de que un objeto de estudio carezca de aplicación práctica no me parece un argumento válido para extirparlo de los tópicos de la academia. Por lo demás, al menos en lo que hace al estudio del Derecho, los criterios "*utilitaristas*" e "*inmediatistas*" para delimitar las materias estudiadas suelen ser *engañosos* y, a la larga, paradójicamente incluso "*poco útiles*". Recuérdese, por ejemplo, lo ocurrido con el *censo*: otra institución a la que, por ignorancia, se le había dado certificado de defunción por el mundo jurídico chileno<sup>1</sup>, a pesar de encontrarse regulada en el C. C. Todos recordarán cómo, en los años '80, el censo sorprendió por sus inmensas y vivaces repercusiones en la decaída

---

<sup>1</sup> Cfr. Ballesteros, M.: Los censos y fideicomisos. Su importancia en la legislación. Conveniencia de mantenerlos o de suprimirlos, RDJ 5 (1907-1908) pp. 269 - 131.

economía nacional<sup>2</sup>. Sin perjuicio de todo esto, retomando el problema de la *dación arral* debo señalar claramente que es un profundísimo error -que no se observa en el derecho comparado- pensar que las arras pertenecen al género de construcciones jurídicas que no ha trascendido desde el pasado histórico. Es decir, las arras, hoy, no evocan la entrega de un lujoso cofrecito antiguo lleno de monedas de oro, ni mucho menos; por el contrario, *son de la mayor trascendencia práctica*.

Por todo esto, creo necesario hacer el presente análisis de las arras en la jurisprudencia nacional, a fin de dar cuenta de la importancia de esta olvidada institución.

En líneas generales, las arras son entendidas como una cantidad de dinero u otros objetos que se *dan* tanto como prueba de haberse celebrado un negocio como para garantizar su celebración o penar su inejecución.

Esta primera aproximación (más que definición) da cuenta de un muy amplio alcance de la dación arral, que se extiende a través de todo el Derecho de los Contratos. Esto, a pesar de que nuestro C. C. se ocupa de ellas sólo en sede de compraventa: arts. 1803 a 1805, ubicados en el Libro IV, De las Obligaciones en General y de los Contratos, Título XXIII De la Compraventa, § 2. Forma y requisitos del contrato de venta. Sin embargo, hay múltiples razones históricas y dogmáticas, de las que me he ocupado en otros lugares, para concederles este amplio valor<sup>3</sup>.

Si nos restringimos a las razones derivadas directamente de nuestro Derecho Privado positivo, podemos señalar que en virtud del carácter modélico de la compraventa, sus disposiciones sobre las arras se pueden expandir hacia los demás contratos por vía analógica cuando

---

<sup>2</sup> Gaete, S.: Si la venta de un inmueble en pública subasta ordenada por el juez a instancias de un acreedor hipotecario, libera o no al inmueble del censo vitalicio que *lo grava*, RChD 9 (1982) 3 pp. 547 – 555; DE LA MAZA, L.: *Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente en la relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca acensuada*, RChD 10 (1983) 2 pp. 475 – 492; ROZAS, F.: *La purga del censo vitalicio y de la hipoteca de una renta vitalicia*, RChD 13 (1986) 3 pp. 499 – 502.

<sup>3</sup> CARVAJAL, P.-I.: *El polimorfismo de las arras contractuales en el derecho civil moderno*, Revista Jurídica Internacional de la Universidad Veracruzana, Academia 2 (2001) pp. 11-61; IDEM: *Las arras penitenciales*, en VV.AA.: *El Dret Civil Català en el Context Europeu*, coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Documenta Universitaria, Girona, 2003, pp. 231-264; IDEM: *Las arras penitenciales en la tradición romanística del derecho civil español*, RChD 32 (2005) 2 pp. 299-327; IDEM: *Las arras en el derecho justinianeo*, RChD, en prensa.

las partes, valiéndose de la libertad de contratación, las hicieran intervenir en el negocio. Esto viene confirmado por el propio C. C. que, en sede de arrendamiento de cosas, en el art. 1921, nos reenvía precisamente a las normas sobre las arras de la compraventa. El C. Co., como cuerpo codificado promulgado con posterioridad al C. C., aclara cualquier duda respecto del valor general de las arras. La codificación mercantil chilena vuelve a tratar esta institución en sus arts. 107 a 109, los cuales ya no se encuentran en sede de compraventa mercantil, sino en el Libro II, De los Contratos y Obligaciones Mercantiles en General, Título I Disposiciones Generales, § 1. De la constitución, forma y efectos de los contratos y obligaciones.

## II. RÉGIMEN LEGAL, TIPOLOGÍA DE LAS ARRAS Y ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

### II.a. Régimen legal.

En primer término, doy cuenta de la legislación existente en materia de arras:

C. C.,  
art. 1803:        “Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas”.

C. C.,  
art. 1804:        “Si los contratantes no hubieren fijado un plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega”.

C. C.,  
art. 1805:        “Si expresamente se dieran arras como *parte del precio*, o como señal de *quedar convenidos* los contratantes, quedará perfecta la venta; sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1801, inciso 2°.

No constando algunas de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes”.

C. C.,            “Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firma escritura, podrá cualquiera de las partes

- art. 1921: arrepentirse hasta que así se haga, o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada, si intervienen arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa”.
- C. Co.,  
art. 107: “La dación de arras no importa reserva del derecho de arrepentirse del contrato ya perfecto, a menos que se hubiere estipulado lo contrario”.
- C. Co.,  
art. 108: “La oferta de abandonar las arras o de devolverlas dobladas no exonera a los contratantes de la obligación de cumplir el contrato perfecto o de pagar daños y perjuicios”.
- C. Co.,  
art. 109: “Cumplido el contrato o pagada una indemnización, las arras serán devueltas, sea cual fuere la parte que hubiere rehusado el cumplimiento del contrato”.

## II.b. Tipología de las arras.

De acuerdo con los criterios dogmáticos<sup>4</sup>, las arras de nuestra legislación pueden sistematizarse de la manera siguiente:

### 1. Arras confirmatorias.

Ciñéndonos al artículo 1805 del C. C., son las sumas de dinero u otros objetos que se dan *“como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes”*. Estas arras se llaman *“confirmatorias”*, porque sirven de prueba o evidencia de que se ha celebrado el contrato. De ahí que el mismo precepto indique que *“quedaré perfecta la venta”*. En este sentido debe entenderse la regla general del art. 107 del C. Co., que indica que *“(l)a dación de arras no importa reserva del derecho de arrepentirse del contrato ya perfecto”*, a menos que se pacte lo contrario.

Dentro de las arras confirmatorias podemos distinguir aquellas que funcionan simplemente como *“señal”*, de aquellas que funcionan como *“parte del precio”*. Evidentemente, las arras confirmatorias *“parte del precio”* se imputan a éste, de forma que no se restituyen pues representan el cumplimiento parcial de la obligación de la parte que las dio. En cambio, las arras *“señal”*, por su carácter de mera

---

<sup>4</sup> Vid., con la bibliografía allí citada, n. 1.

prueba, y no de cumplimiento parcial, siempre terminarán por ser restituidas.

## 2. Arras penitenciales (obligacionales y penitenciales).

Sin duda se trata de las más interesantes y problemáticas. Según señala el art. 1803 del C. C.: "Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas".

La expresión latina "poenitentia" quiere decir "arrepentimiento", y corresponde a lo que nuestro C. C. expresa como "retractación". Se trata pues, de un pacto de retractación de las partes unido a una pena: la pérdida o la restitución del doble de lo dado como arras.

El hecho de que se hable de dación "en prenda" no es más que un tributo al bello texto de Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 17, 2, 21<sup>5</sup>: pero, ciertamente, la expresión no tiene más valor técnico que el referirse a ellas como una forma de "garantía" (aunque incluso en el terreno meramente metafórico esto también es muy discutible)<sup>6</sup>. Pareciera no ser necesario insistir en el diverso funcionamiento entre las arras y la prenda.

Ahora bien, estas "arras penitenciales" tienen dos funciones claramente diferenciadas por el C. C.

Por un lado, acompañan un contrato imperfecto y que, por tanto, carece de fuerza vinculante. Así, éstas son las que el art. 1805 señala que se perfeccionan "dando una cosa en prenda de la celebración..."

---

<sup>5</sup> "Cum tantus inquit arrabo penes Samnites populi Romani esset Arrabonem dixit sescentos obsides et id maluit quam pignus dicere, quoniam uis huius uocabuli in ea sententia grauior acriorque est; sed nunc arrabo in sordidis uerbis haberi coeptus ac multo uidetur sordidius arra, quamquam arra quoque ueteres saepe dixerint et conpluriens Laberius". De hecho, para VOLTERRA las arras pudieron haber recibido el tratamiento del *pignus* hasta algún momento anterior a mediados del siglo segundo d. C., época en que el testimonio de las *Gai Institutiones* 1, 139 deja claro que se trata de instituciones distintas. PRINGSHEIM, por su parte, denomina las arras de Aulo Gelio precisamente como "*pignus-arra*". Vid. VOLTERRA, E: *Diritto romano e Diritti orientali*, Incola Zanichelli Editore, Bologna, 1937, p. 260; PRINGSHEIM, F: *The greek law of sale*, Hermann Bölaus Nachfolger, Weimar, 1950, p. 416. Cfr. CARVAJAL, *El polimorfismo de las arras*, cit. pp. 27 y 28

<sup>6</sup> Vid. CARVAJAL, *Las arras penitenciales*, cit. pp. 243 a 253; IDEM, *Las arras penitenciales en la tradición romanística del derecho civil español*, cit. pp. 310 a 320.

*del contrato*". Y a estas mismas se refiere el art. 1921, al señalar: "*Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firma escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga, o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada, si intervienen arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa*".

Por otro lado, las arras penitenciales pueden acompañar un contrato perfecto, caso en el cual, según el art. 1805, éstas se perfeccionan "*dando una cosa en prenda de la... ejecución del contrato*".

El primer tipo de arras penitenciales, aquellas que acompañan un contrato imperfecto, se pueden denominar "*obligacionales*"; pues la posibilidad de retractarse proviene de la falta de un acuerdo vinculante, no de las arras, de modo que la pena arral funciona como un mecanismo indirecto para asegurar la futura celebración del contrato.

El segundo tipo, en cambio, es propiamente "*penitencial*", pues de no haber mediado las arras, la fuerza vinculante del contrato perfecto impide la retractación por el arrepentimiento unilateral de cualquiera de las partes<sup>7</sup>.

### **3. Arras penales.**

Este tipo de arras no tiene regulación expresa en nuestro Derecho, sin embargo, las partes pueden pactarlas haciendo uso de su libertad de contratación. Las arras penales acompañan un contrato perfecto, pero, a diferencia de las penitenciales, no autorizan la retractación. Vale decir, opera la sanción arral de la pérdida o restitución del doble del valor de las arras sin perjuicio de que igualmente se pueda exigir el cumplimiento del contrato. En este sentido se dice que establecen una pena.

#### **II.c. Algunas consideraciones generales.**

En primer lugar, y como ya se habrá podido observar desde la tipología de las arras, esta institución reúne en una misma figura varias funciones totalmente diversas. Las arras pueden ser un medio

---

<sup>7</sup> Cfr. art. 1545 C. C.: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

de prueba, la ejecución parcial de un contrato, una garantía por la celebración del contrato, un mecanismo complejo para permitir la retractación unilateral del contrato y hasta una pena por el incumplimiento.

Se suele hablar de las arras como una cláusula accidental del contrato, pero esto, al menos dogmáticamente, es un error. Si las arras confirmatorias son un medio de prueba del contrato, o bien, parte de su ejecución, es claro que no integran el contrato. Por otra parte, si las arras preceden la perfección del contrato, como es el caso de las obligacionales, difícilmente pueden ser una cláusula accidental de un contrato que aún no ha nacido; pues no puede olvidarse que éstas despliegan toda su eficacia precisamente si el contrato futuro que garantizan no se llega a celebrar debido al arrepentimiento de alguna de las partes. A su vez, si las arras acompañan un contrato perfecto, ya se trate de penitenciales o penales, tampoco son una cláusula accidental. Las arras siempre se perfeccionan por la entrega, es decir, son reales, y los contratos a que acceden pueden ser consensuales, solemnes, etc. Por lo tanto, como el solo consentimiento o la escritura que informan el contrato principal no son suficientes para hacer nacer las arras, pues esto es evidentemente distinto de la entrega, malamente podrían ser éstas sólo una cláusula accidental de aquéllos. Pareciera que, en realidad, tanto las arras obligacionales, como las penitenciales y las penales son propiamente un contrato accesorio. De forma que en estos casos es correcto hablar de "contrato arral" o "contrato de arras".

Otra breve consideración se refiere a la naturaleza que debe atribuirse en principio a las arras. Debe tenerse en cuenta que para el Derecho Civil se presume de Derecho que las arras son penitenciales, pues, como reza el artículo 1805, inciso segundo, del C. C.: "*(n) o constando algunas de estas expresiones por escrito ["como parte del precio" o "señal de quedar convenidos"], se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes*". En cambio, en el ámbito mercantil la situación es diversa. Si se trata de arras obligacionales, estimo que todavía rigen las normas del C. C., pues no hay normas expresas en el C. Co.; si se trata de arras que acompañan un contrato perfecto, a la inversa del tratamiento civil, las arras son confirmatorias, salvo que se pacte que tengan valor penitencial, según el art. 107. Es más, para que opere dicho pacto en contrario, tiene que referirse expresamente a la retractación, y no sólo a la sanción arral. Así se comprende lo señalado por el artículo 108, que señala: "*La oferta de abandonar las arras o de devolverlas dobladas no exonera a los contratantes de la*

*obligación de cumplir el contrato perfecto o de pagar daños y perjuicios*". Es más, existiendo esta oferta, es decir, habiéndose pactado la pena arral, tampoco operan las llamadas "arras penales", pues el art. 109 es meridianamente claro al señalar que: "*Cumplido el contrato o pagada una indemnización, las arras serán devueltas, sea cual fuere la parte que hubiere rehusado el cumplimiento del contrato*". En suma, la regla generalísima en este supuesto es que se trate de arras confirmatorias que sirven de prueba, evidencia o "señal" de la celebración del contrato.

La consideración sobre lo que ocurre en materia civil me lleva a otra observación. Es extremadamente complejo dar una explicación sistemática satisfactoria respecto de las arras penitenciales. Hay que tomar en cuenta lo que dice sobre éstas el art. 1803 del C. C.: "*Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la... ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse*". Nótese que se trata de arras propiamente penitenciales y no de arras obligacionales, las cuales, siguiendo el mismo artículo, se constituyen "*dando una cosa en prenda de la celebración... del contrato*". Así, en el caso de las arras penitenciales el Código de Bello viene a proponer que el contrato está perfecto, y que lo que se "garantiza", en consecuencia, es sólo su ejecución.

Reiteraré lo que he señalado en otro lugar respecto del derecho español que, no obstante, *mutatis mutandis* es plenamente aplicable al caso chileno<sup>8</sup>:

"Parece evidente que la posibilidad de arrepentimiento de un contrato perfecto, contenida en... [el art. 1803 C. C.], no puede sino ser una excepción dentro del Ordenamiento<sup>9</sup>, pues... éste tiene por principio general el supuesto contrario: la fuerza vinculante del contrato<sup>10</sup>".

"...(N)o me parece tan claro, ni por muy excepcionales que se consideren las arras penitenciales, que se pueda señalar, *a priori*, que la facultad de desistir arbitrariamente del negocio pueda predicarse del "*...concierto libremente convenido, conforme a la libertad*

---

<sup>8</sup> Cfr. CARVAJAL, *Las arras penitenciales*, cit. pp. 243 a 253; IDEM, *Las arras penitenciales en la tradición romanística del derecho civil español*, cit. pp. 310 a 320. He sustituido los artículos del C. C. español por los del nuestro donde esto parecía oportuno, señalándolo a través de paréntesis de corchete ("[...]"). Las notas al pie, en tanto, siguen tal como en los textos originales.

<sup>9</sup> QUINTANO, A.: *Las arras en el novísimo derecho contractual*, RGLJ 19(1950) pp. 757 y 758.

<sup>10</sup> Cfr. Código Civil, art. 1091.

*contractual consagrada en el artículo 1255...[del C. C. español]*", como señalan la jurisprudencia<sup>11</sup> y la doctrina, incluso la de posturas más críticas<sup>12</sup> [-para el Derecho Chileno, las fuentes de la libertad de contratación se encuentran en los arts. 10 del C. C., interpretado a *contrario sensu*, y sobre todo en el art. 19 N° 22 de la Constitución Política-]; ni tampoco, a consecuencia de lo anterior, me parece tan fácil definir las arras penitenciales como el precio del "lícito" desistimiento<sup>13</sup> de un negocio plenamente eficaz<sup>14</sup> y, mucho menos, cuando, luego de afirmada su licitud, se dice que sirven de "indemnización" por la resolución o hasta por el "incumplimiento"<sup>15</sup>. Más bien estoy de acuerdo con MAYNZ<sup>16</sup>, cuando señala que las arras penitenciales son contrarias a todos los principios generales".

"Un acuerdo sobre un contrato bilateral en que se agrega la cláusula de desistimiento equivale a decir: "estamos obligados, pero en cuanto alguna de las partes así ya no lo quiera, dejaremos de estarlo". Me parece que tal construcción es absurda si se quiere elevar una voluntad tan precaria a nivel de contrato<sup>17</sup>. Esta aspiración vulnera el propio Ordenamiento<sup>18</sup> desde el momento que no parece que pueda nacer un contrato a partir de una convención en que falta la intención de obligarse<sup>19</sup>. Faltaría a esta declaración el requisito de "seriedad"

---

<sup>11</sup> STS, 22.9.99, núm. 746/1999, fund. de derecho 2°.

<sup>12</sup> ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 42; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 855; QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 757.

<sup>13</sup> GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 104; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la STS*, cit. p. 855.

<sup>14</sup> GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 104.

<sup>15</sup> PINAZO, E.: *Cuadernos de derecho judicial, derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, dir. Ángel Carrasco Perera, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 348.

<sup>16</sup> MAYNZ: *Cours de droit romain*, 2, Librairie Polytechnique D'Aug. Decq, Paris, 1870, p. 401 n. 15.

<sup>17</sup> SAVIGNY, F.: *Sistema del derecho romano actual*, 2, trad. Jacinto Mecía y Manuel Poley, Góngora, Madrid, 2ª/s/d, pp. 221 y 222.

<sup>18</sup> QUINTANO, *Las arras*, cit. pp. 758 y 759.

<sup>19</sup> POTHIER: *Traité des obligations*, en *Ouvres Completes de Pothier*, vol. 1, P. J. Langlois, Libraire; A. Durand, Libraire, Paris, 1844, pp. 80-81; vid., sobre la Escuela del Derecho Natural: COING, *Derecho Privado Europeo*, cit. pp. 514 ss.; LANDO, O. (ed.): *Principles of european contract law*, Kluger Law International, The Hage, 2000, pp. 137 ss. El artículo 2:101.1.(a) señala: "A contract is concluded if: the parties intend to be legally bound..."; y en el comentario se indica: "In order to be bound by a contract a party must have an intention to be legally bound"; agrega el artículo 2:102: "The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the

que suele recordarse con relación a la oferta<sup>20</sup> -habitualmente de una manera que tal vez sea demasiado escolar-, pero que indudablemente integra toda declaración<sup>21</sup> que pretenda ser vinculante<sup>22</sup>. De manera que, agregado el pacto de desistimiento, incluso determinada la cosa y el precio<sup>23</sup>, no puede tenerse tal acuerdo por una compraventa perfecta<sup>24</sup>, pues el "consentimiento" sobre el objeto contractual -que es un *prius*-<sup>25</sup>, no puede jurídicamente tener la consideración de tal<sup>26</sup>".

"La perfección del contrato es un presupuesto de validez, de manera que la calificación de validez requiere como dato previo que éste esté formado<sup>27</sup>: una convención en las condiciones señaladas no puede ser considerada sino un trato preliminar<sup>28</sup>. Y no creo que en el caso de las arras penitenciales pueda salvarse la cuestión señalándose que hay convención porque, en todo caso, han nacido, y han sido queridas, las obligaciones propias de la dación de arras, lo que demostraría que el contrato en el que se insertan se ha perfeccionado y está desplegando su eficacia, pues, en atención al mismo carácter de cláusula accidental que generalmente se le reconoce a las arras - planteamiento que, en todo caso, no comparto-, el consentimiento tiene que recaer precisamente en los señalados elementos esenciales del contrato de compraventa y no sólo en los accidentales<sup>29</sup>".

---

*party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party"*.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 38 ss., con la bibliografía allí citada.

<sup>21</sup> ÍDEM p. 75.

<sup>22</sup> Cfr. Código Civil, art. 1262. Resulta esclarecedor el antecedente que ofrecen las Partidas 5, 11, 2: "*pregunta e respuesta ha menester que sea fecha en la promisión por palabras, e con entendimiento de se obligar*".

<sup>23</sup> Cfr. Código Civil, art. 1450.

<sup>24</sup> Cfr. Código Civil, art. 1278.

<sup>25</sup> Cfr. Código Civil, arts. 1254, 1261.1.

<sup>26</sup> LANDO, *Principles of european contract law*, cit. p. 143: en el comentario al artículo 2:102, se indica: "*Parties often make preliminary statements which precede the conclusion of a contract but which do not indicate any intention to be morally or legally bound at that stage*".

<sup>27</sup> LALAGUNA, *El contrato*, cit. p. 113.

<sup>28</sup> Vid. ALONSO, M.: *La responsabilidad precontractual*, RDCI (1971) pp. 860 ss.; LOBATO DE BLAS, J.: *Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares*, RGLJ (1976) p. 548.

<sup>29</sup> Cfr. Código Civil, arts. 1261 y 1450.

“De estas consideraciones se desprende que las arras penitenciales, de no haber sido incorporadas por el artículo [1803], no podrían ser incluidas voluntariamente por las partes en un contrato<sup>30</sup>, pues la libertad contractual encuentra límites lógico-jurídicos en los aspectos fundamentales del sistema general de la contratación; ni mucho menos podría el desistimiento, por la misma razón, haber tenido la consideración de “lícito” que reclama la definición de arras como precio del lícito desistimiento”.

Nuestro art. 1803 del C. C. claramente supone que la retractación propia de las arras penitenciales opera desde un contrato ya perfecto, a la manera de una condición resolutoria. Esto, porque las arras se dan para garantizar la “*ejecución del contrato*”, lo que implica que el contrato está perfecto y, desde luego, ya despliega toda su eficacia: de otra forma, no se podría referir a su “*ejecución*”. Sin embargo, esta construcción es imposible. Desde luego, si las arras se observan como una *cláusula que afecta resolutoriamente el contrato principal*, nos enfrentaríamos al problema de *falta de formación del consentimiento* por falta de *seriedad*; y, asimismo, la retractación unilateral se trataría de una *condición resolutoria meramente potestativa de quien se obliga*, que, en consecuencia, anularía las obligaciones del contrato al tenor del art. 1474, inciso primero, del C. C.: “*Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga*”.

De hecho, ALESSANDRI, estima que la condición jamás podría ser resolutoria, aunque no parece ver bien las consecuencias de la introducción de las arras como garantía de la ejecución de un contrato. En este contexto, señala: “*las arras dadas en este carácter (penitencial) impiden que los efectos del contrato se produzcan inmediatamente, es decir, el contrato aun no está perfecto... Es indudable que si las partes pueden retractarse perdiendo las arras, naturalmente, aquél no produce ningún efecto, ya que su existencia está en suspenso. Su vida jurídica y su celebración dependen del hecho de que aquellas no retiren su consentimiento, de que no se retracten*”<sup>31</sup>. Hasta aquí, no puede más que estarse de acuerdo con ALESSANDRI, sin embargo, este jurista yerra gravemente al razonar, a continuación, de la siguiente forma: “*Este hecho (la retractación) es futuro e incierto, pues no se sabe si se realizará o no. Reúne, en*

---

<sup>30</sup> ALBALADEJO, *Las arras en la jurisprudencia*, cit. p. 42.

<sup>31</sup> ALESSANDRI, A.: *De la Compraventa i de la Promesa de Venta*, 1, Soc. Imprenta Litográfica Barcelona, Santiago, 1917, p. 118.

*consecuencia, el carácter de una condición... la condición tiene que ser suspensiva... las arras que se dan como un medio de retractarse importan la formación de un contrato condicional... sólo cumpliéndose ésta se perfecciona en definitiva i se convierten en exigibles las obligaciones que contiene*"<sup>32</sup>.

Se habla de "la formación de un contrato condicional", suponiendo que las arras penitenciales son una cláusula accidental del contrato. Pero la falta de formación del consentimiento no puede tratarse desde el punto de vista de las modalidades, en este caso la condición, pues éstas suponen la existencia del contrato cuyos efectos, es decir obligaciones, modifican. A mucha distancia de esto, los requisitos para la formación del consentimiento son una *condicio iuris*, un elemento esencial, no una condición. "Tal como señala BADOSA<sup>33</sup> - aunque en relación con la multa penitencial-, la formulación penitencial es aplicable a los contratos y no a las obligaciones". Así, en este caso, "...no se puede tener el desistimiento como condición suspensiva porque, tal como lo indica SAVIGNY<sup>34</sup>, no hay condición si la cláusula así llamada corresponde implícitamente a la relación jurídica. Lo anterior es relevante en atención a que si las arras son una simple cláusula del contrato se debe llegar a la conclusión, obvia, de que existe una sola relación jurídica: el contrato; de tal manera que una condición suspensiva que consiste en el hecho de que ambas partes lleguen a tener verdadera y definitiva intención de obligarse, se confunde con un elemento -la seriedad- que informa esencialmente la relación jurídica, por lo que lo formalmente denominado condición suspensiva no es en realidad una modalidad del negocio, sino un elemento intrínseco en cuanto corresponde a uno de los requisitos de la formación del consentimiento. En este supuesto se vuelve al *prius* de la imperfecta formación del consentimiento: no hay contrato condicional porque no hay contrato todavía".

Reconociendo el agudo problema al que nos enfrentamos *de lege data*, podemos decir, *de lege ferenda*, que "...si las arras resultan ser un contrato genéticamente distinto bien puede aceptarse que el contrato principal nace pero su eficacia queda supeditada al hecho extrínseco<sup>35</sup> de que una de las partes opte por hacer operar la sanción

---

<sup>32</sup> ALESSANDRI, *De la Compraventa i de la Promesa de Venta*, cit. pp. 118 y 119.

<sup>33</sup> BADOSA, F.: *Dret d'obligacions*, Publicacions Universitat de Barcelona, 1990, p. 184.

<sup>34</sup> SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 216.

<sup>35</sup> Vid. BLASCO GASCÓ, F.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, p. 47.

del contrato arral, lo que implicará, a su vez, la falta de asentimiento definitivo en el contrato principal. Dicha condición suspensiva no parece objetable: prevé que el contrato está perfecto, pero que surtirá efecto sólo si las partes quieren perseverar en el contrato principal o, más bien "no optar por el contrato arral"; equivale a decir: "te arriendo mi casa de la playa si tú me vendes tu auto", o, "te vendo mi casa a plazo si tú me garantizas el pago con hipoteca", o, tal vez mejor, "te vendo mi auto si tú no me cobras tal o cual deuda anterior".

"No se trataría en este caso de una condición meramente potestativa del deudor<sup>36</sup>, prohibida por el artículo [1474], pues -más allá del criterio discutible de que el deudor que se desiste al mismo tiempo que no tiene que cumplir su obligación pierde el crédito correlativo que tenía contra la otra parte<sup>37</sup>-, el perseverar en el contrato no depende de su sola voluntad arbitraria sino también de la situación extrínseca que, justamente, importa el negocio independiente de las arras<sup>38</sup>".

El propio carácter de "garantía" que se da a las arras penitenciales, tal como habíamos señalado, es bastante discutible. "Respecto de las arras penitenciales del artículo [1803], MARTÍNEZ DE AGUIRRE se pregunta, con razón, cómo un mecanismo que permite el desistimiento puede servir para reforzar el vínculo<sup>39</sup>. Frente a esta afirmación se ubica el criterio de SANCHO<sup>40</sup> y TRIMARCHI<sup>41</sup> respecto de que ellas constituyen el reforzamiento de un vínculo previamente debilitado. Comparto este último aserto, pero, en razón de todo lo ya expuesto, no en cuanto a que el debilitamiento proviene de un pacto de resolubilidad -que, en todo caso, es lo que se puede colegir de la disposición legal-, sino que, en doctrina, debe concluirse que proviene de la condición suspensiva que importa el pacto de retractabilidad contenido en el contrato arral respecto del contrato principal".

---

<sup>36</sup> Vid. LÓPEZ, L.: *La condición suspensiva en los contratos*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1999, pp. 24 ss.

<sup>37</sup> LÓPEZ, *La condición suspensiva*, cit. pp. 28 y 29. Contra: SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 221.

<sup>38</sup> En esta construcción el contrato arral da causa a la retención o devolución duplicada de las arras, como lo estimaba Rugerio y la Glossa acursiana.

<sup>39</sup> QUINTANO, *Las arras*, cit. p. 752.

<sup>40</sup> SANCHO, *Elementos de derecho civil*, cit. pp. 258 ss.

<sup>41</sup> TRIMARCHI, v. "caparra", cit. p. 204.

“En consecuencia, me parece que si nos atenemos al sistema general de contratación..., prescindiendo obviamente del artículo [1803], objeto de análisis, la correcta configuración de las arras debe corresponder al de un negocio autónomo de garantía que refuerza un contrato sujeto a la condición suspensiva, simplemente potestativa, negativa, de no optar por la sanción arral”.

Dejando estos graves problemas de lado, espero que ya se pueda comenzar a intuir la importancia de las arras. Cada vez que se adelanta una parte de un pago por un contrato todavía no perfeccionado, hay arras; y se presume de Derecho que son “arras penitenciales”, con toda la regulación de la pena arral (art. 1805, inciso segundo). En el ámbito civil, en tanto, lo mismo ocurre incluso respecto de contratos ya perfectos (art. 1803).

Es más, sin ánimo de profundizar, la Ley N° 19.496, Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, incluso modifica ámbitos que acaso podrían haber correspondido a la “garantía” arral, en los artículos 3 bis y 3 ter. En el artículo 3 bis se disciplina el derecho de retracto del consumidor *“En la compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor debe expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión...”* y, asimismo, *“En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia...”*; allí se dice: *“Si el consumidor ejerciera el derecho (de retracto) consagrado en este artículo, el proveedor estará obligado a devolverle las sumas abonadas...”*. En el artículo 3 ter., destacando la parte que puede resultar más interesante, se indica que *“En el caso de prestaciones de servicios educacionales de nivel superior, proporcionadas por... universidades, se faculta al alumno o a quién efectúe el pago en su representación para que... [cumpliendo ciertas condiciones y plazos] deje sin efecto el contrato con la respectiva institución, sin pago alguno por los servicios educacionales no prestados... En ningún caso la institución educacional podrá retener con posterioridad a este retracto los dineros pagados ni los documentos de pago o crédito otorgados en respaldo del período educacional respectivo, debiendo devolverlos todos en el plazo de 10 días desde que se ejerza el derecho a retracto...”*.

Como último ejemplo, me permito traer a colación el artículo 138 bis, incorporado por la Ley N° 19.932 a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuya lectura en clave “arral” resulta muy sugerente: *“Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad*

*inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, y que celebren contratos de promesa de compraventa, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo, para el evento de que éste no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador.*

*Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador".*

Espero que lo señalado hasta ahora haya servido como esbozo de las arras y de su importancia. Al menos creo haber podido aclarar que ellas poco y nada tienen que ver con monedas de oro, cofrecitos y pelucas empolvadas.

### **III. La jurisprudencia chilena sobre las arras.**

La jurisprudencia nacional en materia de arras, como es de suponer debido al olvido de esta institución, se presenta bastante escasa. Echando mano a una base de datos electrónica al uso<sup>42</sup>, al ingresar la entrada "arras", al igual que al ingresar las disposiciones legales pertinentes, en los últimos 19 años sólo se encuentran tres sentencias relevantes pronunciadas por la Excelentísima Corte Suprema<sup>43</sup>.

Puede resultar llamativo que dos de las tres sentencias corresponden a asuntos de origen penal.

---

<sup>42</sup> LexisNexis Chile, jurisprudencia on-line.

<sup>43</sup> No me ha parecido de interés y por tanto he excluido una cuarta sentencia en que se determina que, para que existan arras, éstas deben ser dadas a la contraparte y no a un tercero. Cfr. Sent. C. Ap. Rancagua, 26.4.2002, 17201, identificador LexisNexis 24406.

## **1. Corte Suprema: acción constitucional de indemnización de perjuicios por error judicial<sup>44</sup>.**

En sentencia de fecha 2 de diciembre de 1987, la Excelentísima Corte Suprema, en la causa ingreso n° 24.313, rechazó una acción de indemnización de perjuicios por error injustificado de los jueces fundada en el art. 19 N° 7, letra i), de la Constitución Política.

Los hechos en que se basó el solicitante de la indemnización, don Carlos Horacio Serrano Nijamkin, según dice el considerando 1.-, consisten en que éste: *"...fue sometido a proceso por error injustificado de los jueces en que incurrieron en la causa N° 115.861-4 del Primer Juzgado del Crimen de esta ciudad, iniciada por querrela de don Eugenio Javier Poch en la que se le atribuyó, sin fundamento alguno, el delito de estafa, y tanto es así, que fue absuelto de la correspondiente acusación por sentencias definitivas de primera y segunda instancia que pusieron término al proceso; pero, con todo aquello sufrió gravísimos perjuicios materiales y morales de los que debe ser indemnizado"*.

La querrela por estafa que está en la base de esta acción se basaba en los hechos siguientes.

El año 1979, don Carlos Horacio Serrano Nijamkin, abogado, pretendía vender un departamento ubicado en calle Monjitas 344, n° 72, para lo cual contrató los servicios de un corredor de propiedades. En cumplimiento del encargo, dicho corredor de propiedades lo puso en contacto con don Eugenio Javier Poch, médico. El señor Poch había visitado la propiedad y se había interesado, por lo que inició las negociaciones con el señor Serrano para comprar la propiedad.

Es del caso que ambos decidieron prescindir de la ayuda del corredor de propiedades, previo pago de su correspondiente comisión, puesto que la redacción de los documentos por parte del señor Serrano, cualificado para el efecto en su calidad de abogado, abarataría los costos. Se debe destacar que no se suscribió promesa de compraventa alguna.

En este contexto, el señor Poch, interesado en comprar, entregó ciertas sumas de dinero al señor Serrano antes de la redacción de la preceptiva escritura pública. Finalmente el señor Serrano se negó a redactar y suscribir dicha escritura pública, de forma que el negocio jamás prosperó, y el dinero abonado jamás se restituyó. De ahí,

---

<sup>44</sup> Cfr. Sent. C. Sup., 2.12.1987, 24313, Gaceta 90.

entonces que el señor Poch se querellara por estafa contra el señor Serrano. Hasta aquí la descripción de los hechos.

En suma, estamos ante las arras obligacionales a que se refiere el art. 1803 del C. C.

En este fallo, sorprende especialmente la primera parte del considerando 3.-:

*"Que el auto de reo cita diversos antecedentes tendientes a comprobar el delito referido y la participación de autor del señor Serrano, como ser, los documentos de fojas 1 a 4 del sumario, que son recibos de dinero suscritos por éste, pero que aparecen redactados en forma por demás ambigua, sin siquiera especificar en ellos la negociación que los originaba; algunos sin indicación de fechas de expedición, señalando a veces sólo el saldo restante, todo lo cual, obviamente constituía para el Juez una presunción en contra del recurrente quien se había comprometido en su calidad de abogado a redactar los documentos comprobatorios de la negación (sic), lo que no hizo. Pero en todo caso, en el recibo de fojas 3 se consigna un hecho que tendía a justificar la querrela; en efecto, se expresa en él: "que de la promesa referida sobre Monjitas 344 queda un saldo de veinte mil pesos, que no devengan intereses". "Cancelados que sean se procederá a suscribir la escritura definitiva", firmado por Carlos Serrano según lo reconoció en el expediente criminal.*

*Se cita, además, en el auto de reo, las fotocopias de fojas 16, relativas a dos cheques por la suma de \$ 100.000 cada uno, girados por el señor Poch a la orden del señor Serrano y que según el documento de fojas 17 fueron cobrados por éste".*

No es del caso tratar de estimar qué documentos sirven de prueba y cuán alta es la suma total abonada que se logró acreditar; pero sí se debe constatar que claramente se habían dado arras obligacionales por la compra del departamento señalado. En este entendido, lo cierto es que no se ve, según mi opinión, cómo fue posible que dichos antecedentes se consideraran en alguna medida suficientes para "comprobar el delito referido y la participación de autor del señor Serrano". Hasta aquí no hay más que un problema civil: la retractación del futuro vendedor (nótese que ni siquiera se acreditó la existencia de una promesa de compraventa) hecha de acuerdo a normas clarísimas de nuestro C. C.

Por eso sorprende todavía más el considerando 4.-:

*“Que el examen de tales antecedentes daba pie, en los términos del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, para emitir la declaratoria de reo de Carlos Serrano por el delito por el que se le procesó, sin que se cometiese arbitrariedad con ello ni que se incurriera en una resolución injustificadamente errónea. Es verdad que un examen más exhaustivo de las probanzas hecho por los jueces sentenciadores, los llevó a la conclusión de que no estaba comprobado completamente el verdadero monto convenido para la compraventa, ni la suma exacta que el señor Poch había entregado al señor Serrano como precio, ni si se pactaron arras, motivos por los cuales debió ser absuelto de la acusación, reservándole al querellante otra etapa para el cobro de perjuicios; pero esa absolución no significa que las actuaciones y cargos citados en el auto de reo, no fueron bastantes para someter a proceso al señor Serrano por el delito de estafa. Se trata de análisis hechos en estaciones distintas del proceso; para llegar a una sentencia condenatoria se requería que los antecedentes llevaran a los sentenciadores a la convicción de que se había perpetrado el delito y de que al acusado le cabía en él una participación culpable, convicción a la que no arribaron los sentenciadores y por eso lo absolvieron.*

*De acuerdo, además, con el dictamen Fiscal que corre en los antecedentes, se declara que no se hace lugar a la petición formulada en lo principal de la solicitud de fojas 17”.*

*Debo destacar que se señale que “Es verdad que un examen más exhaustivo de las probanzas hecho por los jueces sentenciadores, los llevó a la conclusión de que no estaba comprobado completamente el verdadero monto convenido para la compraventa, ni la suma exacta que el señor Poch había entregado al señor Serrano como precio, ni si se pactaron arras, motivos por los cuales debió ser absuelto de la acusación”.*

En mi opinión, según el mérito del proceso no se puede sostener que no se comprobara que se pactaron arras. Los documentos citados, en que consta que se abonó dinero por la compraventa futura -de la cual, por cierto, siempre podían retractarse las partes por el simple hecho de no haberse perfeccionado todavía-, claramente son prueba de la existencia de arras obligacionales. Y esto precisamente por la “ambigüedad” que se atribuye a su redacción: ante dicha clase de documentos se hace aplicable la parte del art. 1805 del C. C. donde se dice que *“se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos*

*precedentes*". Pareciera evidente el error judicial de no tener por probado aquello que se presume de Derecho.

En suma, el negocio parece no haber salido en realidad del ámbito civil; y lo único que cabía a quien esperaba comprar era solicitar, acreditando la retractación de la contraparte, la restitución doblada de lo que había dado como arras.

## **2. Corte Suprema: apelación de recurso de amparo contra sometimiento a proceso por giro doloso de cheque<sup>45</sup>.**

En sentencia de fecha 12 de junio de 1997, la Excelentísima Corte Suprema, en la causa ingreso n° 1.737-97, confirmó la sentencia apelada que pronunció la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en la causa ingreso n° 4317-97, acogiendo un recurso de amparo en favor de don Oscar Taladriz Gómez, contra la sentencia del Primer Juzgado del Crimen de Temuco, causa Rol n° 97.620, que lo sometió a proceso por giro doloso de cheque.

Los hechos que originaron la controversia son los siguientes. Don Oscar Taladriz Gómez acordó la venta de un predio con don Carlos Bugmann Spielmann por la suma de \$1.000.000.000. Tal como se señala en el considerando quinto de la sentencia apelada, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, el señor Taladriz recibió del señor Bugmann *"la suma de \$300.000.000 a cuenta de precio, y entregándole la posesión material del inmueble al señor Bugmann, quien inició su explotación en forma normal hasta la fecha, no obstante estar pendiente el pago del saldo de precio... debiendo otorgarse la escritura de compraventa de rigor a nombre de las cinco hijas del señor Bugmann, en la forma que describe en la minuta entregada en la Notaría... El hecho es que la escritura no fue otorgada debido a la no comparecencia de las personas que debían suscribirla como compradoras, no asistiendo tampoco el interesado en la compra, don Carlos Bugmann Spielmann. A todo esto, el señor Taladriz, al momento de acordarse el negocio, el 15 de agosto de 1996, había entregado al señor Bugmann un cheque por la cantidad de \$100.000.000, sin fecha, como expresión de su voluntad de respetar el negocio"*. Unas líneas más abajo, el mismo considerando señala *"el cheque de \$100.000.000 entregado por el señor Taladriz, a título de marras (sic) de la celebración del negocio"*.

---

<sup>45</sup> Cfr. Sent. C. Sup., 12.6.1997, 1737-97, identificador LexisNexis: 14596.

La expresión "a título de marras" es desafortunada. Indudablemente la sentencia no está utilizando la expresión "marras" sino que se refiere a "arras". Esto se infiere no sólo por la evidencia morfológica del texto -podría corresponder el término "marras", en su acepción propia, si apareciera precedido de "el título de", o "como título de"; aunque en dicho caso no se coordinaría con el resto de la oración, que carecería de sentido-, sino que se infiere especialmente por el contenido del negocio descrito. No cabe duda de que en este caso han mediado arras obligacionales: tanto las procedentes desde el futuro comprador al futuro vendedor, que ascienden a \$300.000.000, como las entregadas por el futuro vendedor al futuro comprador a través de un cheque (que por carecer de fecha admitiría algunos matices a los que no voy a atender), que ascienden a los \$100.000.000. Por lo demás, da la impresión de que resultó probado que la parte que debía suscribir la escritura pública como compradora se retractó, y debido a ello no se presentó en la notaría y finalmente el negocio no se perfeccionó.

No obstante la claridad con que se detecta el negocio arral, los hechos sucesivos muestran cuán desinformados estaban todos quienes intervinieron en la controversia respecto de nuestra institución.

Luego de que tuvo lugar el acuerdo de compraventa, el 15 de agosto de 1996, según informa el Fiscal de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, el día 31 de diciembre de 1996 el cheque por \$100.000.000 entregado por el señor Taladriz al señor Bugmann "fue protestado por orden de no pago (incumplimiento de negocio). En consecuencia, el señor Bugmann realizó la gestión preparatoria y, seguidamente, dedujo demanda ejecutiva contra el señor Taladriz. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo del recurso de amparo sobre el que versa esta sentencia, señala que en la "notificación de protesto de cheque... compareció el señor Taladriz para hacer presente la ineficacia legal del cheque de autos, por tratarse [y aquí *ab initio* encontramos una declaración relevante] de un documento entregado en garantía de la celebración de un negocio...".

Según señala la Corte de Apelaciones, en el considerando cuarto, el día 27 de enero de 1997, el señor Taladriz presentó una querrela por abuso de firma en blanco, que finalmente no prosperó. A consecuencia de lo anterior, ahora el señor Bugmann, con fecha 8 de abril de 1997, presentó una querrela por giro doloso de cheque contra el señor Taladriz, a la cual éste opuso los mismos argumentos que en el procedimiento civil destinado al cobro del cheque que había girado.

Fue en esta causa que el señor Taladriz fue sometido a proceso, motivando la presentación del recurso de amparo.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco resolvió conceder el amparo solicitado de acuerdo al siguiente argumento: *"debe concluirse que, no habiéndose acreditado por parte de don Carlos Bugmann Spielmann el hecho de que el mencionado cheque por la suma de \$100.000.000, extendido por el señor Taladriz, correspondía a un préstamo que por dicha cantidad había realizado el primero al segundo, el cheque en referencia no tiene carácter de tal en los términos que contempla la ley respectiva, por haber sido entregado en garantía de una determinada negociación y no en pago, igualmente, de una determinada obligación"*.

Finalmente, la Excelentísima Corte Suprema confirmó la sentencia que acogió la solicitud de amparo con el voto en contra del Ministro señor Adolfo Bañados, quien estuvo por revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de amparo.

Los argumentos del Ministro señor Bañados que nos interesan son los siguientes:

*"b) Que el girador dio orden de no pago para el expresado documento, por incumplimiento de negocios;*

*c) Que la expresada orden de no pago no se encuentra contemplada en el artículo 26 de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.*

*d) Que el girador del cheque interpuso querrela criminal por abuso de firma en blanco, que luego de realizadas diferentes diligencias, determinó que el juez de la causa entendiera agotada la investigación y cerró el sumario, sin formular cargos en contra de determinada persona como responsable de los hechos que motivaron la querrela"*.

Y, aquí quizás lo más notable de esta opinión:

*"e) Que por todo lo razonado, el disidente estima, que en el estado actual de la tramitación de los procesos y antecedentes agregados a ellos, no se ha determinado, hasta ahora, la naturaleza jurídica de cheque del documento girado por Oscar Taladriz Gómez, debiendo mantenerse, en tales circunstancias, el auto de procesamiento y la orden de aprehensión librada en su contra"*.

Sintetizando las muchas observaciones que se podrían realizar, huelga señalar lo siguiente: la orden de no pago del cheque dada por el señor Taladriz resultaba completamente improcedente. Las arras se perfeccionan por la entrega, vale decir, consisten en una *"dación"*. De

forma que el acreditado carácter de arras que tenía el cheque de \$100.000.000, hacía necesario que éste se cobrara para que fuera efectivamente "dada" dicha cantidad en arras. Por tanto, su objeción opuesta en el procedimiento ejecutivo y reiterada tanto en la querrela en su contra como en el recurso de amparo -instancias en que las Cortes hicieron suyo el argumento- fue equivocada. Si bien la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco razonó que el cheque había sido "*entregado en garantía de una determinada negociación y no en pago, igualmente, de una determinada obligación*", no se puede desconocer que esta garantía técnicamente se constituye "*dando una cosa en prenda de la celebración... del contrato*" según el art. 1803 del C.C.

¡Cuánto menos agobio hubiese tenido y cuánto más dinero tendría, también, el señor Taladriz si hubiese aplicado las arras! Debe advertirse que el señor Taladriz tenía derecho a retener los \$300.000.000 que el señor Bugmann le había entregado; y, al mismo tiempo, de no haberse negado al cobro del cheque de \$100.000.000, hubiese podido exigir la restitución de \$200.000.000. En suma, el señor Taladriz, en virtud de la retractación acreditada del señor Bugmann, podría haber recibido \$500.000.000 junto con haberse mantenido como propietario del fundo que pretendía vender; y todo esto, muy probablemente sin tener que soportar ninguno de los inconvenientes penales sufridos.

### **3. Corte Suprema: rechaza recursos de casación en la forma y en el fondo contra sentencia de segunda instancia<sup>46</sup>.**

En sentencia de fecha 21 de abril de 1999, la Excelentísima Corte Suprema, en la causa ingreso n° 2110-98, rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo, contra la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en la causa ingreso n° 1.092-97, que revocó la sentencia dictada en primera instancia.

Los hechos que dieron lugar a la controversia son los siguientes. Interesado en la compra de un departamento, don Gustav Von Plessing Rossel entregó un cheque por el monto de \$1.100.000, para el día 11 de julio de 1994, a la Inmobiliaria Barrios Muñoz y Cía. Ltda. El señor Von Plessing posteriormente se desistió de celebrar la compraventa y exigió la devolución del cheque. Sin embargo, el referido cheque no fue devuelto sino que, por el contrario, fue

---

<sup>46</sup> Cfr. Sent. C. Sup. 21.4.1999, 2110-98, identificador LexisNexis: 15861.

cobrado a través de depósito en la cuenta corriente de la Inmobiliaria, con fecha 18 de julio de 1994.

La empresa argumentaba que el cheque había sido dado a título de arras, sin embargo el señor Von Plessing negaba que hubiese sido entregado en tal calidad. Este punto, en consecuencia, conformaba el núcleo de la disputa.

En primera instancia, como resultado del proceso iniciado por la demanda deducida por el señor Von Plessing contra la Inmobiliaria Barrios Muñoz y Cía. Ltda., el tribunal dio la razón a la parte demandada; es decir, atribuyó la naturaleza de arras al mencionado cheque. Sin embargo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción revocó dicha sentencia y ordenó la restitución de la suma requerida por el señor Von Plessing. El argumento principal es que no se acreditó la existencia de arras.

El fallo, muy interesante, no tiene desperdicio; pero debo tratar de resumir lo señalado en él.

En la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, el considerando cuarto indica: *“Que, a su vez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1803 del Código Civil: Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, —, se desprende que se establece como condición o requisito previo, la circunstancia de que se vende con arras, lo que no consta y tampoco se ha probado en forma alguna en estos autos.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1805 del cuerpo legal citado en su inciso primero dispone que: Si expresamente se dieron arras, como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta; sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1801, inciso 2°. La situación descrita anteriormente en cuanto a la circunstancia que expresamente se dieron arras, tampoco ha sido probada por la demandada en estos autos.*

*Agrega su inciso segundo. No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá el (sic) derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes”. Luego, la Excelentísima Corte Suprema, al rechazar el recurso de casación en el fondo reiteró: “d) No se logró comprobar en autos que el referido cheque se hubiese entregado en arras, por la celebración del pretendido o eventual contrato de compraventa del departamento. El demandado no rindió prueba idónea a este respecto”.*

A mi juicio, nada de lo que se ha dicho hasta aquí tiene sentido. De los propios artículos transcritos se desprende que las arras consisten en el acto de "dar". Esto es lo que constituye "arras". Que la referida "dación" tenga por fin garantizar la celebración del contrato no requiere ulterior prueba; es el propio artículo 1805, inciso segundo, el que releva de esta necesidad de prueba, pues no constando expresamente por escrito que "dando una cosa", como tan ampliamente señala el art. 1803 C. C., dicha "entrega de algo" constituya parte del precio o señal de quedar convenidos los contratantes -esto es, no constando expresamente que se trata de arras confirmatorias- "se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes". Dicho de otra forma, para este caso se presume de derecho que lo dado tiene por fin garantizar la celebración del contrato.

Es más, tratándose de aquellas compraventas que deben celebrarse por escritura pública, como ocurre en este caso, el razonamiento del juzgador llevaría a una situación absurda. Se desprende que para éste, se debe probar que existen arras, entendidas por las partes como tal, y, después, también se debe probar qué función cumplen. Supongamos que hubiese tenido a bien considerar que se había acreditado, al menos, que el cheque en cuestión tenía la calidad de arras; entonces, como a su vez estimó que no se había podido acreditar que su dación se hizo "en prenda de la celebración... del contrato", es decir, como arras obligacionales, sólo una posibilidad nos permite la legislación: se trataría de arras "confirmatorias". Pero esto vulneraría triplemente el art. 1805 del C. C.: primero, porque para que las arras valgan como parte del precio o señal de quedar convenidos los contratantes, esto debe señalarse "expresamente, por escrito", lo que aquí no ocurriría; segundo, porque el inciso segundo establece para este caso una presunción de derecho respecto de que se trataría de arras obligacionales y no de confirmatorias; y, tercero, porque al final del inciso primero se señala expresamente que esto es "sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1801, inciso 2º", el cual se refiere precisamente a la necesidad de escritura pública para perfeccionar un contrato de esta clase. Esta última vulneración proviene del hecho de que, si se ha probado que existen arras pero no se ha probado que ellas son obligacionales, debiendo entonces deducirse por necesidad lógica que son confirmatorias, habría que aceptar que "quedará perfecta la venta", como reza el artículo. De esto se colige que el resultado del razonamiento del juzgador necesariamente sería "con perjuicio" de lo dispuesto en el art. 1801, inciso 2º del C. C. En conclusión, por este

camino habría que deducir que una compraventa de inmuebles no requiere escritura pública si se dan arras confirmatorias. Esto es francamente absurdo.

Nada de lo señalado le fue posible ver a la Ilustrísima Corte de Concepción, a pesar de que en su considerando 8º señala: *“Que, por otra parte, debe tenerse presente que el profesor Alessandri expresa en la citada obra que: En efecto, las partes por el solo hecho de dar las arras sin estipular nada sobre el particular, adquieren la facultad de retractarse del contrato. Este es el efecto primordial y único que producen al entregarse”*.

De otro lado, parece bastante obvio que las arras obligacionales acceden a un contrato imperfecto, es decir, a un contrato que todavía no existe porque aún no se ha celebrado. Las razones históricas y dogmáticas para afirmar esto son francamente sólidas, pero tampoco aquí recurriremos a ellas, pues basta la relectura del art. 1803 del C. C.: *“Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración... del contrato”*. Antes de señalar los considerandos de la sentencia que desafían lo anterior, debe recordarse lo que ya he mencionado para justificar que ni las arras obligacionales ni las penitenciales, propiamente tales, ni las penales pueden ser una simple cláusula accidental del contrato principal: las arras son un negocio real, en cambio la compraventa puede ser consensual o literal; de modo que malamente las arras pueden ser sólo una cláusula de aquél contrato que no reúne en sí mismo los requisitos indispensables (léase, la entrega) para que nazcan las arras.

En el considerando 5º, también se cita la opinión de ALESSANDRI<sup>47</sup>: *“Para que la dación de arras produzca estos efectos que vamos a señalar, es menester que el contrato sea válido, porque si no lo es carecen de todo valor en razón de que lo accesorio siga la suerte de lo principal y, en consecuencia, el que las recibió está obligado a devolverlas. La jurisprudencia es uniforme en este sentido”*.

En la misma línea, el considerando 6º dice: *“Que se ha resuelto tanto por la jurisprudencia como por la doctrina que para que existan arras es necesario un contrato en que se estipulen y que dicho contrato sea válido. Se ha señalado por ejemplo: Si no existe el contrato de compraventa de bienes raíces, por no haberse otorgado escritura pública, no puede considerarse que cierta suma entregada por una de las partes a la otra, lo ha sido a título de arras, porque para que éstas existan es necesario que haya contrato. Por tanto, la suma*

---

<sup>47</sup> ALESSANDRI, *De la Compraventa i de la Promesa de Venta*, cit. 118.

*mencionada debe devolverse al que la entregó, (C. Santiago, 7 mayo 1880, G. N° 558 p. 369). Otros fallos agregan: Para que las arras existan y produzcan efecto es necesario que exista y sea válido el contrato en que se estipulan., (C. Concepción, 18 agosto 1873. G. 1873 N° 1805, p. 809; C. Santiago, 4 agosto 1875. (sic.) G. 1875, N° 1822, p. 817; C. Santiago, 27 octubre 1876. G. 1876, N° 2285, p. 1169; C. La Serena, 23 mayo 1887. G. 1887 N° 1059, p. 627, entre otros, sólo por citar algunos)".*

Reitero que no se puede sostener que un mecanismo destinado a garantizar que un contrato llegue a celebrarse requiera, para ser válido, que dicho contrato ya exista. Respecto de la opinión de ALESSANDRI, ésta no necesariamente ha de tener el sentido que se le atribuye en la sentencia. De hecho, en el fallo se recoge parcialmente la explicación de este jurista<sup>48</sup>, omitiendo la parte en que, páginas más adelante, señala: "...en el artículo 1803 las arras se presentan como la facultad que las partes tienen para retractarse del contrato, es decir, cuando se dan con este carácter no prueban la celebración de aquel, sino que, por el contrario, habilitan a las partes para poder retractarse del mismo. A las arras bajo este aspecto las denominaremos arras-señal, porque, en realidad, son entregadas como señal de que el contrato puede llegar a celebrarse"<sup>49</sup>. Volviendo entonces a la cita hecha por la Corte, ésta parece más bien tener el sentido de que si el contrato futuro cuya celebración se pretende garantizar con arras es inválido, por ejemplo si adolece de objeto ilícito, por supuesto que su declaración de nulidad privará de efectos a la dación arral. Sin embargo, esto parece no ser pertinente en una simple compraventa de un departamento.

Por último, quisiera hacerme cargo de lo que señaló la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en el considerando 7° del fallo recurrido: "*Que sin perjuicio de lo anteriormente relacionado, la jurisprudencia también ha señalado en este sentido que: las arras constituyen verdaderas cláusulas penales, destinadas a garantizar la celebración o el cumplimiento de los contratos, y como tales no deben presumirse si no se encuentran expresamente establecidas. (C. Valparaíso, 21 diciembre 1897. G. 1897, t. III, N° 4.393, p. 197)".*

---

<sup>48</sup> ALESSANDRI, *De la Compraventa i de la Promesa de Venta*, cit. p. 112.

<sup>49</sup> ALESSANDRI, *De la Compraventa i de la Promesa de Venta*, cit. p. 115.

No es cierto que las arras “constituyan verdaderas cláusulas penales”, sino que a lo sumo presentan similitudes que las aproximan, sin llegar a constituir una misma cosa<sup>50</sup>.

Aquí también quisiera reproducir algunos de mis comentarios realizados respecto del derecho español<sup>51</sup>:

Aunque se suela hablar de las arras en materia de compraventa, “...siguiendo en este punto la tendencia tradicional delineada por el *Code*<sup>52</sup>, se observa la tendencia moderna de desvincular las arras de un contrato particular para evidenciar su aplicabilidad general<sup>53</sup>, disciplinándola cerca de la cláusula penal<sup>54</sup>, principalmente, debido a sus significativas similitudes funcionales -especialmente con las arras penales<sup>55</sup>-, a pesar de las diferencias estructurales existentes<sup>56</sup>.

“La distinción entre las arras penitenciales -e, incluso, las arras en general-, y la cláusula penal radica en que aquéllas tienen naturaleza real y ésta convencional. De lo anterior se desprende una gruesa diferencia<sup>57</sup>, pues la cláusula penal para el Código Civil es sólo una disposición accidental que las partes han agregado al contrato<sup>58</sup>, en cambio las arras no pueden ser una simple cláusula, sino que, como ya he expuesto, [son] un negocio independiente<sup>59</sup>”.

---

<sup>50</sup> Vid. en este sentido, SOMARRIVA, M.: *Tratado de las Cauciones*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, sin lugar ni fecha (original, 1943), p. 24.

<sup>51</sup> CARVAJAL, *Las arras penitenciales*, cit. pp. 256 a 259; IDEM, *Las arras penitenciales en la tradición romanística del derecho civil español*, cit. pp. 320 a 322.

<sup>52</sup> Art. 1590, sec. III, Tit. VI, Libro III “De la promesa de venta y las arras”.

<sup>53</sup> GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 103.

<sup>54</sup> Codice Civile, art. 1385; BGB § 336 a 338; Código Suizo de las Obligaciones, arts. 160 a 163.

<sup>55</sup> Vid. LANDO, *Principles of european contract law*, cit. p. 454. En el comentario A, del artículo 9:509, relativo a la cláusula penal (Agreed payment for Non-performance), la ilustración 2 entrega un caso de arras penales sin hacer distinción alguna: “A agrees to sell his house to B, from whom he obtains a deposit for 20 per cent of the price to secure B’s performance of the contract. B refuses to complete the transaction. A may forfeit the deposit”. En realidad la confusión se puede plantear entre la cláusula penal y las arras penitenciales o penales, no con las confirmatorias. Vid. GÓMEZ CALERO, J.: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 72.

<sup>56</sup> PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 163.

<sup>57</sup> Contra: GÓMEZ, *Contratos mercantiles*, cit. p. 73.

<sup>58</sup> BADOSA, *Dret d’obligacions*, cit. p. 182.

<sup>59</sup> A parte de la posibilidad de que las partes imputen al precio lo dado en concepto de arras penales por el comprador, ésta es la única diferencia relevante

“Las arras penitenciales -no así ya las demás clases de arras-, aún si consistieran en un simple acuerdo, como propone la doctrina moderna<sup>60</sup>, tampoco dejarían de considerarse como un negocio independiente pues, si fuera una simple cláusula accidental, impediría que el contrato naciera a la vida del Derecho por falta de consentimiento”.

“Es interesante la posición de ALBALADEJO<sup>61</sup>, para quien el vendedor que recibe las arras y se retracta queda sujeto a una obligación convencional de la misma naturaleza que la cláusula penal. GARCÍA CANTERO<sup>62</sup> replica que de esto habría que colegir que quien recibió el arra, si se arrepiente, debe quedar sometido a las normas de la cláusula penal. En la actualidad no se discute acerca de la sanción del vendedor<sup>63</sup>... pero, por muy convencional que efectivamente sea la sanción del vendedor, nada tiene que ver con una cláusula penal, pues la cláusula penal consiste en una prestación subsidiaria a otra principal<sup>64</sup>; y, en cambio, la sanción del vendedor es directamente el objeto de su prestación desencadenada, merced a su arrepentimiento, por el mecanismo arral”.

“Me parece evidente la gran diferencia funcional que presentan los institutos respecto de que las arras siempre pueden ser consideradas, además, como anticipo del precio o parte de la indemnización, en su caso, en cambio la cláusula penal nunca podrá tener la consideración de *pars pretii*”.

“Del otro lado, la mayor coincidencia funcional entre las arras penitenciales del artículo [1803] respecto de la cláusula penal, consiste en que ambas están destinadas a reforzar el vínculo<sup>65</sup>, si bien

---

entre las arras penales y la cláusula penal. Vid. DÁVILA, J.: *La Obligación con cláusula penal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1992, p. 180; RAMOS, E.: *La cláusula penal del pacto resolutorio (aspectos sustantivos y registrales)*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, p. 44; ESPÍN, I.: *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 45 ss.

<sup>60</sup> FOLIGNO: v. “*arra poenitentialis*”, t. 16, NDI.

<sup>61</sup> ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. 2, vol. 2, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 85.

<sup>62</sup> GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 106.

<sup>63</sup> TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 203.

<sup>64</sup> SANZ, A.: *La cláusula penal en el código civil*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 30; BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 303.

<sup>65</sup> Contra: BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.

dentro de presupuestos diferentes, pues en un caso hay un vínculo debilitado y en el otro uno completamente eficaz<sup>66</sup>”.

“Si se miran las arras penitenciales como una sanción por el arrepentimiento... [permitido por el acuerdo de las partes] resulta que, al igual que las arras penitenciales-obligacionales<sup>67</sup> que acompañan los contratos imperfectos, serían una coerción al *ius poenitendi* que convencional y legítimamente corresponde a las partes.... En cambio, la cláusula penal, ya sea sólo una liquidación anticipada de los daños y perjuicios<sup>68</sup>, ya sea una sanción penal privada<sup>69</sup> -caso en el cual se encontraría otro punto de contacto-, opera ante el hecho ilícito del deudor de incumplir la obligación<sup>70</sup>”.

“...(Q)uien desiste y soporta la sanción arral no incumple<sup>71</sup>, pues su facultad consiste justamente en poder desistir lícita y arbitrariamente; en cambio, la cláusula penal opera siempre por incumplimiento<sup>72</sup>. No entiendo, en consecuencia, a quienes viendo en el desistimiento una resolución hacen corresponder las arras penitenciales con una indemnización a la par que el desistimiento es considerado un acto lícito<sup>73</sup>, pues, evidentemente, en esta doctrina se configura una radical diferencia entre retractación e incumplimiento<sup>74</sup>. En esta órbita de

---

<sup>66</sup> TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 204. Contra: PINTO, *Cláusula penal*, cit. p. 186; GÓMEZ, *Contratos mercantiles*, cit. p. 72; PINAZO, *Cuadernos de derecho judicial*, cit. p. 350.

<sup>67</sup> No admite esta posibilidad: GARCÍA, *Comentarios al código civil*, cit. p. 103.

<sup>68</sup> MAS BADÍA, M.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 14; DE AMUNÁTEGUI, C.: *La función liquidadora de la cláusula penal en el tribunal supremo*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 23 ss.; Vid. MARINI, A.: *La clausola penale*, Jovene Editori, Napoli, 1984, pp. 23 ss.

<sup>69</sup> BLANCO, J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 51 ss.; ESPÍN, *La cláusula penal*, cit. pp. 16 y ss.; BADOSA, *Dret d'obligacions*, cit. p. 182. En una posición intermedia: SANZ, *La cláusula penal*, cit. pp. 19 a 22.

<sup>70</sup> LOKSAIER, F.: *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux*, Éditions Paguito Lausanne, Suisse, 1985, p. 86.

<sup>71</sup> SANCHO, *Elementos de derecho civil*, cit. pp. 258 ss.

<sup>72</sup> VIVES, G.: *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p.131.

<sup>73</sup> Vid. HERNÁNDEZ, F.: *Las arras en la contratación*, Salamanca, 1958, p. 69.

<sup>74</sup> TRIMARCHI, v. “*caparra*”, cit. p. 202.

pensamiento, más acertada es la posición de MESSINEO<sup>75</sup>, para quien no se trata de una indemnización de perjuicios sino de la contraprestación al derecho de ejercitar la separación del contrato, es decir, el precio<sup>76</sup> o pena<sup>77</sup> de la resolución. Desde mi perspectiva - condición suspensiva-, evidentemente el desistimiento no genera ninguna obligación de indemnizar y la pena arras es exclusivamente una sanción privada”.

De acuerdo con todo lo dicho, el argumento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, respecto de que las arras “*constituyan verdaderas cláusulas penales*”, de manera que aquéllas tampoco se presumen, no puede aceptarse. Por lo demás, aunque ambas figuras tuvieran una misma naturaleza, no se puede decir que debe probarse, pues esto contradice las disposiciones explícitas del C. C. que hemos revisado en que de “la sola entrega de algo” entre los contratantes, dispuesta en el artículo 1803 de una manera absolutamente amplia, se presume de derecho su carácter de arra penitencial según señala el art. 1805, inciso segundo.

Esto último es, según mi opinión, el régimen general de las arras en Chile.

---

<sup>75</sup> MESSINEO, F.: *Doctrina general del contrato*, vol. 1, 3ª edición, Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 529.

<sup>76</sup> HERNÁNDEZ, *Las arras en la contratación*, cit. p. 70.

<sup>77</sup> BONET, *Comentario a la STS*, cit. p. 304.