

La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos

Ignacio Marín García

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos reforma el Libro Cuarto del Código Civil, entre otros, los artículos 1152 a 1155, relativos a la cláusula penal. La Propuesta modifica sustancialmente el régimen de la cláusula penal, pues cobija la moderación judicial de la pena por razones de equidad y establece que el acreedor pierde el derecho a exigir la pena por la simple reclamación de la prestación principal. En sede de cláusula penal, la Comisión General de Codificación ha elaborado una regulación general de las arras en los contratos civiles.

The Tentative Draft Bill for the Modernization of the Contract Law prepared by the Codification General Commission reforms the IV Book of the Spanish Civil Code. The Draft substantially modifies the penalty clause regime, since it introduces the judicial review of the penalty on the grounds of equity and the loss of the promisee's right to claim liquidated damages once specific performance has been required. The Draft also provides general rules to statutorily govern advance payments in non-commercial contracts.

Title: The Penalty Clause in the Tentative Draft Bill for the Modernization of the Spanish Contract Law

Palabras claves: Cláusula penal, Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, Moderación de la pena, Cumplimiento forzoso, Arras

Keywords: Liquidated Damages, Penalty Clause, Judicial Review, Specific Performance, Advance Payment

Sumario

1. **Introducción**
2. **La cláusula penal sustitutiva como regla de defecto, pena cumulativa y multa penitencial (artículos 1146 y 1147 de la Propuesta)**
3. **Exigibilidad de la pena (artículo 1148 de la Propuesta)**
4. **Compatibilidad de la reclamación de la pena con otras acciones (artículo 1149 de la Propuesta)**
5. **Moderación judicial de la pena (artículo 1150 de la Propuesta)**
 - 5.1. **Introducción de la moderación por razones de equidad**
 - 5.2. **Supresión de la moderación por incumplimiento parcial**
6. **Nulidad de la cláusula penal con base en su carácter accesorio (artículo 1151 de la Propuesta)**
7. **Regulación general de las arras (artículo 1152 de la Propuesta)**
8. **Bibliografía**
9. **Tabla de sentencias**

1. Introducción

En enero de 2009, el Boletín de Información del Ministerio de Justicia publicó la propuesta normativa elaborada por la Comisión General de Codificación para la reforma del Libro Cuarto del Código Civil. La [Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos](#) (en adelante, la Propuesta) comprende la modificación de los artículos 1088 a 1314 CC, Títulos I y II del Libro Cuarto; así como la derogación de los artículos 1526 a 1530, 1535, 1536 y 1911 CC, y la nueva redacción de los preceptos 1452, 1460, 1501, 1503, 1568, 1574, 1621, 1684, 1754, 1772, 1817, 1822 y 1974 CC. Por primera vez, la reforma no sólo cambia el contenido del Código Civil, sino que además altera la numeración de las disposiciones reformadas.

Entre otros cambios significativos, en los artículos 1146 a 1152 –un total de siete frente a los cuatro en vigor (artículos 1152 a 1155 CC)-, la Propuesta modifica sustancialmente el régimen de la cláusula penal, ya que, como principal novedad, introduce la moderación judicial de la pena por razones de equidad (art. 1150), caballo de batalla de un sector minoritario de la doctrina¹, que había defendido esta solución contraria a la interpretación del artículo 1154 CC por el Tribunal Supremo. La Propuesta contiene también una variación significativa de la que, frente al silencio que guarda el CC, había sido la regla tradicional, puesto que establece que la simple reclamación de la prestación principal conlleva la pérdida del derecho a exigir la pena (art. 1149.I).

Asimismo, la Comisión General de Codificación dedica un último precepto, el 1152 de la Propuesta, a instaurar una regulación general de las arras, recogiendo la jurisprudencia sentada por los sucesivos pronunciamientos de la Sala Primera², a pesar de que la reforma deja intacto el artículo 1454 CC, que las regula en sede de contratos de compraventa.

Por otra parte, la Propuesta clarifica determinados extremos del texto promulgado en 1889, pues pone negro sobre blanco cuestiones puntuales sobre la cláusula penal, sin que el nuevo régimen difiera de la lectura que los operadores jurídicos hacen de la regulación actual. Si bien el articulado de la Propuesta es más sistemático que el del Código Civil, éste repite expresiones habitualmente equivalentes (“indemnización convenida”, o simplemente “indemnización”, y

¹ Francisco JORDANO FRAGA (1992, pp. 199-200) y José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993, p. 582) son los primeros autores que se pronunciaron sobre el artículo 1154 CC a favor de la revisión judicial de la pena por razones de equidad. Por el contrario, la doctrina mayoritaria, como señalo en el apartado 5, sostenía que tal posibilidad requería previamente una reforma legislativa. El Tribunal Supremo considera aplicable el artículo 1154 CC sólo en casos de incumplimiento parcial -véase la diáfana STS, 1ª, 14.6.2006 (RJ 3133; MP: Encarnación Roca Trías), en concreto su FD 4º-.

² En las obligaciones de naturaleza civil, el régimen jurídico de las arras es de creación jurisprudencial y se aparta del artículo 1454 CC, el único que se ocupa de ellas, pues, en defecto de pacto de las parte, les atribuye carácter confirmatorio en lugar de penitencial.

“pena convencional”, arts. 1149, 1150 y 1151) y emplea el término “atribución” (art. 1152), quizás poco afortunado por su uso infrecuente en el Derecho español de contratos y obligaciones.

2. La cláusula penal sustitutiva como regla de defecto, pena cumulativa y multa penitencial (artículos 1146 y 1147 de la Propuesta)

Código Civil vigente	Propuesta
<p><i>Artículo 1152.I:</i> En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.</p> <p>(...)</p>	<p><i>Artículo 1146:</i> La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal.</p> <p>El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida.</p>
<p><i>Artículo 1153:</i> El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.</p>	<p><i>Artículo 1147:</i> La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes.</p>

La Propuesta mantiene el régimen dispositivo de la cláusula penal (art. 1146.I), según el cual, si las partes no han pactado lo contrario, la pena convencional será sustitutiva o compensatoria, de modo que sus efectos serán dos: impedir el nacimiento de la obligación indemnizatoria del artículo 1101 CC y excluir el cumplimiento forzoso de la obligación principal si el acreedor ha optado por la pena (BADOSA COLL, 1990, p. 183)³.

³ Efecto que en las obligaciones civiles no opera a la inversa, es decir, si el acreedor elige el cumplimiento en forma específica, siempre tendrá a su alcance exigir el pago de la pena mientras el deudor no ejecute la obligación principal. Por el contrario, el régimen mercantil impide que el acreedor que ha optado por el cumplimiento pueda luego optar por la pena, a no ser que las partes así lo hayan acordado (artículo 56 CCom). Esta dicotomía en el *ius variandi* del acreedor pudiera carecer de sentido; pero, en las obligaciones mercantiles con cláusula penal, la norma dispositiva es la extinción de la acción no utilizada –siendo irrelevante que el acreedor haya ejercitado la acción de cumplimiento o la de reclamación de la pena– y, aunque el ejercicio de la acción escogida resulte infructuoso, la aplicación analógica del régimen de las obligaciones alternativas (artículos 1131 a 1136 CC,

Así, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes en previsión de un incumplimiento del contrato, sustraen a los tribunales la valoración del daño con arreglo a los estándares legales o jurisprudenciales aplicables a la irrogación y cuantía del perjuicio. El acreedor perjudicado deberá probar el incumplimiento, pero no el daño, extremo sobre el que insiste la Propuesta con la adición “sin necesidad de probarlos”.

Sin embargo, la Propuesta posibilita que los contratantes estipulen una pena cumulativa (“salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal”), aunque a diferencia del artículo 1153 CC *in fine* no establece en qué consiste: junto con la pena, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento de la obligación principal en forma específica o por equivalente pecuniario⁴. En relación con otros ordenamientos europeos (francés, italiano y portugués)⁵, la pena cumulativa es una singularidad del Derecho español. La UNCITRAL, en su Proyecto de reglas uniformes sobre cláusulas de indemnización convencional y cláusulas penales (A/CN.9/218), adopta la misma solución, pues la admite siempre que medie el pacto expreso de las partes (artículo E, punto tercero)⁶.

A su vez, la Propuesta ampara la multa penitencial o pena de arrepentimiento (art. 1146.II), estipulación que faculta al deudor para eximirse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena. Históricamente regulada en sede de cláusula penal, la multa penitencial

“cumplimiento del contrato” o “pena prescrita”) comporta que dicho efecto se produzca desde la notificación al deudor de la acción elegida por el acreedor, véase GÓMEZ CALERO (1983, pp. 176-187).

⁴ En este sentido, entre otros, los tratadistas Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983, p. 476); Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008, pp. 466-467); y José Luis LACRUZ BERDEJO (2007, p. 263); así como el comentarista Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991, p. 35). En cambio, para un sector de la doctrina, con base en el último inciso del artículo 1152.I CC, la pena cumulativa es aquella que se añade a la reparación ordinaria, véase por todos RODRÍGUEZ TAPIA (1993, pp. 578-580), que sigue a ESPÍN CANOVAS (1946, p. 154).

⁵ El Código Civil francés únicamente la admite en caso de retraso en el cumplimiento (pena moratoria), según su artículo 1229. Del mismo modo, el artículo 1383 del Código Civil italiano y el artículo 811 del Código Civil portugués. El Comité de Ministros del Consejo de Europa se decantó por idéntica solución en su Resolución (78) 3, de 20 de enero de 1978, mediante la cual realizaba una propuesta de convenio en la materia (artículo 2): “*le créancier ne peut obtenir à la fois l'exécution conforme au contrat de l'obligation principale et la somme stipulée, à moins que cette somme n'ait été convenue pour une exécution tardive; toute stipulation contraire est nulle*”.

⁶ Su artículo E dispone: “1) cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón de la demora en el cumplimiento de la obligación, el acreedor tiene derecho a exigir tanto el cumplimiento de la obligación como la suma convenida; 2) cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón del incumplimiento o de un cumplimiento inadecuado distinto de la demora, el acreedor puede obtener ya sea el cumplimiento o el pago, o la confiscación, de la suma convenida, a menos que la suma convenida no pueda considerarse razonablemente como sustituto del cumplimiento; 3) las normas precedentes no perjudicarán ningún acuerdo en contrario celebrado por las partes”.

constituye sin embargo una obligación facultativa (QUESADA GONZÁLEZ, 2003a, p. 4), ya que el deudor podrá, a su elección, satisfacer la pena o cumplir la obligación principal.

Por último, el artículo 1147 de la Propuesta se antoja reiterativo porque recoge una consecuencia necesaria de la función liquidatoria propia de cualquier cláusula penal –la imposibilidad del acreedor de reclamar el daño excedente-. Su novedad radica en facultar a las partes para que alteren la regla de defecto y pacten que el deudor deba resarcir al acreedor perjudicado si la cuantía de la pena es inferior al daño sufrido. Tal regulación disiparía cualquier clase de duda que pudiera existir sobre la validez de este pacto.

3. Exigibilidad de la pena (artículo 1148 de la Propuesta)

Código Civil vigente	Propuesta
<p>Artículo 1152.II: (...) Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.</p>	<p>Artículo 1148: El acreedor solo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor.</p> <p>La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor.</p>

El artículo 1148 de la Propuesta sustituye la remisión al régimen general de las obligaciones (artículos 1101, 1102 y 1105 CC) que efectúa hoy el 1152.II CC por una alusión directa al incumplimiento imputable al deudor en el primer párrafo y otra a la culpa en el segundo párrafo. Por tanto, parecería que no hay variación alguna en cuanto a la exigibilidad: la pena es exigible al deudor si incurre en culpa o dolo, pero no si el incumplimiento se debe a caso fortuito o fuerza mayor. Y nada impediría que las partes pactasen que el deudor respondiera también por incumplimientos no culpables, supuesto en que la cláusula penal sería en realidad una suerte de aseguramiento impropio (LACRUZ BERDEJO, 2007, p. 269; CARRASCO PERERA, 1989, p. 664).

La anterior conclusión sólo es cierta respecto al artículo 1148.II de la Propuesta, pero no respecto al primer párrafo del mismo precepto. Queda patente una diferenciación artificial en nuestro Derecho, que arranca del *common law*⁷ y que se repetirá en las disposiciones que analizo más

⁷ La cláusula penal es admitida generalmente en los sistemas jurídicos de *civil law*, mientras que los sistemas de *common law* son mucho más reacios a la admisión de aquellos pactos que tienen por finalidad la coacción del deudor, esto es, promover el cumplimiento *in natura* de la obligación y no por equivalente pecuniario. Por este motivo, la jurisprudencia angloamericana maneja diversos criterios a fin de dilucidar si la cláusula de liquidación anticipada del daño priva al deudor de su libertad de elección, facultad que suele corresponder al acreedor en los sistemas de Derecho continental. De este modo, y como aproximación general, si la suma pactada es una

adelante, si bien su régimen jurídico se bifurca solamente aquí: los títulos de imputación que hacen exigible la “indemnización previamente convenida” difieren de los que hacen exigible la “pena convencional”, para la cual regirían los criterios de imputación clásicos del 1101 y 1105 CC.

Sin embargo, la Propuesta conecta la exigibilidad de la “indemnización previamente convenida” a un sistema basado en la esfera de control de deudor, en consonancia con la regla sobre responsabilidad contractual del artículo 79.1 de la [Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías \(1980\)](#)⁸, reproducida por los artículos 8:108(1) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000)⁹, el 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT (2004)¹⁰ y el III-3:104(1) del Borrador del Marco Común de Referencia (2009)¹¹. El deudor es garante de un resultado y, por ello, responde de aquellos impedimentos determinantes del incumplimiento que se hayan producido en dicho ámbito y que además eran previsibles en el momento de contratar (PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1740; MORALES MORENO, 2006, pp. 51-53).

4. Compatibilidad de la reclamación de la pena con otras acciones (artículo 1149 de la Propuesta)

Código Civil vigente	Propuesta
-	<i>Artículo 1149:</i> El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que

previsión razonable del daño derivado del incumplimiento, la estipulación será válida (*liquidated damages*); en caso contrario, se trata de una estipulación nula por estar prohibida (*penalty clause*).

⁸ Artículo 79.1: “Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”.

⁹ Artículo 8:108(1): “Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.”

¹⁰ Artículo 7.1.7(1): “El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”.

¹¹ Artículo III-3:104(1): “A debtor’s non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor’s control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences”.

	<p>éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.</p> <p>Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquélla pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado.</p>
--	---

La Propuesta compatibiliza de manera expresa la pena moratoria, aquella fijada para el mero retraso en la ejecución de la prestación principal, con el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica (artículos 1096, 1098 y 1099 CC). Aclaración poco acertada, porque permite conjeturar que la mencionada acción no es compatible con la reclamación de penas que cubran partidas indemnizatorias distintas a la mora y que serían igualmente exigibles a causa del incumplimiento. La responsabilidad contractual, instrumentada o no mediante una cláusula penal, se dirige a indemnizar todos los daños ocasionados al acreedor, sin limitarse a una función de reintegración del derecho de crédito lesionado (PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1020; MORALES MORENO, 2006, p. 48).

Asimismo, el 1149.I de la Propuesta establece que la pretensión del acreedor dirigida a la pena se pierde ante el solo hecho de exigir la prestación principal. Regla opuesta a la que había sostenido la doctrina frente al silencio del CC: tras el incumplimiento, el acreedor podía optar por la pena hasta la realización de la prestación principal (SANZ VIOLA, 1994, p. 78). Así, de conformidad con el 1149.I, el acreedor que reclama la prestación principal sólo podrá exigir la pena ante la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, situación altamente improbable si dicha imposibilidad se debe a razones objetivas (imposibilidad sobrevenida no imputable).

En contraposición a la dudosa conciliación de remedios del 1149.I, las diferentes propuestas de armonización apuestan por su acumulación: los artículos 8:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000)¹², el 7.4.1 de los Principios UNIDROIT (2004)¹³ y el III-3:102 del Borrador del Marco Común de Referencia (2009)¹⁴.

¹² Artículo 8:102: “Los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tengan derecho”.

¹³ Artículo 7.4.1: “Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios”.

¹⁴ Artículo III-3:102: “Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy”.

Por otro lado, el 1149.II de la Propuesta avala la cláusula penal estipulada para el supuesto específico de resolución del contrato, por mucho que pueda resultar paradójico que la pena se vincule a una facultad del acreedor *ex* artículo 1124 CC (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 467)¹⁵. En tanto que la resolución de un contrato puede nacer una pretensión indemnizatoria, las partes pueden haber previsto anticipadamente el *quantum* de dicha indemnización, compatible naturalmente con aquellas penas moratorias que se limitan a resarcir el retraso en el cumplimiento.

En ambos párrafos, el artículo 1149 de la Propuesta lleva a cabo una diferenciación terminológica extraña en nuestro Derecho como es distinguir entre “pena convencional” e “indemnización convenida”, o “indemnización pactada”, sin ningún motivo aparente, puesto que el término jurídico al uso en Derecho español es “cláusula penal”, con independencia de que no haya agravación de la responsabilidad por incumplimiento del deudor.

5. Moderación judicial de la pena (artículo 1150 de la Propuesta)

Código Civil vigente	Propuesta
Artículo 1154: El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.	Artículo 1150: El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.

La moderación judicial de la pena por razones de equidad representa la mayor novedad de la Propuesta y su introducción alinea al Derecho español con el resto de ordenamientos europeos, pues es la solución comúnmente adoptada por los sistemas germánicos (Alemania, Austria y Suiza) e incorporada luego por Bélgica, Francia, Italia y Portugal¹⁶.

El precepto del CC vigente impone al juez el deber de modificar la pena cuando haya existido un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. Para moderar la pena, el juez ha de valorar la proporción entre lo cumplido y el total de lo que se debió cumplir para no resultar penado (ALBALADEJO, 1983, p. 486). No cabrá tampoco moderación si la pena convencional se

¹⁵ El artículo 11 de la derogada [Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Ventas de Bienes Muebles a Plazos](#) (BOE núm. 173, de 21.7.1965), se ocupó por primera vez de las cláusulas penales en la resolución de los contratos, ahora reguladas en el artículo 10 de la [Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles](#) (BOE núm. 167, de 14.7.1998).

¹⁶ Véase la panorámica de Derecho Comparado a cargo de Germán de CASTRO VÍTORES (2009, pp. 31-74).

previó para un supuesto de incumplimiento parcial¹⁷. Únicamente corresponde al juez moderar la pena cuando la cláusula penal prevea un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento efectivo del deudor, no en el resto de casos¹⁸.

La Propuesta se aleja de la línea mantenida por los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000), cuyo artículo 9:509(2) posibilita la moderación de la cláusula penal excesiva en relación, entre otras circunstancias, con la cuantía del daño efectivo¹⁹, pero no solamente. En sentido idéntico, el artículo 7.4.13(2) de los Principios UNIDROIT (2004)²⁰ y el III-3:712(2) del Borrador del Marco Común de Referencia (2009)²¹. El tenor literal de los tres textos citados permitiría al juez apreciar el daño previsible u otras circunstancias distintas, sin ceñirse al daño efectivo como factor exclusivo a considerar para la moderación de la pena.

5.1. Introducción de la moderación por razones de equidad

La Propuesta se hace eco del sector de la doctrina que se había manifestado a favor de la revisión judicial de la pena por razones de equidad: JORDANO FRAGA (1992, pp. 199-200) y RODRÍGUEZ TAPIA (1993, pp. 582-584), ambos argumentan que la desproporción entre la pena y el daño sufrido es el verdadero presupuesto objetivo de moderación judicial de la pena. En contra, la doctrina mayoritaria ha señalado siempre la necesidad de una reforma legal previa (MAS BADÍA, 1995, p. 216; y ESPÍN ALBA, 1997, p. 86). Con todo, la doctrina española se refiere a la comparación de la estimación *ex ante* con el daño *ex post*, sin tener nunca en cuenta el daño previsible en el momento de estipular la cláusula para valorar la razonabilidad de la suma pactada²².

¹⁷ En este sentido, la STS, 1ª, 14.9.2007 (RJ 5307): “la obligación, o mandato, que viene establecido en el artículo 1.154 del Código Civil, (...) ha de actuar cuando, prevenida la pena para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular, (...); de tal modo que, no cabe aplicar la facultad moderadora, cuando la cláusula está prevista para un determinado incumplimiento parcial” (FD 1º).

¹⁸ Según GÓMEZ POMAR (2007, p. 29), “[s]i concurre el supuesto de hecho previsto en toda su extensión, no cabría la intervención judicial moderadora”.

¹⁹ Artículo 9:509(2): “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

²⁰ Artículo 7.4.13(2): “No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

²¹ Artículo III-3:712(2): “However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances”.

²² A la hora de valorar la licitud de la cláusula, las jurisdicciones estadounidenses evalúan la razonabilidad de la suma pactada en relación con el daño efectivo por incumplimiento o con aquél que era previsible, de

La jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a la moderación por razones de equidad es constante²³ e incluso ha llegado a puntualizar que el hecho que la pena sea desproporcionada o abusiva es irrelevante a efectos de la moderación²⁴.

Además, a pesar de la eventual reforma legal, la moderación de la pena por razones de equidad no encaja en nuestro ordenamiento, pues choca con la rigidez extrema en la revisión de los contratos por cambio de las circunstancias²⁵. Por ello, permitir la moderación de la pena por razones de equidad distorsiona el principio *pacta sunt servanda* (1258 CC) al debilitarlo única y exclusivamente cuando se trata de una cláusula penal.

Más aún, la Propuesta no restringe en modo alguno la revisión judicial de la pena por equidad, en contraste con el Derecho alemán, cuyo § 348 HGB excepciona para los empresarios el principio de mutabilidad de la pena del § 343 BGB²⁶, al no instituir un régimen diferenciado para cláusulas penales pactadas entre profesionales en el ejercicio de su actividad. De hecho, la entrada en vigor del artículo 1150 la Propuesta supondría extender a personas distintas de los consumidores y usuarios una protección que, para colmo, sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6 del [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias](#) (BOE núm. 287, 30.11.2007)²⁷.

conformidad con los § 356(1) del *Restatement of Contracts, Second* (1979) y §2-718(1) *Uniform Commercial Code*, respectivamente.

²³ Entre las sentencias más recientes, la STS 1ª, 15.10.2008 (RJ 5692).

²⁴ Entre otras, las SSTS, 1ª, 29.11.1997 (RJ 8441) y 13.7.1984 (RJ 3981).

²⁵ Véase por ejemplo la STS, 1ª, 25.1.2007 (RJ 592), que enumera los requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: “a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones” (FD 3º).

²⁶ § 348 HGB: “Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt” (“Una cláusula penal, pactada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no podrá ser reducida en aplicación del § 343 del BGB”, traducción de Ariadna AGUILERA RULL). Por su parte, según el § 343, “[i]st eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden (...)” (“En el caso de que una pena sea desproporcionadamente alta, podrá ser reducida por sentencia a la cantidad adecuada, a instancia del deudor (...)”, traducción de Ariadna AGUILERA RULL).

²⁷ Así, el artículo 85.6 del mencionado texto legal atribuye el carácter de cláusula abusiva a “[l]as cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. Si bien la consecuencia jurídica sería diferente, la moderación de la pena y no la nulidad de la cláusula, la mejor doctrina (CAFFARENA LAPORTA, 2002, pp. 1030-1031) sostiene que, en la contratación con consumidores, para valorar la desproporción el juez tomará, por un lado, la suma pactada y, por

Por otra parte, la Propuesta tampoco es demasiado escrupulosa en cuanto al juicio de proporcionalidad de la pena en relación con el daño sufrido, pues prescinde de cautelas tales como la exigencia de que la moderación judicial de la pena se haga de acuerdo con el perito, requisito en Derecho austriaco (§ 1336.2 ABGB)²⁸.

5.2. Supresión de la moderación por incumplimiento parcial

La Propuesta no se limita a incorporar la moderación por razones de equidad, sino que suprime la revisión judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial, puesto que ni siquiera la menciona. A mi juicio, esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán de reformar el artículo 1154 CC ha conducido a una propuesta normativa deficitaria en este punto concreto y, de nuevo, redactada con redundancias (“penas convencionales”, “indemnizaciones”).

6. Nulidad de la cláusula penal con base en su carácter accesorio (artículo 1151 de la Propuesta)

Código Civil vigente	Propuesta
Artículo 1155: La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.	Artículo 1151: La nulidad de la cláusula de fijación de indemnización o de pena no lleva consigo la de la obligación principal.

otro, los daños previsibles en el momento de celebración del contrato, es decir, el criterio empleado es el del daño previsible y no el del daño efectivo. Sobre este extremo, la ley alemana es mucho más precisa: el § 309.5.a) BGB, que, en sede de condiciones generales de la contratación, prohíbe aquellas cláusulas penales cuyo montante supere los daños previsibles según el curso normal de las cosas, “*Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam: (...) 5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen) die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder (...)*” [“En condiciones generales de la contratación, en tanto que una desviación de las disposiciones no esté permitida, tal desviación será ineficaz: (...) 5. (Liquidación de la indemnización) la cláusula de liquidación de la indemnización en beneficio del predisponente, cuando su montante supere el daño previsible según el curso normal de las cosas o la pérdida de valor habitual”, traducción de Ariadna AGUILERA RULL].

²⁸ § 1336.2 ABGB: “*In allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen*” (“En todos los casos en que el montante [de la pena] sea desconsiderado desproporcionado por el deudor, éste podrá ser moderado por el juez de mutuo acuerdo con el perito”, traducción de Ariadna AGUILERA RULL), véase Helmut KOZIOL y Rudolf WELSER (1987, pp. 200-201).

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.	La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.
--	--

La Propuesta reproduce la redacción del 1155 CC, con la sola excepción de la inclusión de los términos “cláusula de fijación de indemnización o de pena” en vez de “cláusula penal”, cambio que nada añade y que arrastra la repetición superflua de expresiones equivalentes de preceptos anteriores (arts. 1149 y 1150).

En virtud de su carácter accesorio, la validez de la cláusula penal depende de la validez de la obligación principal que garantiza, requisito preeliminar al que la Propuesta y el 1155 CC se refieren, sin entrar en consideraciones sobre su forma ni tampoco sobre su contenido. En relación con la validez material de la cláusula penal, además de las disposiciones generales del CC (1255, 1271, 1272 y 1273), tienen especial incidencia leyes especiales como la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

7. Regulación general de las arras (artículo 1152 de la Propuesta)

Código Civil vigente	Propuesta
-	<p><i>Artículo 1152:</i> La atribución que una de las partes realice a favor de la otra en el momento de la celebración del contrato, será prueba de su conclusión y se imputará a la prestación debida.</p> <p>Sólo existirá la facultad de desistir del contrato, perdiendo aquella atribución quien la realizó o devolviéndola duplicada quien la recibió, si hubiese sido expresamente concedida.</p> <p>La pérdida de la atribución realizada o su restitución duplicada sólo constituirán liquidación convencional de daños y perjuicios cuando así resulte del título constitutivo de la obligación.</p>

La Propuesta pretende dotar al ordenamiento español de una regulación general de las arras, hasta ahora ausente, pues las reglas aplicadas son de creación jurisprudencial y superan en mucho el contenido del artículo 1454 CC²⁹, del cual se apartan al atribuir a las arras carácter confirmatorio en los contratos civiles³⁰. El artículo 1152 de la Propuesta acoge los pronunciamientos del Tribunal Supremo, que entiende que, en defecto de estipulación expresa de las partes, las arras serán confirmatorias, pues la atribución de la función penal o penitencial debe ser excepcional³¹.

El Código de Comercio sí recoge las tres modalidades de arras: por un lado, el artículo 83 CCom³², según GÓMEZ CALERO (1983, pp. 73-74) alude tanto a arras penitenciales - si el desistimiento es voluntario - como penales - si el incumplimiento es culpable -, y, por otro lado, el artículo 343 CCom³³ se refiere a las arras confirmatorias, fijando la regla de defecto en virtud de la cual las cantidades anticipadas en compraventas mercantiles serán siempre a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato.

La conveniencia de regular las arras en las disposiciones relativas a la cláusula penal puede ser discutible, si bien el nexo de unión es claro, pues la jurisprudencia ha establecido que las arras penales tienen la naturaleza de cláusula penal³⁴: según la parte que incumpla, el comprador las

²⁹ Artículo 1454 CC: "Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas".

³⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008, p. 470) define las arras como la entrega de una suma de dinero o de cualquier otra cosa con el fin de confirmar un contrato, garantizar su cumplimiento o facultar a los contratantes para desistir libremente perdiendo la cantidad entregada. Atendiendo a las finalidades enumeradas, las arras serán, respectivamente, confirmatorias, penales o penitenciales.

³¹ Entre otras, la STS, 1ª, 23.11.1994 (RJ 8943): "el contenido del artículo 1454 del CC no tiene carácter imperativo, sino que, por su condición penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo, teniendo tal precepto legal un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de la que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trata de arras penitenciales, ya que, en otro caso, la suma recibida sirve precisamente para confirmar al contrato celebrado" (FD 2º).

³² Artículo 83 CCom: "Los contratos de compraventa celebrados en feria podrán ser al contado o a plazos; los primeros habrán de cumplirse en el mismo día de su celebración o, a lo más, en la veinticuatro horas siguientes. Pasadas éstas sin que ninguno de los contratantes haya reclamado su cumplimiento, se considerarán nulos, y los gajes, señal o arras que mediaren quedarán a favor del que los hubiere recibido".

³³ Artículo 343 CCom: "Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario".

³⁴ En este sentido, la STS, 1ª, 25.10.2006 (RJ 6704): "Se puede calificar de arras penales que no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y sólo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula; en ningún caso aparece formulada como las arras de desistimiento que prevé el art. 1454 del Código Civil" (FD 3º). También las SSTS, 1ª, 27.6.2007 (RJ 3864); y 31.5.2002 (RJ 7904).

pierde o el vendedor debe devolverlas duplicadas, pero no ni uno ni otro están facultados para desistir del contrato³⁵. Incluso, el Tribunal Supremo estima que las arras penales son susceptibles de la moderación equitativa prevista por el artículo 1154 CC³⁶. Las arras penales son las únicas equiparables a la cláusula penal, aunque hay una diferencia fundamental entre unas y otra: el hecho de la entrega, que confiere a las primeras carácter real frente al carácter consensual de las segundas (DÍAZ ALABART, 1996, p. 37).

También sería mejorable el 1152.II de la Propuesta, ya que la regulación que este párrafo hace del derecho de desistimiento es un tanto confusa, pues parece excluir el desistimiento puro y simple (*ad nutum*) e impedir la reglamentación privada de las consecuencias derivadas del desistimiento.

Lo que sin duda es objetable es el uso de una palabra ajena al vocabulario técnico-jurídico como es “atribución”, que acaso refleja el deseo de la Comisión General de Codificación de escapar del nominalismo y proporcionar unas reglas generales que abarquen toda clase de entregas, de dinero o bienes, en el momento de celebración del contrato.

8. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), “De las obligaciones con cláusula penal”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2, Edersa, Madrid, pp. 449-493.

--- (1996), “Arras de desistimiento y arras penales”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 427-435.

Ferran BADOSA COLL (1990), *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), “Comentarios a los artículos 1152-1155 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (dirs.), *Comentario al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 157 - 162.

Jorge CAFFARENA LAPORTA (2002), “Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 3ª, segunda parte)”, en Aurelio MENÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pp. 1021 - 1031.

³⁵ Para Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1996), no hay motivo para presumir la bilateralidad de las arras penales, solamente las pierde quien las dio. Ésta es una postura minoritaria dentro de la doctrina española.

³⁶ Véase la STS, 1ª, 31.10.2006 (RJ 8405). Dos son los posicionamientos doctrinales al respecto, uno acorde y otro desacorde con esta línea jurisprudencial que difiere de la tradicional (QUESADA GONZÁLEZ, 2003b, p. 8).

Ángel CARRASCO PERERA (1989), "Comentario al artículo 1105 CC", en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2, Edersa, Madrid, pp. 630-666.

Germán de CASTRO VÍTORES (2009), *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid.

Silvia DÍAZ ALABART (1996), "Las arras (I)", *Revista de Derecho Privado*, pp. 3 - 38.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Isabel ESPÍN ALBA (1997), *La cláusula penal. Especial Referencia a la moderación de la pena*, Marcial Pons, Madrid.

Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *Revista de Derecho Privado*, pp. 145 -169.

Juan GÓMEZ CALERO (1983), *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

Fernando GÓMEZ POMAR (2007), "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret* 3/2007 (www.indret.com).

Helmut KOZIOL y Rudolf WELSER (1987), *Grundriß des bürgerlichen Rechts*; t. I, 8ª ed., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena.

Francisco JORDANO FRAGA (1992), *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Civitas, Madrid.

José Luis LACRUZ BERDEJO (2007), *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1, 4ª ed., Dykinson, Madrid.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2006), *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), "El sistema de responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 3, pp. 1019-1091.

--- (1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, pp. 1719-1746.

María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), "Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional", *Aranzadi Civil* núm. 14/2003 (BIB 2003\1300).

--- (2003b), “Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las Arras”, *Aranzadi Civil* núm. 5/2003 (BIB 2003\554).

José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 2, pp. 511 - 587.

Ana María SANZ VIOLA (1994), *La cláusula penal en el Código Civil*, Bosch, Barcelona.

9. Tabla de sentencias citadas

Sentencias del Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 13.7.1984	RJ 3981	José Beltrán de Heredia y Castaño
1ª, 29.11.1997	RJ 8441	Francisco Morales Morales
1ª, 31.5.2002	RJ 7904	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
1ª, 14.6.2006	RJ 3133	Encarnación Roca Trías
1ª, 25.10.2006	RJ 6704	Xavier O’Callaghan Muñoz
1ª, 31.10.2006	RJ 8405	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 25.1.2007	RJ 592	Clemente Auger Liñán
1ª, 27.6.2007	RJ 3864	Antonio Salas Carceller
1ª, 14.9.2007	RJ 5307	Clemente Auger Liñán
1ª, 15.10.2008	RJ 5692	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta