

La garantía del Anticipo en la contratación privada: modo de asegurar la *sustitución judicial* de la voluntad al cumplimiento

The Advance Payment Guarantee in Private Contracting: How to Ensure the Judicial Replacement of the Will to Compliance

Esp. Annette Astudillo Travieso

Bufete Colectivo de Boyeros, La Habana
Cuba

ane@lha.onbc.cu



0000-0003-2045-2832

Msc. Miguel Antonio Jiménez Baro

Bufete Colectivo de Boyeros, La Habana
Cuba

miguel.antonio@lha.onbc.cu



0000-0001-8163-2066

RESUMEN

Es innegable la actualidad que ha adquirido, en la negociación privada en nuestro país, lo que se ha denominado “acuerdos privados” por medio de los cuales las partes se comprometen a la concertación de futuros contratos cuando estén dadas las condiciones necesarias para ellos. Conviniendo en asegurar tal particular con la entrega de una cantidad de dinero significativa. Si tenemos en cuenta que en esta particular forma de obligarse, las partes intervinientes establecen no solo el futuro contrato a concertar, donde prestan ya un consentimiento preliminar, asegurando los elementos esenciales del futuro negocio, así como la forma en que ha de realizarse este, es innegable que el aseguramiento de la concertación del negocio futuro con la entrega de una cuantía dineraria anticipada viene a acreditar públicamente la seguridad jurídica que ofrece a las partes este acuerdo privado que no es otra figura que el Precontrato del cual se deriva una obligación de hacer para las partes, encaminada a la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual que puede ser exigido, ante el incumplimiento por la vía judicial.

Palabras clave: anticipo, precontrato, contratación privada, aseguramiento.

ABSTRACT

There is no denying the current status of private negotiation in our country, what has been called as “private agreements” by means of which the parts commit to the agreement of futures contracts when the necessary conditions for them are given. Agreeing on ensure such a particular with the delivery of a significant amount of money. Taking into account that in this particular form of obligation, the parts that participate establish not only the future contract to be concluded, where they already provide a preliminary consent, ensuring the essential elements of the future business, as well as, the way in which this is to be carried out, it is undeniable that the insurance of the agreement of the future business with the delivery of an advance monetary amount comes to accredit the legal security offered to the parts by this private agreement that is no other figure than the Pre-Contract, from which an obligation to make for the parts aimed at the future provision of a new contractual consent that may be required, in the event of non-compliance through the judicial. Keywords: advance payment, pre-contract, private recruitment, assurance.

Introducción

Es una manifestación de la dinámica jurídica actual la búsqueda y concertación privada de acuerdos por medios de los cuales, ante la falta de requisitos necesarios y/o completos para acceder ante funcionario público a realizar actos de transmisión de dominio- en los supuestos en que ello sea necesario- o para la culminación de contratos relacionados con prestaciones de servicios u ejecuciones de obra, las partes acuerdan la realización de un determinado contrato una vez que estén dadas las condiciones para su culminación, determinando en dichos acuerdos la mayoría de los particulares sobre los que versará el contrato a celebrar.

En estos supuestos está siendo una constante contractual el aseguramiento de la celebración del futuro contrato a realizar con la entrega de una cantidad anticipada que, si bien no se señala qué porcentaje representa de la totalidad a abonarse en el contrato final, si se señala que el dinero anticipado forma parte del valor del contrato a realizar de lo que se colige que existe, aunque no se consigne, por razones de dinámica contractual, un acuerdo entre las partes relacionados con el precio o valor del contrato a celebrar.

Asimismo en dichos contratos se establecen pautas a seguir al realizar el contrato que han proyectado tales como: no variarse el precio que se ha pactado, o devolver el bien que haya sido

previamente entregado en virtud del acuerdo previo al que han arribado las partes, o no exigir un aumento de valor del contrato proyectado por mejoras que se realicen en el bien- si ha sido entregado previamente, en cuyo caso y atendiendo a la *Teoría del Título y el Modo*, casi podría entenderse por consumada la transmisión al amparo del artículo 178 del vigente Código Civil¹- entre otros particulares que sugieren interpretar el llamado «acuerdo previo» como una verdadera relación contractual que reservará a las partes, la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor, o como lo que la doctrina ha denominado Precontrato².

Al decir de Borda (1999), con frecuencia los contratos suponen un negocio complejo que exige estudio y prolija consideración de sus cláusulas. Donde se da una etapa previa en la cual las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas y condiciones, las analizan y sintetizan. Luego recién vendrá la oferta y la aceptación (Borda, 1999). Razones estas por las que se suele recurrir a ciertas convenciones previas, entre las que se pueden señalar los Precontratos, *ante contratos o promesas bilaterales de contrato* que significan a diferencia de otras figuras previas³, un acuerdo definitivo sobre todos los puntos del contrato que, empero, carece de uno de los requisitos exigidos ineludiblemente por la ley.

A diferencia de otras figuras que son concebidas por la doctrina dentro de la fase de formación del contrato⁴, como los *tratos preliminares* y el *contrato de opción*, en los que

se brindan bases serias para continuar el análisis del negocio a celebrar o se ofrece mantener el ofrecimiento de un contrato durante un tiempo cierto sin pronunciarse todavía sobre si acepta o no la proposición de fondo (Borda, 1999), en el Precontrato la tendencia ha sido concebirlo como una verdadera y seria relación contractual que genera una obligación de hacer, de resultado, para una o para ambas partes, que consiste en poner en vigor el contrato proyectado, identificado y definido en el Precontrato.

Si tenemos en cuenta que hoy poseemos una mirada avanzada de la contratación privada, donde se han perfilado, aunque en otros ámbitos⁵, figuras contractuales que antes existían pero que debíamos definir las a través de los artículos sustantivos relativos al tratamiento de las figuras más afines⁶. Hoy, el carácter supletorio de nuestro Código Civil y las normas procesales, nos ha permitido el llevar las garantías de las obligaciones civiles a los procesos ejecutivos y a otras figuras de la contratación económica, por lo que es innegable la necesidad de incluir en los supuestos de la contratación privada, aquellas obligaciones de carácter accesorio, pero que en definitiva vienen a cumplir o extender la utilidad que la prestación principal le reporta al acreedor (Ojeda & Delgado, 2002).

En el caso específico del Anticipo, cuyo carácter de obligación accesorio de garantía real permite asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder resolverlo

libremente consintiendo en perder la cantidad entregada, nos adentraremos en analizarlo desde la óptica del modo de asegurar que ante el incumplimiento de la obligación de una de las partes del Precontrato encaminada a poner en vigor el contrato proyectado, permita demostrar ante la instancia judicial correspondiente el acuerdo de voluntades existente y garantizado en cuanto a cumplir con la obligación de hacer relativa a «la puesta en práctica» del contrato proyectado, de modo que ante la inacción por quien resulte obligado pueda la instancia judicial sustituir la voluntad rebelde en aquellos casos donde se evidencien los elementos esenciales del contrato proyectado y solo quede pendiente la ejecución del mismo. Cumpliendo el Anticipo en estos caso no solo la función de garantía del cumplimiento sino de la evidencia palpable del acuerdo acerca de un valor cierto del contrato proyectado y del cual el Anticipo forma parte.

El Precontrato. El efecto relativo a la sustitución judicial de la voluntad rebelde al cumplimiento

Sobre la figura del Precontrato existen disímiles posiciones en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, pues algunos autores consideran que el mismo es en sí mismo un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato. De lo que se colige el reconocimiento de la necesidad de dos consentimientos a ser prestados, el uno para la concertación del Precontrato propiamente y el otro para el contrato proyectado sin lo cual el contrato proyectado no cobraría vida alguna⁷.

Pero sí deberá ser determinado el contrato futuro en el resto de sus elementos esenciales⁸.

Sin embargo, es preciso, al decir de De Castro (citado por Diez-Picazo & Gullón, 1995), definir que el Precontrato es

aquella relación contractual que se establece entre las partes desde el momento mismo de su celebración. Lo que lo distingue del contrato típico que hemos estudiado en estructura es que se reserva a las partes, o a una de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor. No pesando hasta tanto llegue ese momento deberes ni derechos concedidos que constituyan contenido típico del contrato proyectado, excepto el derecho a exigir la puesta en vigor del contrato proyectado. (p. 74)

De ahí que sea interesante adentrarnos en el tema de la sustitución judicial de la voluntad sobre todo en aquellos supuestos donde la parte a quien se le exija la puesta en vigor del contrato proyectado no cumpla con ello. Entendiéndose que se deriva para ella una obligación de hacer, de resultado, derivada del Precontrato celebrado entre las partes. Máxime si ello se encuentra garantizado con una garantía real como el Anticipo. Y he ahí la importancia de su vinculación como evidencia que comprometa la actuación judicial en cuanto sustituir a la parte en el cumplimiento de su obligación subrogándose en lugar y grado de ella. O lo que en la doctrina han dado a llamar «sustitución judicial de la voluntad» (Diez-Picazo & Gullón, 1995, p. 75).

Es necesario partir de considerar que el Precontrato es preliminar de otro contrato posterior, vg. una compraventa, en virtud del

cual las partes se ponen de acuerdo para atribuirle a una de ellas un derecho que le permite decidir dentro de determinado período de tiempo y de modo unilateral la *eficacia* de un determinado contrato proyectado en sus elementos esenciales. Esta cláusula, al decir del profesor Borda (1999), en ningún momento constituye una oferta de contrato, sino que debe ser entendido como un derecho que se reserva para una de las partes, o para ambas, que tiene vigencia por el tiempo determinado que estipularan las partes o, en su defecto, la ley, que opera no solo como condición del ejercicio del derecho, sino también como condición de su existencia.

Según plantea la Toledano (2002), el Precontrato, denominado también Anteccontrato, Promesa de Contrato, Contrato Preliminar o Contrato Preparatorio, es otro de los procedimientos de formación de los contratos; que presupone un acuerdo de voluntades completo en virtud del cual las partes se obligan a celebrar con posterioridad otro contrato. Asimismo hace referencia a la definición que del mismo ofrece Castán (1988) al referirse al Precontrato como «... una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitivo...» (p. 28). De lo que se desprende la consecuente certeza que, a su dicho, las partes aun deseando concertar el contrato no pueden hacerlo ya que requieren de algunos datos o de documentos indispensables de los que no disponen, asegurando con el Precontrato la

ulterior conclusión del contrato proyectado (Toledano, 2002).

Ahora bien, es importante ir definiendo particularidades del objeto del Precontrato como lo es el comprometer la futura celebración de un contrato, que de cierta forma obliga a los contratantes a definir el tipo contractual que proyectan y cuya realización harán efectiva posteriormente a la fecha en que conciertan el Precontrato y no concomitante al mismo. No pudiendo afiliarnos a la obligación que de ese acto surge consistente en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, pues de este modo estaríamos restando fuerza vinculante a la figura del Precontrato y no pudieran las partes ampararse en ella para solicitar la puesta en práctica del contrato proyectado, sobre todo teniendo en cuenta que sus elementos esenciales están definidos en esta particular figura nombrada Precontrato. No pudiendo acoger en modo alguno la tendencia doctrinal que sugiere que los Precontratos pudieran entenderse como un estadio intermedio entre los *tratos preliminares* y el *contrato definitivo* pues ello menoscabaría la tesis que acogemos de entenderlo como un contrato donde las partes se reservan el momento de la puesta en vigor del contrato que en el mismo se proyecta de manera exacta y con sus elementos esenciales, lo que justifica la posibilidad de acudir a la vía judicial a lograr que se emita un pronunciamiento de la judicatura encaminado a cumplir la promesa que contiene el Precontrato. Que de otro modo y bajo otras consideraciones carecería de este efecto vinculante y con ello cercenaría la vía

judicial como modo de lograr el compelmiento a la puesta en práctica del contrato proyectado⁹.

Definiéndonos en nuestra posición en acoger las pautas fijadas por García (1965), cuando define que el Precontrato «(...) es un contrato en el cual se determina el contenido de un futuro contrato individual, juntamente con la obligación de contraerlo...» (p. 721), de lo que se colige que se trata pues (Toledano, 2002), de una obligación de hacer¹⁰.

Otra de las particularidades del Precontrato o Promesa de Contrato lo es el hecho de que el mismo es una conclusión con objeto propio que consiste en asegurar la conclusión de un contrato posterior, formándose por un acuerdo de voluntades de las partes intervinientes, de lo que se colige la presencia indubitada del consentimiento en los Precontratos. La obligación que en el mismo se genera, relacionada con la puesta en práctica o en vigor del contrato proyectado, queda sometida al mismo régimen que el resto de las obligaciones de hacer, cuyo cumplimiento puede exigirse forzosamente, ya sea de forma específica o por equivalente¹¹.

En la ejecución forzosa de forma específica se trata de obtener la prestación debida judicialmente; la satisfacción del acreedor se obtiene imperativamente por decisión del juez¹². Por el contrario, cuando se exige el cumplimiento por equivalente lo que se pretende es el resarcimiento pecuniario; en este caso, ante el incumplimiento de la obligación de emitir un nuevo consentimiento la parte negada deberá indemnizar los daños y perjuicios que a

la otra ocasión. Y en el caso de que esta obligación esté garantizada con un Anticipo tendrá, entonces, los efectos que el mismo genere, en tanto efecto penitencial, entendido ello como la pérdida del Anticipo para quien lo entregara si es quien incumple o, la devolución íntegra o hasta el doble de la cantidad entregada si quien incumple es quien lo recibiera. Obligación accesoria que abarca, a criterio de quien suscribe, la indemnización por daños y perjuicios.

De acuerdo al tipo de Anticipo reconocido por la doctrina, que los vincula directamente con la función económica que desempeñan, es obvio que en la actualidad que describimos en el presente trabajo nos estaremos refiriendo a la importancia del *Anticipo confirmatorio*, presente fundamentalmente en los Precontratos donde cumple una función de señal de la celebración del contrato o de prueba de su perfección. El Anticipo, en este caso, ejerce una función probatoria que demuestra que el contrato se ha celebrado o ha comenzado a cumplirse; supone en principio la ejecución del contrato y en consecuencia una prestación realizada en cumplimiento de una relación obligatoria¹³.

Para algunos autores como Puig (1996), las partes al establecer las líneas bases en el Precontrato, deberán cuidar entonces su extensión, ya que un desarrollo desmedido de las mismas conformaría totalmente el contrato posterior. Sin embargo, Castán (1988) al analizar la idea del contrato base concluye: «En el Precontrato se convienen, de momento, las

bases contractuales, dejando para después su desarrollo. Las partes no deben celebrar en lo futuro un verdadero contrato, sino, simplemente, desarrollar las bases de un contrato completo contenidas en el negocio precontractual...» (p. 29).

La última de las peculiaridades señaladas por la doctrina a los Precontratos es que en ellos las partes se reservan la facultad de exigir el contrato prometido¹⁴. De tal suerte, que a partir de esta exigencia opera la entrada en vigor del contrato proyectado (Diez-Picazo, 1993; Puig, 1996). Bajo la óptica de esta postura De Castro, (citado por Castán, 1988), sostiene que la promesa de contrato es «... el convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente) o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato por ellas proyectado...» (p. 30). Siendo una posición contraria la asumida por la doctrina patria, en especial la de Toledano (2002), el objetar la referida exigencia pues nunca conduciría a la entrada en vigor de un contrato, en tanto que todavía el convenio prometido no está perfeccionado, ni necesariamente debe tener delimitado sus elementos esenciales.

Sin embargo, si consideramos que de acuerdo a lo que del Precontrato hemos definido hasta el momento, y la experiencia práctica de los acuerdos privados que aseguran que una vez que estén los trámites necesarios para la conclusión del negocio jurídico proyectado, a las partes solo quedará el exigirse recíprocamente el cumplimiento de la comparecencia ante

funcionario público, cuando proceda, a la culminación del negocio, ante quien, obviamente, habrán de prestar nuevo consentimiento, pero que en definitiva podrán demostrar en el propio Precontrato la existencia del resto de los requisitos necesarios para hacer efectivas las obligaciones propias del contrato proyectado, es obvio que no coincidimos con el criterio vertido hasta ahora por la posición de la doctrina cubana.

De aquí se deriva la consecuencia lógica de analizar cómo ha visto nuestro legislador esta figura y hasta dónde podemos entender su carácter vinculante, pues de hecho no es reconocida como un Precontrato, ni lo que los romanos dieron a denominar *cuasi contrato*. Pero sin dudas podemos encontrar amparo en nuestra posición en el artículo 317 referida a la Promesa¹⁵, que en realidad del análisis de su contenido más bien describe lo que en la fase de generación y consumación de los contratos daríamos en llamar «la oferta» de lo que se colige que de esta posición normativa, solo podríamos ante la judicatura solicitar que la misma no ha sido mantenida en el término establecido en la propia oferta, en la ley o en el término prudencial, donde en este último supuesto cabría cuestionar qué entendió el legislador cubano por «prudencial», salvado lo cual nos encontraríamos ante una figura de menor protección que el Precontrato que regula la doctrina toda vez que al no existir manifestación de voluntad del aceptante, en este momento¹⁶, no podríamos demostrar la existencia del consentimiento, uno de los requisitos esenciales del negocio, conjuntamente

con los otros de idéntico carácter, que nos permitiría ante la judicatura el hacer efectiva las obligaciones derivadas del Precontrato y en especial aquella relacionada con la puesta en vigor del contrato proyectado. A diferencia de otras legislaciones foráneas como la boliviana que establece y regula¹⁷ la obligatoriedad de establecer en el Precontrato los elementos esenciales del negocio proyectado, así como la fecha de concertación del contrato definitivo previendo la realización de este como el momento de apreciar las lesiones de carácter pecuniario, la nuestra no emite pronunciamiento alguno. Cuestiones que no se prevén expresamente por nuestro legislador, y por ello hemos de acoplar esta figura a la vertiente amplia que ofrecen los artículos 314 y 315 del vigente Código Civil del año 1987.

Teniendo en cuenta este particular, pudiéramos entender el Precontrato como aquella relación contractual donde su objeto lo constituye precisamente, la concertación efectiva del negocio jurídico proyectado, pero que sin dudas ofrece certeza acerca de la realización de este, vincula a las partes del Precontrato para ello e incluso le permite la exigencia no solo de que se cumpla la «promesa» contenida en él sino que se exija judicialmente la ejecución forzosa del contrato proyectado, ante lo cual, al haber inacción por parte de quien resulte obligado a ello por incumplir lo contenido en el Precontrato, podrá ser afectado por la actuación judicial quien vendrá llamada no sólo a compeler a la parte que se encuentre rebelde a hacer efectiva la obligación de hacer que para esta se ha derivado

sino que podrá subrogarse en lugar y grado del mismo a los fines de cumplir con su obligación de hacer¹⁸. Esta obligación quedaría sometida al mismo régimen que el resto de las obligaciones de hacer, cuyo cumplimiento puede exigirse forzosamente, ya sea de forma específica o por equivalente¹⁹.

Aquí será importante valorar, en primer lugar, la función del título que origina esta obligación de hacer, de tipo contractual, por lo que teniendo en cuenta que existe un comprometimiento a un resultado, a este mismo resultado habrá de ser compelida la parte rebelde al cumplimiento²⁰. Y, por otra parte, jugará un importante lugar la función con la que se haya pactado el Anticipo, que es, en definitiva, el objeto de nuestro trabajo. A saber: será necesaria la inclusión del Anticipo como garantía dentro del Precontrato con su función confirmatoria, donde excluya *per sé*, el arrepentimiento o desistimiento, o, en su caso, la pérdida del Anticipo, lo que restaría al Precontrato la seguridad jurídica que con el mismo buscamos, pues al excluir directamente las funciones penal y penitencial del Anticipo en este «acuerdo privado», o lo que denominamos a los efectos de nuestro análisis Precontrato, solo nos queda acotar que la naturaleza del Anticipo entregado en concepto de garantía vendrá encaminado a cumplir una función de señal de la celebración del contrato o de prueba de su perfección.

El Anticipo en este caso ejercerá una función probatoria que demuestra que el contrato ha comenzado a cumplirse. De lo que se colige que

el Anticipo vendrá a garantizar la ejecución del contrato proyectado y en consecuencia la realización de una prestación realizada en cumplimiento de una relación obligatoria preexistente y que obliga a ella. Ello por supuesto, observando la existencia de los demás requisitos necesarios para la validez del contrato proyectado lo que permitirá a las partes hacer efectivas estas obligaciones, tal y como prevé el legislador del Código civil español en su artículo 1279²¹.

Asimismo, será importante a los efectos de ponderar la función de la judicatura, la naturaleza jurídica onerosa o gratuita del contrato proyectado, pues en este supuesto será necesario valorar hasta qué punto podrá ser compelido quien se obliga a una liberalidad, y si ello modifica, aunque así no se consigne la naturaleza del Anticipo entregado de confirmatorio a penitencial ¿Será entonces, la labor del juez una labor revisionista del contenido del Precontrato? ¿O vendrá llamada en este supuesto a suplir la voluntad rebelde al cumplimiento? ¿Podrá ser compelido quien se comprometió a la liberalidad si quien fuera a recibirla insiste en ella? ¿O podrá ser compelido a recibir una liberalidad quien ya no la desea? Son cuestiones importantes a valorar a la hora de acceder a un proceso judicial, pero sin dudas dotar nuestras figuras contractuales, ya sean típicas o no, de la protección que ofrecen las obligaciones accesorias de garantías permitirán realizar al juez una labor más justa en la medida que pueda estimar la función que cumple la garantía sobre todo teniendo en cuenta aquellas de carácter real en las que enmarcamos al

Anticipo, que tiene la ventaja de definirse en cuanto a la función que está llamado a jugar en el Precontrato a los fines de asegurar la ejecución efectiva del contrato proyectado. Máxime cuando es una realidad que toca constantemente a nuestra puerta esperando ser recibida con el beneplácito que solo las buenas relaciones contractuales pueden ofrecer.

Sin embargo, de acuerdo a lo preceptuado en nuestra normativa vigente existe una exclusión prácticamente total de la función confirmatoria del Anticipo reduciéndolo a su carácter penal o penitencial²², lo que obliga a las partes en virtud del artículo 312²³, y teniendo en cuenta que no existe prohibición sobre este particular²⁴, el consignar en el Precontrato, el carácter confirmatorio del Anticipo a los fines de ver asegurada la ejecución del negocio jurídico contractual proyectado.

El Anticipo: modo de asegurar la sustitución judicial.

La señal o arras. Breve introducción histórica

El Anticipo, también denominado «arras», constituye una figura jurídica que, desde los primeros momentos de su apreciación, ha motivado diversos intentos por conceptualizarla de un modo concreto. Lo que, sin dudas por su propia naturaleza y destino económico, además de definirse luego como una obligación de carácter accesorio, ha conllevado un sinnúmero de problemas en el transcurso del tiempo (Borda, 1999).

Lo más interesante de esta garantía para el cumplimiento de las obligaciones está dado en que puede cumplir, al decir del profesor Borda (1999), diversas funciones y aparecer en diversas oportunidades. De allí la dificultad de dar una definición que la comprenda en todas sus manifestaciones, aunque sí puede definirse como rasgo común que consiste en una *datio*, es decir que se perfeccionan "re".

Según la doctrina más antigua (Bozzi, citado por Borda, 1999), en líneas generales puede decirse que las arras son: o *confirmatorias* o *penitenciales*²⁵. Las primeras tienen una función aseguratoria del contrato, pudiendo subdividírselas en *arras prueba*²⁶, *arras cuenta de precio*²⁷ y *arras penales*²⁸; las segundas tienen un papel completamente opuesto, pues al posibilitar el arrepentimiento, debilitan el negocio. Estas últimas, a saber: las *arras penitenciales* conferían el derecho de penitencia, *ius poenitendi*, de tal forma que cuando el que ejercitaba este derecho era quien entregara las arras, las perdía, y si quien lo ejercitaba era quien las recibiera, debía devolverlas con otro valor adicional²⁹.

En cambio, para la doctrina antigua, cuando las arras eran confirmatorias penales, el deudor no podía desligarse del contrato perdiendo lo entregado, o en su caso, devolviéndolo con otro tanto. En caso de incumplimiento, de acuerdo a estas posiciones, de quien diera las arras, el que las recibiera podía a su arbitrio demandar la ejecución o quedarse con las arras, que desempeñaban entonces el papel de una indemnización predeterminada. Si el

incumplimiento fuera de quien las recibiera, el *tradens* podría demandar la ejecución o la devolución de las arras con otro tanto. Lo interesante es que, desde los primeros tiempos de su conceptualización, con relación al Anticipo existía siempre la posibilidad de elegir entre el cumplimiento y la pérdida del Anticipo. Variando entre las penales y las penitenciales sólo el hecho de a quien correspondía la elección: en las penitenciales la facultad de elegir correspondía a la posición de quien debía cumplir y por ello podía arrepentirse de tener que cumplir; mientras que en las penales estaba en manos de quien podía exigir el cumplimiento a la otra parte y que por ello podía conformarse con las arras como indemnización (Borda, 1999).

Según una cierta y muy difundida explicación histórica, las arras fueron penitenciales en el Derecho griego, y confirmatorias en el primitivo Derecho romano. La influencia helenística debió finalmente prevalecer por obra de Justiniano, quien, innovando sobre el Derecho romano clásico, dio la distinción conceptual que previamente hemos acotado (Giorgi, citado por Borda, 1999).

Sin dudas, lo que ha sido una constante desde los primeros intentos de conceptualizar el Anticipo, es el hecho relativo a determinar, cuando las partes no lo han declarado explícitamente, si lo entregado como garantía de Anticipo ha sido en concepto de *arras penitenciales* o en concepto de *arras confirmatorias*. Sin embargo, es una tendencia en la doctrina anterior, acogida por doctrinas

más modernas y por algunas legislaciones como la Argentina³⁰ que, ante la ausencia de definición del carácter del Anticipo por las partes en su Precontrato, o en los contratos definitivos, hay que interpretar su función en correspondencia con el carácter penitencial³¹ de lo que se colige necesario el pronunciamiento expreso del carácter confirmatorio cuando las partes así lo decidan en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

El Anticipo en nuestra normativa civil vigente. Breve análisis para su inserción en la contratación privada como modo asegurativo de la sustitución judicial de la voluntad rebelde al cumplimiento

Resulta imprescindible el no dejar de apreciar la característica del Anticipo como una garantía real, aseguradora de lograr el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Precontrato y que aseguren de hecho la ejecución del negocio jurídico proyectado por las partes y con ello evitar el conocimiento del asunto en la vía judicial, significando que el cumplimiento de las obligaciones según nuestro Código Civil puede garantizarse con diferentes garantías, algunas de las cuales, como el Anticipo, tienen una marcada naturaleza de carácter real, lo que sin dudas ofrece ventajas serias para las partes contratantes. Sobre todo porque suponen la desposesión del bien que se entrega por este concepto, cuestión que mantiene su vigencia desde que se identificara la «*datio rei*» como un rasgo común a cualquiera de las funciones que esté dada a cumplir el Anticipo dentro del contrato

preliminar o Precontrato, que es la figura a la que circunscribimos nuestro estudio³².

De la lectura del artículo 286, apartado 1 de nuestro Código Civil, es posible apreciar que para el caso del Anticipo el deudor puede entregar una cantidad de dinero para garantizar la obligación que ha contraído, pero no se prevé por nuestro legislador, la posibilidad de que la entrega consista en un bien, ciñéndose sólo a la entrega de una suma de dinero³³ tal y como expresa directamente. Posición diferente al modo en que lo configura la mayor parte de la doctrina y se consagra en legislaciones foráneas³⁴ que prevén la posibilidad de entregar por este concepto no sólo dinero sino también bienes de naturaleza fungible.

Del mismo modo, nuestro legislador, según es posible inferir del único precepto que dedica a esta figura, decidió a nuestro criterio, regular solo el carácter penal del Anticipo, que en ocasiones mezcla en sus efectos con su carácter penitencial, sin distinguir una u otra función del mismo en dependencia del destino que se pretenda con su inserción en la figura contractual de que se trate. De este modo, es posible inferir de la regulación normativa patria de esta figura, y teniendo en cuenta que el legislador establece que, ante el incumplimiento, el Anticipo se pierde o en su caso, se devuelve hasta su valor duplicado, que existe una conjunción de la función económica que desempeña esta garantía como si fuera una única función, o de hecho esta podría haber sido la intención del legislador en su afán de modernizar el contenido de nuestra norma

sustantiva. Pues al prever los efectos ante el incumplimiento no diferencia si este incumplimiento se debe al desistimiento por alguna de las partes del contrato proyectado o a un incumplimiento de la obligación que esta figura viene llamada a garantizar. No pudiendo diferenciar si los efectos previstos por el legislador se encaminan a una contraprestación en caso de arrepentimiento o a un castigo por el incumplimiento³⁵.

Asimismo, si analizamos textualmente el contenido de los apartados tercero y cuarto del artículo 286 del Código Civil cubano, pudiera de una primera mirada definirse que la función económica regulada en nuestra norma sustantiva del Anticipo es la función penal del mismo (Ojeda & Delgado, 2002) excluyendo las restantes funciones reconocidas en la doctrina. Solo dedicando un precepto a la función confirmatoria del Anticipo cuando refiere en su apartado segundo a que en caso de cumplimiento el Anticipo se impute al precio de la prestación objeto de la obligación³⁶.

Al respecto, vuelve el legislador cubano a reducir a contratos en los que la prestación consista en dar una cantidad de dinero la posibilidad de garantizar con esta figura el cumplimiento de una obligación, excluyendo la posibilidad de que se garanticen otras obligaciones de hacer donde necesariamente no exista una contraprestación en dinero. De lo que se colige que al criterio normativo solo estaría llamado el Anticipo a asegurar aquellas obligaciones cuya contraprestación consistan en la entrega de una cantidad de dinero fijada como

precio por las partes, de forma tal que el mismo pueda imputarse al precio del negocio que garantiza. O al menos ello es lo que se infiere. Desconociendo con ello que en su función confirmatoria, el Anticipo esté llamado a cumplir una función de señal de la celebración del contrato o de prueba de su perfección, ante lo cual intrascendente resulta que el Anticipo se impute a la prestación objeto de la obligación que garantiza pues ella puede consistir en un hacer, o en un intercambio de prestaciones de los cuales el precio cierto en dinero no forme parte, ante lo cual cabría cuestionar el cómo solucionar aquellos supuestos donde no exista un precio fijado como contraprestación a la hora de imputar a ellos el valor del Anticipo, máxime cuando el mismo haya sido pactado, en tanto carácter confirmatorio para demostrar la perfección del contrato que garantiza o que está llamado ser perfeccionado en un momento posterior al negocio jurídico donde se encuentra insertado el Anticipo, de modo que esta figura venga llamada a asegurar ante la judicatura el cumplimiento al cumplimiento de la obligación de concertar el contrato proyectado, o en su defecto, garantizar con el mismo la posible subrogación judicial en la parte incumplidora a los fines de ejecutar, precisamente, el contrato proyectado.

A partir de estas consideraciones es posible apreciar que no existe respaldo legal a la figura del Anticipo en aquellos supuestos en que la misma sea insertada en los Precontratos, donde las partes pacten la celebración de un contrato definitivo que venga determinado en el propio Precontrato en sus elementos esenciales, y

donde las mismas partes decidan insertar el Anticipo como modo de prueba de que han pactado la efectiva puesta en vigor del contrato proyectado. Es interesante analizar que el modo de insertar el Anticipo en el Precontrato no es en interés de perderlo o de recibirlo duplicado ante el incumplimiento- porque a las partes no le interesa este incumplimiento- sino como modo de demostrar que precisamente, con su entrega, las partes anuncian su expresa voluntad de cumplir el contrato prometido.

Posición que permite que, ante la inacción de una de las partes de poner en práctica el contrato proyectado, la parte afectada con este incumplimiento pueda acceder a la vía judicial a solicitar de la instancia judicial la ejecución forzosa de este contrato proyectado, y que se evidencie con la entrega de dicho Anticipo que obviamente habrá de responder a garantizar una obligación de hacer que se deriva del Precontrato y que consiste en poner en vigor el contrato prometido y, que se prueba la seria intención de esta puesta en práctica con la inserción del Anticipo. Cuestión que ha de quedar debidamente definida por las partes al vincularse en el Precontrato, de lo contrario, no podrían, amparados en el apartado segundo del artículo 286 exigir cumplimiento forzoso del contrato proyectado puesto que limitadamente se enfoca este precepto en lo que llamaríamos el contrato definitivo y de cuya contraprestación forme parte el Anticipo³⁷.

Todo lo anteriormente indicado nos motiva a analizar la posibilidad, desde el punto de vista jurídico y haciendo uso de las instituciones del

derecho, de promocionar una cultura contractual y jurídica que proteja en el futuro a los acreedores de determinadas obligaciones, ya sea por la vía extrajudicial o judicial. De lo anterior se colige la necesaria invocación de las garantías del cumplimiento de las obligaciones reconocidas en nuestro Derecho Positivo para tal cumplimiento. Donde sin dudas, el Anticipo posee una relevancia particular teniendo en cuenta la posibilidad de desposesión de determinada suma de dinero que recibe la parte que de algún modo requiere de la existencia de la seguridad jurídica que esta obligación accesoria cumple con respecto a la obligación principal que garantiza.

No entendemos, en el caso de los Precontratos, que el interés de las partes al asegurar el cumplimiento de la obligación encaminado a poner en vigor el contrato prometido con el Anticipo, esté dada por la seguridad de que ante el incumplimiento de una de ellas funcione el efecto penal o penitenciario del Anticipo, sino que sea la función confirmatoria la que prime pues a nuestro criterio es la única que permitirá mover la maquinaria judicial a fin de lograr la sustitución judicial de la voluntad rebelde al cumplimiento al ser vista como prueba del interés fehaciente de cumplir con la formalización del contrato proyectado y que las partes han definido en la mayoría de sus elementos esenciales en el Precontrato.

Para ello, sin dudas deberán, las partes del Precontrato³⁸, consignar que esta será la función económica del Anticipo entregado en el

Precontrato y no dejarlo a la interpretación judicial la que, en estricto apego a la ley que ya analizábamos, no podrá basarse en la existencia de la obligación accesoria, compeler a las partes del Precontrato a la efectiva formalización del contrato proyectado puesto que el supuesto del Anticipo como señal de la celebración del contrato o de prueba de su perfección no existe previsto en nuestra normativa vigente, no operando en la judicatura otra opción que pronunciarse en trámites de ejecución sobre la devolución o pérdida del Anticipo más nunca en compeler a cumplir con la obligación de hacer el contrato proyectado³⁹. Rompiéndose de este modo la conceptualización del Anticipo como institución llamada a asegurar que las partes a su voluntad elijan entre cumplir o perder el Anticipo entregado, puesto que del análisis de la función confirmatoria del Anticipo⁴⁰ solo habrá para las partes la opción del cumplimiento del contrato proyectado, pero así deberá consignarse en el Precontrato, independientemente que se hagan referencias a la función penitenciaria como última posibilidad que dote de seguridad al acto jurídico de carácter previo concertado entre ellas.

Siendo entonces, una cuestión de proyección contractual y jurídica en general, el asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactando obligaciones subsidiarias de garantías reales, en especial el Anticipo, que a diferencia de la Sanción Pecuniaria constituye una garantía real, siendo una prestación accesoria y simultánea a la celebración del acto jurídico y no una promesa de indemnización (Ojeda & Delgado, 2002). Siendo, al decir de Ojeda y Delgado,

(2002), esta forma de garantía caracterizada porque la entrega del dinero se produce en el momento de concertación del Precontrato o del contrato principal, por lo que este convenio de garantía tiene un carácter real, al ser esencial para su existencia y eficacia, la transmisión posesoria de la suma de dinero en que consista el Anticipo como ya se apuntaba (Ojeda & Delgado, 2002).

Por estas cuestiones descritas, somos del criterio que el Anticipo deberá ser confirmatorio⁴¹ con miras a lograr la verdadera consecución del negocio jurídico proyectado pues en el supuesto de incumplimiento del Precontrato, las partes pueden compelerse recíprocamente al cumplimiento de la obligación principal y ello obviamente da justicia a la parte comprometida en cumplir con el negocio jurídico pues tuvo la visión de garantizar desde un inicio, mediante una figura jurídica, la palabra empeñada y ello deberá ser suficiente para el caso de acudir a la judicatura e interesar un fallo que condene al incumplidor a dar continuidad a lo prometido mediante el Precontrato y que no se vincula con cuestión diferente a aquella que pretende se compela a poner en vigor el contrato proyectado.

Brindándose con el Anticipo pactado en su función confirmatoria, el elemento que permitirá exigir de la judicatura el compelmiento de las partes a cumplir con el contrato prometido, o en su defecto, sustituir la voluntad rebelde y formalizar por esta el contrato proyectado, sin perjuicio del destino que ha de dársele al dinero entregado en

concepto de Anticipo pues de todas maneras se obtendrá el cumplimiento por lo que no habrá pérdida ni devolución del Anticipo sino solo definir para los casos en que la contraprestación no sea precio cierto en dinero el modo en que habrá de imputarse este Anticipo a la prestación que estaba asegurando, pudiendo disponerse la modificación de su naturaleza a un carácter indemnizatorio, para aquellos casos en que la parte lo haya solicitado como modo de compensar el *lucro cesante*⁴², entendido como aquellas gestiones que en la seguridad del Precontrato pactado, la parte garantizada no realizó en búsqueda de formalizar otros contratos cuyos elementos esenciales pudieran ser identificados a aquellos definidos en el Precontrato que la vinculó con el contrato prometido y la hizo esperar por este⁴³.

Conclusiones

El Anticipo es una de las garantías reales que está llamada a dotar de seguridad jurídica la concertación de contratos privados preliminares, por cuanto tiene la posibilidad de constituirse en prueba del interés de las partes de compelerse recíprocamente a la celebración del futuro contrato que prometen.

Teniendo en cuenta la escueta regulación de la función confirmatoria del anticipo, y ante la inexistencia de norma legal prohibitiva; las partes en el precontrato deberán consignar que el Anticipo se está entregando con el objetivo de evidenciar el interés de ellas de perfeccionar el contrato proyectado.

Dotar al Anticipo entregado en el precontrato de la función confirmatoria permitirá instar ante

la vía judicial el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer el contrato proyectado. Lo que permitirá que ante la condena y no logrando el cumplimiento forzoso, el Tribunal puede subrogarse en lugar y grado de la parte obligada a cumplir con la condena de la sentencia encaminada a la puesta en práctica del contrato prometido y sustituir mediante subrogación judicial la voluntad rebelde al cumplimiento.

Notas

¹ Cfr. Artículo 178 establece que «*La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega o posesión*».

² Vid. *Infra*. Epígrafe 2.

³ Tales como los llamados *contratos preliminares* y el *contrato de opción* en Borda, G. (1999). *Tratado de derecho civil. (Obligaciones)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. pp. 168-169.

⁴ Al decir de Toledano «(...) *La fase de generación aglutina los diferentes actos que anteceden el consentimiento para la celebración del contrato (...)*» En Ojeda Rodríguez, N. de la C. & Delgado Vergara, T. (2001). *Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato*, Tomo 1. La Habana: Editorial Félix Varela. p. 135.

⁵ Cfr. Decreto Ley 304 de 1 de noviembre de 2012 De la Contratación económica y el Decreto 310 de 27 diciembre de 2012, Reglamento de la anterior.

⁶ Cfr. Artículos 314 y 315 del vigente Código Civil cubano que regulan, respectivamente que: *Las relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios*

generales de este Código. (...) Las relaciones contractuales integradas, total o parcialmente, por elementos relativos a diversas especies típicas de contrato, se rigen por las disposiciones de estos contratos, siempre que no contradigan el carácter específico de cada uno y el fin conjunto del contrato mixto de que se trate. Como sana solución a la falta de regulación sustantiva al momento de promulgarse nuestro vigente Código Civil de figuras como los Contratos de Ejecución de Obra.

⁷ Tesis Clásicas o tradicionales según las denominan Díez Picazo, L. y Gullón, A., En *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 73.

⁸ Siendo desechada esta variante institucional por verificarse más como un trato preliminar que como un Precontrato propiamente.

⁹ Al respecto el Código Civil portugués, Código Civil de Portugal en Decreto-Lei Nº 47 344, de 25 de Noviembre de 1966, Actualizado até Dec.-Lei 323/01, de 17.12. 2001, establece en su Artículo 227º que 1. *Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.* 2. *A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498º.*

¹⁰ «Las obligaciones de hacer son aquellas en las que una persona se compromete a desplegar cierta actividad a favor de otra». Vid. al respecto Lasarte Álvarez, C. (1996). *Principios del Derecho Civil*, tomo 2º, *Derecho de Obligaciones*, 4ta Ed. Madrid: Trivium. pp. 75-76.

¹¹ Sobre este particular consúltese Lasarte Álvarez, C. (1996). *Principios del Derecho Civil*, tomo 2º, *Derecho de Obligaciones*, 4ta Ed. Madrid: Trivium. pp. 192-193.

¹² Cuando se acude a un Tribunal, este puede, una vez vencido el plazo previsto para emitir el nuevo consentimiento sin que el obligado cumpla, tenerlo por presentado. A esta situación se le denomina sustitución judicial de la voluntad del rebelde. *Vid.* Díez Picazo, L. & Gullón, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos. p. 75.

¹³ *Vid.* Ojeda Rodríguez, N. de la C. & Delgado Vergara, T. (2001). *Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato*, Tomo 1. La Habana: Editorial Félix Varela. Las autoras refieren que «(...) su función de garantía no es otra cosa que la que supone la prueba de la conclusión del contrato y expresión de su ejecución como demostrativo de un propósito de obligarse, por tanto, no constituyen una verdadera garantía» (p. 195).

¹⁴ Al respecto el Código Civil portugués, Código Civil de Portugal en Decreto-Lei Nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966, Actualizado até Dec.-Lei 323/01, de 17.12. 2001, es bien detallado al regular en su artículo 830 con relación al *Contrato-promessa*: 1. *Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida.* 2. *Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa.* 3. *O direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas a que se refere o nº 3 do artigo 410º; a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 437º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora.* 4. *Tratando-se de promessa relativa à celebração de contrato oneroso de*

transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, em que caiba ao adquirente, nos termos do artigo 721º, a faculdade de expurgar hipoteca a que o mesmo se encontrar sujeito, pode aquele, caso a extinção de tal garantia não preceda a mencionada transmissão ou constituição, ou não coincida com esta, requerer, para efeito da expurgação, que a sentença referida no nº 1 condene também o promitente faltoso a entregar-lhe o montante do débito garantido, ou o valor nele correspondente à fracção do edifício ou do direito objecto do contrato e dos juros respectivos, vencidos e vincendos, até pagamento integral. 5. *No caso de contrato em que ao obrigado seja lícito invocar a excepção de não cumprimento, a acção improcede, se o requerente não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo tribunal.*

¹⁵ *Cfr.* Artículo 317.1. *La promesa hecha mediante una oferta de contrato obliga a quien la hace a no revocarla ni modificarla durante el término establecido en la propia oferta, en la ley o, en su defecto, durante un tiempo prudencial.* 2. *La aceptación hecha por carta u otro medio de comunicación obliga al aceptante desde que la remite, pero no obliga al que hizo la oferta sino desde que llega a su conocimiento.* Del vigente Código civil cubano.

¹⁶ Porque en el apartado segundo de este propio precepto prevé lo relativo a la aceptación, pero no como consentimiento propiamente sino para establecer el momento a partir del cual el oferente quedaría obligado.

¹⁷ El Código civil boliviano de 1976, regula en su artículo 463 el Contrato Preliminar estableciendo la necesaria inclusión en el mismo de los requisitos esenciales para la validez del negocio proyectado. *Vid. El contrato preliminar, sea bilateral o*

unilateral, para la celebración de un contrato definitivo en el futuro, debe contener los mismos requisitos esenciales que este último, bajo sanción de nulidad. II. Si las partes no han convenido plazo para la celebración del contrato definitivo, lo señalará el juez. III. La parte que no cumpla queda sujeta al resarcimiento del daño, salvo pacto o disposición diversa de la ley. En relación con el artículo 563 que establece a los efectos del resarcimiento que *I. Para apreciar la lesión se tendrá en cuenta el perjuicio resultante en el momento de la conclusión del contrato. II. Se exceptúa el contrato preliminar en el cual la lesión se apreciará en el día en que se celebre el contrato definitivo.*

¹⁸ Cfr. Artículo 110.1. *La protección de los derechos derivados de relaciones jurídicas civiles se realiza por medio de los tribunales y, en los casos en que así esté dispuesto, por vía administrativa.* Y Artículo 111. *La protección de los derechos civiles comprende, fundamentalmente: inciso c) la condena a cumplir la prestación,* del vigente Código Civil cubano.

¹⁹ Sobre este particular consúltese Lasarte Álvarez, *Op. cit.*, pp. 192-193.

²⁰ Cfr. Artículo 233 del vigente Código Civil que establece que *«las obligaciones facultan al acreedor para exigir del deudor una prestación y se cumplen de conformidad con el título que las origina».*

²¹ Cfr. Artículo 1279 que establece que *«Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez».* En *Código Civil de España*, Edición Actualizada. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1998, p. 466.

²² *Vid.* El Anticipo regulado evidencia su función penal y penitencial a partir del análisis del Artículo 286 que en sus apartados establece que: *1. El deudor puede entregar una cantidad de dinero para garantizar la obligación que ha contraído. 2. Si la obligación se cumple, el Anticipo se imputa al precio de la prestación objeto de la misma. 3. De incumplir la obligación la parte que lo entregó, el Anticipo queda a favor del que lo tiene en su poder. 4. Si la que incumple es la parte que lo recibió, debe devolver el Anticipo más una suma igual, pero esta última puede ser disminuida equitativamente atendiendo a su cuantía y demás circunstancias. 5. El Anticipo debe constar en forma escrita.*

²³ Cfr. Artículo 312 del vigente Código civil que establece que *«En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario».*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Ello, en los primeros intentos por conceptualizar su naturaleza según el destino económico para el cual eran empleadas.

²⁶ *Las arras prueba eran dadas como signo de la conclusión del contrato y presentan una utilidad para poner de manifiesto que el contrato se ha concluido, separando las tratativas del perfeccionamiento del contrato,* en Borda, G. A., *Op. cit.* pp. 231- 237.

²⁷ *Si las arras las recibió a cuenta de precio, podría pretenderse la indemnización que le correspondiera, descontadas las arras o el valor de ellas. Se diferencian de las penales en que en estas el acreedor que opta por la vía de la indemnización sólo puede hacerla gravitar sobre las arras, sin que le sea permitido alegar que la indemnización que en virtud de ellas obtenga sea insuficiente,* en Borda, G. A., *Op. cit.* pp. 231- 237.

²⁸ En la doctrina anterior se apreciaba el carácter penal del Anticipo dentro de las arras confirmatorias, lo que conllevaba a la confusión de los efectos de ellas. En la doctrina más moderna se subdivide la función del Anticipo de manera que a las funciones confirmatoria y penitencial, se agrega, de modo independiente, la función penal.

²⁹ Así las aprecia también el Código Civil Argentino en su artículo 1202 que establece que «*Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuese de hacer o de no hacer (...)*».

³⁰ Cfr. Artículo 1202 del Código Civil argentino.

³¹ Posición asumida por el legislador cubano en su artículo 286, apartados 3 y 4 que establece que «*De incumplir la obligación la parte que lo entrego, el Anticipo queda a favor del que lo tiene en su poder. Si la que incumple es la parte que lo recibió, debe devolver el Anticipo más una suma igual, pero esta última puede ser disminuida equitativamente atendiendo a su cuantía y demás circunstancias*». Cfr. Código Civil cubano de 1987.

³² Cfr. Artículo 286, apartado 1 que establece que «*El deudor puede entregar una cantidad de dinero para garantizar la obligación que ha contraído*». Ley 59 de 1987, Código Civil cubano.

³³ Con evidente intención legislativa de distinguirlo de la prenda.

³⁴ Al respecto el Código Civil boliviano consagra en su artículo 537 referido a la Señal o arras

confirmatorias, que «*La suma de dinero o de cosas fungibles que como arras o señal se entregue por uno de los contratantes al otro, será imputada, en caso de cumplimiento del contrato, a la prestación debida o devuelta, si no existe estipulación diferente*». Idéntica posición asume el Código civil de Venezuela en su artículo 1.263 que establece que «*A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención*».

³⁵ Cfr. Artículo 286, apartados 3 y 4 que establecen que «*De incumplir la obligación la parte que lo entrego, el Anticipo queda a favor del que lo tiene en su poder*». Y que «*Si la que incumple es la parte que lo recibió, debe devolver el Anticipo más una suma igual, pero esta última puede ser disminuida equitativamente atendiendo a su cuantía y demás circunstancias*».

³⁶ Cfr. Artículo 286. 2. «*Si la obligación se cumple, el Anticipo se imputa al precio de la prestación objeto de la misma*».

³⁷ Si analizamos el contenido del apartado segundo del artículo 286 del vigente Código civil nos percatamos que, si el contrato proyectado es un contrato de permuta sin equivalencias, no habrá modo de imputarlo al precio de la prestación. Asimismo, si aplicáramos los preceptos tercero y cuarto, del propio artículo 286, y ante el mismo supuesto de Permuta, en el caso del tercer supuesto ¿quedaría a su favor el Anticipo entregado, pero con ello se libraría la parte del Precontrato de su obligación de concurrir ante Notario Público para la formalización del acto si la intención al vincularse previamente está, precisamente en que este contrato se lleve a efectos? Si quien incumpliera es la parte que lo recibiera, ¿cómo podría disminuirse equitativamente la suma igual a

entregar junto a la devolución del Anticipo recibido si no existe precio pactado como contraprestación? Sobre todo, teniendo en cuenta que este Anticipo entregado no se vincula directamente con la obligación a la que se han contraído las partes del Precontrato que no es otra que la de poner en vigor el contrato proyectado. Y que el Anticipo viene llamado a confirmar como prueba que las partes han pactado la puesta en vigor del contrato proyectado, traduciéndose que se deriva del Precontrato obligaciones de hacer de resultado.

³⁸ Amparadas en el artículo 312 del vigente Código civil que establece que «En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario».

³⁹ Cfr. Artículo 286.3 y 286. 4 de la ley 59 de 1987, Código Civil Cubano.

⁴⁰ Esta función confirmatoria demuestra que el contrato se ha celebrado o ha comenzado a cumplirse y supone en principio la ejecución del contrato y en consecuencia una prestación realizada en cumplimiento de una relación obligatoria.

⁴¹ Posición que defienden también las Doctoras Ojeda Rodríguez y Delgado Vergara al referir que «Consideramos que nuestro Código en este sentido no es claro, ya que la función económica que el anticipo cumple para las partes dependerá del juego de sus intereses en el negocio y en consecuencia si ellas le otorgan una función penal, o sea, sancionadora para la parte que incumple, esta además de perder el anticipo tiene que cumplir con su obligación, de no ser así el anticipo nunca cumpliría una función sancionadora, el deudor no se sentirá compulsado a cumplir, ya que el anticipo no representa nunca el valor económico total de la prestación que se debe y

mucho menos una previa liquidación de los daños y perjuicios que el incumplimiento pueda ocasionar, por lo que aun cuando el anticipo se haya concertado en interés de ambas partes, nunca la posibilidad de liberarse el deudor de su obligación, consistente en la pérdida del anticipo produciría una satisfacción plena del interés del acreedor, salvo que se haya otorgado este derecho expresamente en el negocio al deudor. Siendo del criterio que con relación al apartado 4 del artículo 286 (...) *tampoco se exonera a esta parte a no cumplir la obligación que le corresponde*». En Ojeda Rodríguez, N. de la C. y Teresa Delgado Vergara, *Teoría General de las Obligaciones. Op. cit.* p. 196.

⁴² Cfr. Artículo 86, apartado d) que establece que «La indemnización de los perjuicios comprende: (...) d) otros ingresos o beneficios dejados de percibir», del Código Civil cubano vigente.

⁴³ Cfr. Artículo 286, apartado 5 que establece que «el anticipo debe constar en forma escrito».

Referencias bibliográficas

- Borda, Guillermo A. (1999). *Tratado de derecho civil. (Obligaciones)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Castán Tobeñas, J. (1988a). *Derecho Civil Español. Común y Foral*, tomo 4º. *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª Ed. Madrid: Reus.
- Código Civil boliviano. Decreto Ley No. 12760 de 6 de agosto de 1975. Editorial Tribuna de los Trabajadores. Bolivia. 1999.
- Código Civil Cubano. Ley No. 59/1988. Órgano de Divulgación del Ministerio de Justicia, La Habana.
- Código Civil de España, Edición Actualizada Septiembre de 1998, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona.

Código Civil de Portugal. Decreto-Lei N° 47 344, de 25 de Noviembre de 1966, Actualizado até Dec.-Lei 323/01, de 17.12. 2001.

Decreto 310/2012, de 17 de diciembre del 2012. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 62 de 27 de diciembre del 2012.

Decreto-Ley 304/2012, de 1 de noviembre del 2012, De la contratación económica. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 62 de 27 de diciembre del 2012.

Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*. La Habana: Editorial Tecnos.

Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, V-II, 4ta Ed. Madrid: Editorial Civitas.

García Amigo, M. (1965). Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos. *Revista de Derecho Privado*.

Lasarte Álvarez, C. (1996). *Principios del Derecho Civil*, tomo 2º., Derecho de Obligaciones, 4ta Ed. Madrid: Trivium.

Ojeda Rodríguez, N. & Delgado Vergara, T. (2002). *Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela.

Puig Ferriol, L. (1996). *Manual de Derecho Civil*, Tomo II. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A.

Toledano Cordero, D. (2002). *Formación del Contrato*, Capítulo V. En Ojeda Rodríguez, N. & Delgado Vergara, T., *Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela.

Conflicto de intereses

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses.

Declaración de autoría

Annette Astudillo Travieso: concibió la idea original, trabajó en el desarrollo del artículo, revisó las fuentes bibliográficas.

Miguel Antonio Jiménez Baro: configuró la concepción de la idea original, trabajó en el desarrollo del artículo, revisó las fuentes bibliográficas.

Fecha de enviado: 18/09/2021

Fecha de aceptado: 9/11/2021