

Los pactos de liquidación anticipada del
daño en Derecho español, *common law* y
soft law

Análisis económico de la cláusula penal

Ignacio Marín García

TESI DOCTORAL UPF / 2015

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Pablo Salvador Coderch

DEPARTAMENT DE DRET



A mi esposa y mis padres por su apoyo incondicional.

RESUMEN

Esta tesis doctoral examina el régimen de la cláusula penal en Derecho español con la finalidad de concluir si la regulación vigente de este remedio es eficiente en el marco de la economía del incumplimiento contractual. El Derecho español de contratos es el único ordenamiento de derecho continental que todavía no ha dado entrada a la equidad como motivo para la moderación judicial de la pena convencional, también denominada cláusula de liquidación anticipada del daño.

Asimismo, con el objetivo de valorar la eficiencia de los pactos de liquidación anticipada del daño sujetos a otros ordenamientos, el trabajo analiza la regulación de esta figura en los derechos estatales de los Estados Unidos de América y Derecho inglés. E, igualmente, el trabajo considera la regulación de esta figura contenida en textos de *soft law*: los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y tres de los proyectos de armonización del Derecho Privado europeo (los Principios del Derecho Europeo de Contratos, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos y el Borrador del Marco Común de Referencia).

ABSTRACT

This doctoral dissertation examines the regime of contract penalties in Spanish law aiming to conclude whether or not the current regulation of this remedy is efficient in the benchmark of the economics of

breach of contract. Spanish law is the only legal system belonging to civil law tradition which does not allow the judicial review of a contract penalty on the grounds of equity.

Also, pursuing to evaluate the efficiency of liquidated damages clauses subject to other legal systems, this dissertation analyzes the regulation of this institution in American state laws and English law, and its regulation in four major soft law texts (the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010), the Principles of European Contract Law, the Draft European Code of Contracts, and the Draft Common Frame of Reference).

SUMARIO

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	17
Capítulo I: Análisis económico del pacto de liquidación anticipada del daño como remedio frente al incumplimiento contractual.....	21
1. Marco de referencia: la economía del incumplimiento contractual.....	24
1.1. El paradigma del contrato completo.....	24
1.2. El incumplimiento eficiente.....	28
1.3. Los remedios legales frente al incumplimiento y sus efectos ...	35
1.3.1. Restitución y <i>disgorgement</i>	38
1.3.2. Indemnización del daño a la confianza o al interés contractual negativo (<i>reliance damages</i>).....	40
1.3.3. Indemnización del daño a la expectativa o al interés contractual positivo (<i>expectation damages</i>).....	43
1.3.4. Cumplimiento forzoso o en forma específica (<i>specific performance</i>).....	45
2. El remedio negociado frente al incumplimiento: la cláusula de liquidación anticipada del daño	47
2.1. Descripción del modelo económico básico	50
2.2. El resultado eficiente	52
2.3. Reglas dispositivas aplicables en defecto de pacto de liquidación del daño.....	54
2.3.1. Regla de responsabilidad limitada a los daños previstos o previsibles	54
2.3.2. Regla de responsabilidad contractual ilimitada.....	58
2.3.3. Baremo del daño contractual	60
2.4. La cláusula de liquidación anticipada del daño como remedio socialmente deseable frente al incumplimiento.....	63
3. La cláusula de liquidación anticipada del daño como mecanismo de transferencia de riesgo.....	66
3.1. Introducción a la economía del seguro.....	66
3.1.1. Riesgo	67
3.1.2. Aversión al riesgo de los asegurados.....	68
3.1.3. Neutralidad al riesgo del asegurador	69
3.2. Semejanzas y diferencias entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y el contrato de seguro.....	71

3.3. Contribuciones de la teoría del seguro al modelo económico básico de la cláusula de liquidación anticipada del daño.....	74
4. La cláusula de liquidación anticipada del daño con posibilidad de renegociación	76
4.1. Efecto favorable de la cláusula de liquidación anticipada del daño en la renegociación del contrato.....	78
4.2. El modelo económico básico de la cláusula de liquidación anticipada del daño con posibilidad de renegociación	81
5. La intervención judicial de la cláusula de liquidación anticipada del daño.....	83
5.1. Interferencias en la determinación <i>ex ante</i> del daño	85
5.1.1. Motivos que explican estimaciones erróneas <i>a priori</i>	86
5.1.2. Sesgos cognitivos	87
5.2. La función correctora del juez: ¿mito o realidad?.....	91
5.3. Cláusulas de liquidación anticipada del daño cuya intervención judicial está justificada.....	93
5.4. Lecciones para el modelo económico básico de la cláusula de liquidación anticipada del daño	95
6. La cláusula de liquidación anticipada del daño y sus efectos sobre la competencia	96
6.1. Efecto negativo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: una barrera de entrada para nuevos competidores más eficientes	99
6.2. Efecto positivo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: la realización de inversiones específicas	103
6.3. Resultado final incierto.....	104
Capítulo II: El régimen de la cláusula penal en Derecho español	
.....	107
1. Concepto de “cláusula penal”	108
1.1. El concepto de cláusula penal en la ley, la jurisprudencia y la doctrina	108
1.2. Discusión sobre la licitud de la cláusula penal	112
2. Funciones de la cláusula penal	113
2.1. Función sustitutiva o liquidatoria	119
2.2. Función coercitiva.....	123
3. Modalidades	125
3.1. Pena sustitutiva o compensatoria	125
3.2. Pena cumulativa.....	129
3.3. Pena moratoria	135
3.3.1. Interés moratorio y anatocismo en las obligaciones civiles	143

3.3.2. Interés moratorio y anatocismo en las obligaciones mercantiles.....	147
3.4. Multa penitencial o pena de arrepentimiento.....	152
4. Fuentes de la cláusula penal.....	154
4.1. Fuentes negociales: el contrato y el testamento. La cláusula penal testamentaria.....	154
4.2. Fuentes legales: las cláusulas penales <i>ex lege</i>	155
4.2.1. Ley del Contrato de Seguro.....	158
4.2.2. Ley Cambiaria y del Cheque.....	160
4.2.3. Intereses de la mora procesal.....	163
5. Instituciones afines.....	165
5.1. Arras.....	165
5.2. Obligación condicional.....	169
5.3. Obligación facultativa.....	170
5.4. Obligación alternativa.....	171
5.5. Cláusulas de pérdida de derechos.....	173
5.6. Multas coercitivas.....	174
5.7. Cláusulas de limitación de la responsabilidad.....	175
6. Elementos de la cláusula penal.....	177
6.1. Causa.....	177
6.2. Contenido.....	179
6.3. Validez.....	181
6.3.1. Forma.....	182
6.3.2. Contenido.....	184
a) Real Decreto Legislativo 1/2007.....	184
b) Ley Azcárate.....	186
6.4. Exigibilidad.....	188
6.4.1. Subsistencia de los supuestos para los que se pactó....	191
6.4.2. Incumplimiento imputable al deudor.....	192
7. Moderación judicial de la pena.....	198
7.1. Reducción de la pena en caso de incumplimiento parcial o irregular.....	199
7.1.1. Un supuesto de moderación patológica: la moderación judicial de penas moratorias ex artículo 1154 CC.....	208
7.2. Revisión judicial de la pena por razones de equidad.....	211
7.2.1. Vigencia del principio de inmutabilidad de la pena en Derecho español.....	211
7.2.2. Evolución de los sistemas de derecho continental: abandono del principio de inmutabilidad de la pena.....	216
7.3. Otras vías para la moderación de la pena.....	221

7.3.1. El artículo 1103 CC: la facultad judicial de moderación de la responsabilidad derivada de negligencia	221
7.3.2. El artículo 1258 CC: el principio general de la buena fe	225
7.3.3. Inexistencia o ilicitud de causa	227
7.3.4. Abuso de derecho	228
7.3.5. Cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	230
8. El tratamiento concursal de la pena convencional.....	232
9. Valoración de la regulación de la cláusula penal en Derecho español según el análisis económico del Derecho	236
10. La propuesta de reforma del Libro Cuarto del Código Civil...239	
10.1. La cláusula penal sustitutiva como regla de defecto, pena cumulativa y multa penitencial (artículos 1146 y 1147 de la Propuesta).....	241
10.2. Exigibilidad de la pena (artículo 1148 de la Propuesta).....	245
10.3. Compatibilidad de la reclamación de la pena con otras acciones (artículo 1149 de la Propuesta)	249
10.4. Moderación judicial de la pena (artículo 1150 de la Propuesta)	255
10.4.1. Introducción de la moderación por razones de equidad	257
10.4.2. Supresión de la moderación por incumplimiento parcial o irregular.....	260
10.5. Nulidad de la cláusula penal con base en su carácter accesorio (artículo 1151 de la Propuesta)	261
10.6. Regulación general de las arras (artículo 1152 de la Propuesta)	262
10.7. Valoración de la regulación de la cláusula penal en la Propuesta según el análisis económico del Derecho.....	265
Capítulo III: Especialidades del régimen de la cláusula penal en la contratación con consumidores.....	269
1. Indemnización desproporcionadamente alta (artículo 85.6 RDL 1/2007)	271
2. Limitación o exclusión del derecho de desistimiento del consumidor (artículos 62.3 y 87.6 RDL 1/2007).....	280
3. Consecuencias de la declaración de abusividad de las penas convencionales: la prohibición de moderación de las cláusulas abusivas	284
Capítulo IV: El régimen de la cláusula penal en el <i>common law</i>	291
1. Estados Unidos de América	294

1.1. <i>Penalty doctrine</i> en EE.UU.....	295
1.1.1. Razonabilidad <i>ex post</i> o <i>ex ante</i>	298
1.1.2. Dificultad de prueba del daño.....	311
1.2. Vinculación del acreedor al pacto de liquidación cuando el daño es superior a la suma pactada.....	315
1.3. Pactos de liquidación anticipada del daño con cuantías irrisorias: la entrada de la doctrina de la <i>unconscionability</i>	317
1.4. Relación de la cláusula de liquidación anticipada del daño con otros remedios.....	320
1.4.1. Compatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y el cumplimiento forzoso	320
1.4.2. Incompatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y la indemnización de daños y perjuicios	323
1.4.3. Compatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y la restitución	324
1.4.4. Compatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y los remedios específicos previstos por la normativa de protección de consumidores y usuarios.....	325
2. Inglaterra y Gales	326
2.1. La averiguación de la intención de las partes mediante la interpretación de los términos del contrato.....	327
2.2. Los cuatro principios sobre penas convencionales del Derecho inglés moderno y su vigencia en la actualidad.....	330
2.2.1. La cantidad es extravagante y desproporcionada en comparación con el mayor daño previsible derivado del incumplimiento.....	332
2.2.2. La falta de pago de una cantidad de dinero comporta el pago de una suma mayor.....	333
2.2.3. Previsión del pago una misma suma en cualquier escenario de incumplimiento (<i>multiple breach rule</i>).....	335
2.2.4. La imposibilidad de cálculo del daño en el momento de celebración del contrato es un factor irrelevante.....	338
2.3. El daño efectivo como límite al resarcimiento del acreedor vinculado a un pacto de liquidación calificado de <i>penalty</i>	340
2.4. Falta de vinculación del acreedor al pacto de liquidación cuando el daño es superior a la suma pactada, excepto que la función del pacto sea la de limitación de la responsabilidad del deudor	343

2.5. Compatibilidad con otros remedios: relación entre la cláusula de liquidación anticipada del daño, el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios	345
2.6. Fisuras del Derecho inglés de contratos: las cláusulas penales encubiertas.....	347
2.7. Sensibilidad creciente de la jurisprudencia inglesa por la teoría del <i>efficient breach</i>	350
3. Valoración de la regulación de los pactos de liquidación anticipada del daño en el <i>common law</i> según el análisis económico del Derecho	355
Capítulo V: La propuesta de regulación de la cláusula penal en los Principios UNIDROIT (2010) y los proyectos de armonización del Derecho Privado europeo	359
1. Admisibilidad de la figura bajo distintas denominaciones	362
2. Concepto: prestación o suma pactada.....	363
3. Moderación judicial de la prestación o suma pactada.....	368
4. Cláusulas penales legales: intereses moratorios y anatocismo ...	373
4.1. Intereses moratorios	374
4.2. Anatocismo	378
5. Otros aspectos: la protección a consumidores y usuarios.....	381
6. Valoración de la regulación de los pactos de liquidación anticipada del daño en los Principios UNIDROIT y las tres propuestas de armonización del Derecho Privado europeo según el análisis económico del Derecho	382
CONCLUSIONES	385
BIBLIOGRAFÍA.....	391
TABLA DE RESOLUCIONES CITADAS	427

ABREVIATURAS

ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil austriaco)
ACEC	Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (2001)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil español de 1889
CCom	Código de Comercio español de 1885
DCFR	Borrador del Marco Común de Referencia (2009)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i> (Código de Comercio alemán)
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10.7.2003)
LCC	Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE núm. 72, de 25.3.1995)
LCS	Ley 50/1980, de 26 de noviembre, del Contrato de Seguro (BOE núm. 250, de 17.10.1980)
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE núm. 182, de 30.7.1988)
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4.7.2007)

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000 (BOE núm. 7, de 8.1.2000)
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24.7.1984)
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994)
LGT	Ley General Tributaria, de 17 de diciembre de 2003 (BOE núm. 302, de 18.12.2003)
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Hipotecaria
LMOC	Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en Operaciones Comerciales (BOE núm. 314, de 30.12.2004)
LVPBM	Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE núm. 167, de 14.7.1998)
LRMH	Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (BOE núm. 90, de 15.4.1981)
LSMPH	Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (BOE núm. 80, de 4.4.1994)
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>

PECL	Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000)
RDL 1/2007	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, de 30.11.2007)
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

INTRODUCCIÓN

La presente tesis analiza la regulación de la cláusula penal en Derecho español en el marco de la economía del incumplimiento contractual con la finalidad de determinar si es un medio de tutela del derecho de crédito eficiente.

Para mi estudio, me sirvo de las herramientas de análisis que me ha proporcionado mi doble licenciatura en Derecho y Economía y el conocimiento de los sistemas de *common law* que me brindó las estancias de investigación en la facultad de derecho de la Universidad de Cornell (2009) y en el *Institute of European and Comparative Law* de la Universidad de Oxford (2010), respectivamente. Mi formación en Derecho de los Estados Unidos de América fue ampliada con un *LL.M.* en la Universidad de Columbia (2010-2011) y la colegiación como abogado del Estado de Nueva York tras la superación del *Bar Exam* (2011).

En esencia, la eficiencia de cualquier remedio frente al incumplimiento depende de la maximización del bienestar de ambos contratantes, maximización que consiste en que el remedio en cuestión aproxime la conducta de las partes a la que alcanzaría un “contrato completo”. Este paradigma del “contrato completo”, nuestra vara para medir la eficiencia de los remedios, refiere aquel contrato hipotético que incorpora todas las variables de las que depende el bienestar de los contratantes.

En el marco de la economía del incumplimiento contractual, esta obra examina el régimen de la cláusula penal en Derecho español con la finalidad de concluir si la regulación vigente de este remedio contribuye a aproximar la conducta de las partes a la del paradigma del “contrato completo” o, por el contrario, la regulación actual de la cláusula penal en nuestro ordenamiento aleja a los contratantes de dicho paradigma.

Este análisis del ordenamiento español *de lata lata* se completa con el examen de la propuesta *de lege ferenda* 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, la cual modificaría notablemente el régimen de la cláusula penal por cuanto pretende introducir, entre otras novedades, la moderación de la pena por razones de equidad.

Asimismo, con el objetivo de valorar la eficiencia de los pactos de liquidación anticipada del daño sujetos a una regulación radicalmente diferente a la del Derecho español, el trabajo analiza la *liquidated damages clause* de los derechos estatales de los Estados Unidos de América y del Derecho inglés, pues en los sistemas de *common law* el poder de disposición de las partes sobre los remedios frente al incumplimiento de un contrato es mucho menor.

En los sistemas de *common law*, rige la prohibición de las cláusulas penales con fundamento en que los pactos de liquidación anticipada del daño no pueden tener efecto coercitivo alguno sobre el deudor.

Esta prohibición supone un obstáculo al incumplimiento eficiente de los contratos, puesto que el deudor tendrá una información mucho menos precisa sobre la valoración subjetiva de la prestación por el acreedor y, en consecuencia, este deudor tenderá a infraestimarla e incurrir en un número de incumplimientos por encima del socialmente deseable.

Además, con el propósito de ampliar el análisis de derecho comparado de los pactos de liquidación anticipada del daño, también considero la regulación de esta figura contenida en textos de *soft law*: los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y tres de los proyectos de armonización del Derecho Privado europeo (los Principios del Derecho Europeo de Contratos, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos y el Borrador del Marco Común de Referencia). Todos estos textos de *soft law* se caracterizan por admitir tales pactos de liquidación, permitiendo la moderación judicial de la suma pactada por razones de equidad y configurando dicha moderación como una facultad del juez.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PACTO DE LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO COMO REMEDIO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Un contrato relaciona condiciones y acciones. Si no se cumplen las condiciones previstas, la parte incumplidora proporcionará el remedio legal establecido: restitución, indemnización de daños y perjuicios o cumplimiento forzoso. Además, las partes pueden prever remedios específicos y distintos a los legales, señaladamente la cláusula de liquidación anticipada del daño o, siguiendo la terminología al uso en los ordenamientos de derecho continental, la cláusula penal.

Todos los remedios frente al incumplimiento de un contrato son cursos de acción al alcance del acreedor perjudicado porque el deudor se ha desviado del programa contractual¹, a pesar de que la finalidad y el objeto de cada uno de ellos sean diferentes².

¹ Parto de la definición de remedio frente al incumplimiento contractual de G. H. TREITEL (1988), *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford, p. 1: “(...) *courses of action open to a party who is aggrieved by the other party's failure to perform a contract*”. Asimismo, me ciño a la definición de incumplimiento de contrato como “cualquier desviación del programa contractual”, según Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, p. 1720, definición que, entre otros, retoma Fernando GÓMEZ POMAR (2007), “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret 3/2007* (www.indret.com), p. 7. En este sentido, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, contiene por primera vez, en su artículo 1188.I, una definición de incumplimiento (“Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”), la cual es una noción amplia y unitaria, pues no menciona la imposibilidad sobrevenida, y de carácter neutral desde el punto de vista de la imputación subjetiva, según Nieves FENOY PICÓN (2010), “La modernización del régimen del incumplimiento de

Tradicionalmente, el estudio de los remedios ha consistido en un análisis *ex post* del incumplimiento contractual: cuáles son los remedios disponibles frente a un incumplimiento concreto y cuál es su extensión han sido las cuestiones primordiales³. Sin embargo, el análisis *ex ante* del incumplimiento contractual se centra en la actividad consensual de las partes durante la negociación del contrato: ¿por qué los contratantes deciden apartarse de las reglas de defecto, los remedios legales, y prever remedios específicos?⁴

En el marco de la economía del incumplimiento contractual, a partir de las nociones de “contrato completo” e “incumplimiento eficiente”, analizo en este capítulo los remedios comunes a la mayoría de sistemas jurídicos, sin perjuicio de las particularidades que cada uno de ellos puede presentar en un ordenamiento concreto.

contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, núm. 1, pp. 69-93.

² De acuerdo con Antonio Manuel MORALES MORENO (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 30: “[E]l incumplimiento es el supuesto básico de todos los remedios: de la pretensión de cumplimiento, de la suspensión del cumplimiento, de la resolución, de la reducción de la contraprestación, y de la indemnización de daños. Por eso hemos de configurarlo con los elementos mínimos necesarios para que pueda cumplir esa función. Cada remedio puede tener, además, su propio supuesto, complementario, que se añade al genérico del incumplimiento. Así sucede en la indemnización de daños o en la resolución”.

³ Dan B. DOBBS (1993), *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul (Minn.), p. 1.

⁴ Robert E. SCOTT (2006), “The Law and Economics of Incomplete Contracts”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, disponible en <http://arjournals.annualreviews.org/toc/lawsocsci/2/1>, pp. 281-282.

Tras examinar los remedios legales frente al incumplimiento y sus efectos, recorro a un modelo que pretende evidenciar que la cláusula de liquidación anticipada del daño en tanto que remedio negociado permite transmitir información contractualmente relevante en beneficio de ambos contratantes.

Como veremos, el pacto de liquidación anticipada del daño es un remedio superior desde la perspectiva del bienestar social, aún incluso cuando los contratantes son aversos al riesgo, porque dicho pacto opera como mecanismo de transferencia del riesgo (de acreedor a deudor o viceversa).

Asimismo, la presencia de pactos de liquidación en un contrato favorece la renegociación del mismo en aras a evitar incumplimientos ineficientes, ya que la suma pactada será tomada por las partes como una estimación del valor bruto del incumplimiento.

Por tanto, como regla general, la intervención judicial de tales pactos no estaría justificada, puesto que las desviaciones de la cuantía pactada respecto del daño efectivo derivado del incumplimiento suelen responder a información manejada por las partes en el momento de celebración del contrato.

1. Marco de referencia: la economía del incumplimiento contractual

Este apartado introduce dos nociones propias del análisis económico del Derecho, “contrato completo” e “incumplimiento eficiente”, cuyo manejo se ha revelado de gran utilidad para valorar la eficiencia de las soluciones que el ordenamiento jurídico proporciona para la tutela del derecho de crédito frente al incumplimiento del contrato⁵.

1.1. El paradigma del contrato completo

De acuerdo con la teoría económica, un “contrato completo” es aquél en que las partes han explicitado todas y cada una de las contingencias que pueden afectar a la relación contractual y las han resuelto de manera mutuamente satisfactoria. Este resultado ideal es fruto de dos premisas: el comportamiento racional de los contratantes, es decir, las partes sólo contratan si con ello mejoran su situación preexistente; y que ambos contratantes disponen de información completa, esto es, tienen conocimiento del mercado de la otra parte. El contrato completo es una construcción teórica que permite valorar las ventajas e inconvenientes de los distintos modos de intervención jurídica en el contrato.

⁵ Para una descripción pormenorizada del contrato completo y su relación con el incumplimiento eficiente y los remedios frente al incumplimiento, véase Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, Capítulo II, pp. 28-49, quien lo presenta como una herramienta analítica muy poderosa, por mucho que añada que “[e]s evidente que esta noción de contrato completo es una entelequia en el sentido metodológico de la palabra: un concepto puramente ideal, construido con finalidad heurística y sin referente en la realidad social”.

Desde el punto de vista económico, cualquier contrato que no tenga estas características será un “contrato incompleto”, concepto que difiere del propio del Derecho, ámbito en que este término alude a la existencia de lagunas contractuales que haría necesario acudir a las normas generales de integración de los contratos (1258 CC).

En sentido jurídico, un contrato incompleto deja sin regular un supuesto concreto, mientras que un contrato incompleto en sentido económico no incorpora algún factor relevante para el bienestar conjunto de las partes – en esencia, circunstancias que alteren el coste de realización de la prestación para el deudor o el valor de la misma para el acreedor –. En consecuencia, económicamente, no es la exclusión de supuestos de hecho, sino la de variables de las que depende el bienestar de ambas partes, lo que hace que un contrato devenga incompleto.

AYRES y GERTNER distinguen con claridad los conceptos de “contrato incompleto” en uno y otro ámbito mediante un ejemplo muy ilustrativo: un contrato para entregar mañana unos bienes determinados en un domicilio concreto a cambio de 100 USD es “obligacionalmente completo” – completo jurídicamente, aunque desconozcamos el tipo de contrato (compraventa o transporte) – porque especifica las obligaciones de las partes en todas las situaciones posibles, pero este contrato no es completo en sentido económico

porque no explota las ganancias derivadas del intercambio de manera recíprocamente ventajosa en todas las situaciones posibles⁶.

La completud económica de un contrato evitaría que los obligados tuvieran incentivos para incumplirlo o renegociarlo, puesto que un contrato completo es por definición inmejorable en interés mutuo de las partes⁷.

Con todo, la racionalidad económica puede aconsejar la celebración de un contrato incompleto en lugar de uno completo por diversas razones. Más allá de la elevada imprevisibilidad de situaciones futuras, los costes de especificación son la razón principal, pues los sujetos racionales preferirán no especificar una contingencia siempre que el coste de preverla exceda el beneficio esperado de dicha previsión. Junto con los costes de transacción asociados a la formación del contrato, de tipo exógeno por ser externos a la voluntad de las partes, hay otros motivos, esta vez endógenos, para que las partes prefieran un contrato incompleto. Por un lado, las diferencias de información entre los contratantes, debido a que algunas circunstancias tan solo son observables por uno de ellos, conllevan que queden fuera del

⁶ Ian AYRES y Robert GERTNER (1992), “Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules”, 101 *Yale Law Journal*, p. 730. A pesar de tratarse de categorías independientes, los contratos incompletos en sentido económico también pueden ser contratos “obligacionalmente incompletos”, en particular, aquéllos en los que las partes no hayan estipulado cláusulas de liquidación anticipada del daño porque la responsabilidad derivada de los diversos incumplimientos queda en manos de los tribunales, véase Scott BAKER y Kimberly D. KRAWIEC (2006), “Incomplete Contracts in a Complete Contract World”, 33 *Florida State University Law Review*, p. 731, nota al pie 16.

⁷ Los economistas catalogan el contrato completo como pareto-óptimo, véase Steven SHAVELL (1980), “Damage Measures for Breach of Contract”, 11 (2) *The Bell Journal of Economics*, p. 467.

contrato algunas contingencias para impedir comportamientos estratégicos de la parte mejor informada. Por otro lado, incluso si la contingencia es observable por ambos contratantes, la imposibilidad de que un tercero (un tribunal o un árbitro) verifique que ésta efectivamente ha ocurrido tiene como resultado su exclusión del contrato⁸.

Una vez celebrados, los contratos económicamente incompletos conducen a que el comportamiento de las partes no maximice el bienestar conjunto. A pesar de las razones expuestas para que las partes dejen un contrato incompleto, *ex post* las acciones de las partes siempre son subóptimas⁹. La cuestión a resolver es cómo aproximar la conducta de las partes bajo un contrato incompleto a las que lograría un contrato completo, ¿qué remedios son susceptibles de beneficiar a dos partes unidas por una relación contractual?¹⁰

⁸ Alan SCHWARTZ (1998), "Incomplete contracts", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, pp. 278-279.

⁹ Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007), *Contract Law*, en A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics*, vol. I, Elsevier-North Holland, Amsterdam, p. 11.

¹⁰ En cuanto a modos de intervención jurídica del contrato, aunque al margen de los remedios, una de las propuestas más creativas al respecto sea quizás el "*pro-defendant gap-filling approach*" de Omri BEN-SHAHAR (2004), "'Agreeing to Disagree': Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts", *Wisconsin Law Review*, pp. 389-428. Con base en su planteamiento, el tribunal que conozca la demanda de cumplimiento de un contrato deliberadamente incompleto, debe conceder al demandante la ejecución del contrato completo más beneficioso para el demandado, es decir, completar el contrato mediante la incorporación de la estipulación más favorable a quien ha de ejecutarlo. Así, cada contrato deliberadamente incompleto equivaldría a dos contratos completos, pero cada contratante tan solo estaría legitimado para ejecutar el contrato completo favorable al otro contratante.

1.2. El incumplimiento eficiente

La realización de la prestación sería ineficiente y, por ello, socialmente no deseable si el coste de la prestación para el deudor (c) supera el valor que la misma pueda tener para el acreedor (v)¹¹.

En el momento de celebración del contrato es indudable que el acreedor otorgó a la prestación un valor superior al coste en que el deudor previó incurrir para realizarla ($v > c$), pues en otro caso no hubieran pactado el intercambio, típicamente de un bien o servicio por una cantidad de dinero. Ahora bien, entre la celebración del contrato y su cumplimiento transcurre un lapso de tiempo durante el cual los valores de v y c pueden oscilar hasta el punto que no se satisfaga $v > c$, ya que c también incorpora el coste de oportunidad del deudor, aquellas ganancias que dejaría de obtener si no acepta una oferta mejor de un tercero¹². En tales circunstancias, en que no hay excedente de utilidad derivado del cumplimiento, la lógica económica recomienda que en interés de ambas partes no se produzca el intercambio acordado, es decir, que el deudor incumpla no realizando la prestación pactada. Éste es denominado “incumplimiento eficiente”, tomando la

¹¹ Thomas J. MICELI (2009), *The Economic Approach to Law*, 2ª ed., Stanford University Press, Stanford, pp. 108-109.

¹² El caso americano *Pratt Furniture Co. v. McBee* 337 H.2d 119 (Supreme Court of Hampshire, 1987) ejemplifica esta situación: el comprador, un mayorista, reclama al vendedor, un fabricante de muebles, el daño derivado del incumplimiento del contrato de compraventa de 90.000 sillas, pues el fabricante lo denunció tras comprometerse con un tercer contratante a la entrega de 50.000 mesas, puesto que con el segundo pedido obtenía su beneficio neto superior, 350.000 \$ en lugar de 180.000 \$. Thomas J. MICELI (2009), *op. cit.*, pp. 108-109, incluye de manera separada el coste de oportunidad del deudor si rechaza la oferta mejor de un tercero, aunque ello no altera en nada el análisis.

terminología propia del análisis económico del Derecho. Así pues, todo incumplimiento eficiente se debe a la incertidumbre en el momento de celebración del contrato sobre una de las dos variables mencionadas: el coste de la prestación para el deudor (c) y el valor de la prestación para el acreedor (v).

Por sus propias características, el incumplimiento de un contrato completo nunca se produciría, porque su cumplimiento estaría siempre condicionado a las contingencias presentes en el momento de ejecución de la prestación. En el marco de un contrato completo, todo cumplimiento es eficiente y socialmente deseable porque satisface $v > c$.

En suma, la noción de incumplimiento eficiente refiere la falta voluntaria de realización de la prestación beneficiosa para el deudor y, al menos, neutral para el acreedor, puesto que esta omisión no tiene efectos liberatorios para el deudor. El incumplimiento eficiente no es un incumplimiento exento de cualquier remedio jurídico, la equiparación entre incumplimiento eficiente y exoneración de responsabilidad es errónea¹³. Por tanto, conviene recalcar que el

¹³ Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, p. 38, nota al pie 25, atribuye el rechazo que la noción de incumplimiento eficiente había merecido en la doctrina española a una comprensión inexacta. Todo ello sin perjuicio de que dicha noción afecte al valor deontológico de la fidelidad a la palabra dada, según Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007), *op. cit.*, nota al pie 77, p. 102, quienes salvan el respeto al principio *pacta sunt servanda* mediante la “efficient implied cancellation option”, cláusula implícita que faculta a las partes para el incumplimiento eficiente. De acuerdo con Steven SHAVELL (1998), “Contracts”, en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, p. 439, el incumplimiento eficiente de un contrato se corresponde con la voluntad real de los contratantes, quienes celebraron un contrato incompleto que no incluía la contingencia acaecida. En contra, Robert S. SUMMERS y Robert A. HILLMAN (2006), *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice*, 5ª ed.,

llamado incumplimiento eficiente no significa la desprotección del derecho de crédito, sino tan solo su satisfacción mediante conductas alternativas a la ejecución de la prestación, aun siendo ésta factible.

Siguiendo a GÓMEZ POMAR, tampoco sería correcto identificar el incumplimiento voluntario con un incumplimiento engañoso o malicioso, ni siquiera oportunista¹⁴. Aun así, el Tribunal Supremo español entiende que el incumplimiento simplemente voluntario también es doloso¹⁵, calificación que ha llegado a extender a la culpa grave: el incumplimiento no es intencionado, pero es consecuencia necesaria de la acción del deudor¹⁶.

La diferencia radica en que en el incumplimiento simplemente voluntario el deudor tiene el propósito de cumplir cuando celebra el

Thomson-West, St. Paul (Minn.), p. 351, nota al pie 17, para quienes el incumplimiento voluntario de un contrato siempre es una conducta reprobable que no goza de aceptación social; Daniel FRIEDMANN (1989), “The Efficient Breach Fallacy”, 18 *Journal of Legal Studies*, pp. 23-24, para quien ninguno de los contratantes está facultado para el incumplimiento eficiente, pues los remedios disponibles contra dicho incumplimiento pueden ser más gravosos para el contratante incumplidor que la indemnización de daños y perjuicios; e Ian R. MACNEIL (1982), “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky”, 68 *Virginia Law Review*, p. 968, autor que argumenta que la noción de incumplimiento eficiente es ilusoria a causa de los costes asociados a la resolución de la ulterior disputa entre los contratantes.

¹⁴ Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, p. 231.

¹⁵ SSTs, 1ª, 21.6.1980 (RJ 2726, MP: Jaime de Castro García), 23.10.1984 (RJ 4971, MP: Jaime De Castro García) y 30.11.1999 (RJ 8439, MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

¹⁶ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, p. 748, quien cita la STS, 1ª, 9.3.1962 (RJ 1230, MP: Baltasar Rull Villar), caso en que la techumbre de una nave se hundió a consecuencia de su uso como depósito de chatarra por el arrendatario, considerando el Alto Tribunal que han de “entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción”.

contrato, aunque con posterioridad no realice la prestación y esta acción sea la más deseable en términos de eficiencia. En cambio, un incumplimiento fraudulento, malicioso u oportunista se caracteriza porque, en aplicación de la racionalidad económica, no hay eventualidad alguna tras la celebración del contrato que desaconseje la realización de la prestación.

Sin duda, el deudor incumplidor no basa su decisión en los costes sociales de su conducta, sino en los costes privados que la misma pueda acarrearle. La clave está en que el Derecho de contratos alinee adecuadamente los incentivos del deudor con el incumplimiento eficiente, de manera que si el deudor opta por el incumplimiento internalice los costes de su conducta¹⁷. La internalización de los costes del incumplimiento no dejaría lugar para incumplimientos maliciosos, engañosos u oportunistas, porque el deudor incumplidor no obtiene ningún beneficio a costa del acreedor. Para ello, los remedios contra el incumplimiento deben relacionar el coste de la prestación (c) con la valoración de la misma por el acreedor (v) en el momento en que ésta sea exigible. Los remedios que no ajusten esta relación provocarán desequilibrios a favor de un contratante y en perjuicio del otro y, en consecuencia, situarán el número de incumplimientos por encima o por debajo del nivel óptimo.

En este sentido, si bien la jurisprudencia estadounidense no suele referirse a la teoría del incumplimiento eficiente (*efficient breach*), con la notable excepción de Richard A. POSNER, esta teoría es la que

¹⁷ Véase, por todos, Thomas J. MICELI (2009), *op. cit.*, p. 109.

aparentemente subyace en muchas de las sentencias. Mas en *Pratt Furniture Co. v. McBee* 337 H.2d 119 (Supreme Court of Hampshire, 1987), los magistrados J. POSNIER y J. RAWLZ establecen en sendos votos particulares, el primero a favor y el segundo en contra del fallo, una suerte de diálogo sobre las implicaciones de la teoría del incumplimiento eficiente en los derechos estatales de los Estados Unidos de América.

En *Pratt Furniture Co. v. McBee*, el comprador, un mayorista, reclama al vendedor, un fabricante de muebles, el daño derivado del incumplimiento del contrato de compraventa de 90.000 sillas, pues el fabricante lo denunció tras comprometerse con un tercer contratante a la entrega de 50.000 mesas, puesto que con el segundo pedido obtenía su beneficio neto superior, 350.000 \$ en lugar de 180.000 \$. La sentencia de instancia concedió al demandante una indemnización de 90.000 \$, resultante de la diferencia entre el precio del contrato y el coste alternativo de realización de la prestación (precio de mercado en la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de la denuncia), un dólar por cada silla. El Tribunal Supremo de Hampshire confirma la sentencia de instancia y reitera que el incumplimiento voluntario del contrato no merece sanción alguna más allá de la reparación del daño.

La cuestión principal debatida por los dos magistrados es el remedio que merece el incumplimiento voluntario de un contrato, es decir, si el carácter voluntario del incumplimiento debe agravar la responsabilidad del deudor. POSNIER defiende la indemnización del daño a la expectativa (*expectation damages*), mientras que RAWLZ entiende que el acreedor perjudicado también habría de percibir las ganancias

obtenidas con el incumplimiento voluntario (*disgorgement*). La solución de POSNIER es consecuencia del criterio económico del uso más altamente valorado (*highest valued use*), según el cual los recursos deben destinarse a la finalidad que tenga un valor más alto¹⁸. Por el contrario, RAWLZ sostiene que privar al deudor de la ganancia obtenida disminuiría los incumplimientos voluntarios y los costes que llevan aparejados: las ineficiencias inherentes a los procesos judiciales, la pérdida de reputación, el desaliento de la confianza en el contrato y las limitaciones al resarcimiento del lucro cesante.

En apoyo de su tesis, POSNIER afirma que el Derecho de contratos en Estados Unidos ampara el incumplimiento voluntario y que ello tiene su reflejo en los remedios al alcance de los contratantes, que no persiguen penalizar al deudor que consigue una oferta mejor sino que el acreedor perjudicado quede indemne. De otro modo, el Derecho de contratos no promovería la creación de riqueza:

“In addition, if McBee [el fabricante] were forced to turn over his gain on the Table Co. deal to Pratt (the restitution claim) this would deter McBee from maximizing value in some cases and there would be a net social loss. (...) It is not surprising that the rules of contract here all point in the same direction: that of encouraging efficient breach (...) It is unfortunate that courts do not explicitly recognize it”¹⁹.

¹⁸ Valor que en el mercado se establece mediante un sistema de precios que comporta que los bienes vayan a parar a las personas que están dispuestas a pagar más por ellos, es decir, los acreedores con la valoración subjetiva de la prestación más elevada.

¹⁹ “Además, si McBee [el fabricante] estuviera forzado a transferir la ganancia obtenida del contrato con Table Co. [el tercer contratante] a Pratt [el primer comprador] (acción de restitución), esto disuadiría a McBee de maximizar el valor en

Así, POSNIER vincula la prohibición de las *penalties* al fomento del incumplimiento eficiente, sin advertir que el reconocimiento generalizado de la validez de los pactos de liquidación anticipada permitiría al acreedor la reparación integral del daño y ahorraría a ambos contratantes muchos de los costes atribuidos al incumplimiento eficiente, sobre todo los relativos a la resolución judicial o extrajudicial de la disputa²⁰.

En cambio, RAWLZ responde que la teoría del *efficient breach* no sirve de soporte a la prohibición de las *penalties*, sino que ésta y otras reglas propias de la tradición de los sistemas de *common law* pretendían disminuir los riesgos de la contratación y asegurar la cooperación entre las partes, evitando precisamente el incumplimiento voluntario:

*“For example, the rules (...) barring the enforcement of penalty clauses make contracting less hazardous, and thus encourage parties to enter into contracts in the first place”*²¹.

La prohibición de las cláusulas penales y el escrupuloso escrutinio de los pactos de liquidación anticipada del daño no pueden vincularse a la teoría del incumplimiento eficiente, a pesar de los postulados de los

algunos casos y se produciría una pérdida social neta (...). No es sorprendente que aquí las reglas de los contratos apunten todas en la misma dirección: la de incentivar el incumplimiento eficiente (...). Es desafortunado que los tribunales no lo reconozcan explícitamente”.

²⁰ Ian R. MACNEIL (1982), *op. cit.*, p. 968; y Eric L. TALLEY (1994), *op. cit.*, p. 1234.

²¹ “Por ejemplo, las reglas (...) que prohíben la ejecución de cláusulas penales hacen que la contratación sea menos arriesgada, y por tanto incentivan que las partes contraten en primer lugar”.

defensores de la *penalty doctrine* estadounidense. El argumento empleado es el efecto coercitivo de la pena sobre el deudor que, en lugar de optar por el incumplimiento eficiente porque el coste de la prestación supera la valoración de la misma por el acreedor ($c > v$), ejecuta la prestación debida para eludir el pago de la suma pactada (d').

Ahora bien, este razonamiento pretiere que el pacto de liquidación es un instrumento que tiende a aproximar la valoración subjetiva de la prestación (v) y la indemnización por incumplimiento concedida por el tribunal. De modo que el pacto de liquidación consigue que el deudor conozca v o, al menos, una aproximación suficientemente atinada para decidir sobre el cumplimiento del contrato de forma eficiente. Sin esta información sobre v , la conducta del deudor se basaría en meras especulaciones o en cálculos realizados a partir del régimen general de daños y perjuicios, que conducen de manera inevitable a la infraestimación de v y, en consecuencia, a incurrir en un número mayor de incumplimientos que el socialmente deseable.

1.3. Los remedios legales frente al incumplimiento y sus efectos

A continuación, considero cuatro de los medios de tutela que, por defecto, los sistemas jurídicos suelen ofrecer al acreedor insatisfecho para reaccionar contra el incumplimiento del contrato²² y en qué

²² La idiosincrasia del sistema de fuentes en los ordenamientos de *common law* ha suscitado la cuestión sobre la naturaleza de los remedios frente al incumplimiento contractual, esto es, si constituyen en sí mismos un derecho subjetivo del cual es titular el acreedor o bien si son mecanismos que protegen tales derechos del acreedor, puesto que los tribunales han gozado de facultades discrecionales notorias

medida incentivan la conducta del deudor que habría determinado un contrato completo: realizar la prestación o abstenerse de cumplir.

Los remedios analizados son la restitución, la indemnización del daño a la confianza, la indemnización del daño a la expectativa y el cumplimiento forzoso o en forma específica. Todos ellos comparten su carácter no negociado, es decir, operan sin necesidad de pacto expreso de las partes, quienes pueden prever remedios específicos y distintos a los legales.

Restitución, indemnización del daño a la confianza e indemnización del daño a la expectativa son los remedios monetarios de los que históricamente se ha ocupado la doctrina estadounidense con arreglo a la categorización clásica de Lon L. FULLER y William R. PERDUE, en función del interés protegido del acreedor: evitar el enriquecimiento del deudor a su costa (*restitution interest*), situarlo en la situación anterior a la celebración del contrato (*reliance interest*) y reparar la lesión del derecho de crédito (*expectation interest*), respectivamente²³.

Analíticamente, esta categorización sigue siendo hoy en día la más adecuada para el estudio de los remedios frente al incumplimiento

para estimar la procedencia de uno u otro remedio. Aunque con una intensidad menor, esta controversia puede también plantearse en los ordenamientos de *civil law*, pues distinguen entre el reconocimiento de derechos subjetivos y el otorgamiento de acciones para la defensa de sus pretensiones, véase Daniel FRIEDMANN (2005), “Rights and Remedies”, en Nili COHEN y Ewan MCKENDRICK (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, pp. 3-17. Sobre los diversos significados del término “remedy”, véase Peter BIRKS (2000), “Rights, Wrongs and Remedies”, 20 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 1-37.

²³ Lon L. FULLER y William R. PERDUE (1936), “The Reliance Interest in Contract Damages: 1”, 46 *Yale Law Journal*, pp. 53-57.

contractual, aunque haya recibido críticas tales como la de Daniel FRIEDMANN, quien echa en falta en la enumeración de FULLER y PERDUE el único interés contractual puro del acreedor, el cumplimiento (*performance interest*)²⁴; y la de Richard CRASWELL, quien propone una clasificación en función del nivel de compensación de la parte agraviada que permite ampliar el elenco de remedios.

La clasificación propuesta por CRASWELL es la siguiente²⁵:

- (i) En primer lugar, aquellos remedios cuyo nivel de compensación se sitúa por encima de la indemnización del daño a la expectativa: los pactos de liquidación anticipada, los daños punitivos y el coste de ejecución de la prestación superior a la valoración subjetiva del acreedor.

²⁴ Daniel FRIEDMANN (1995), “The Performance Interest in Contract Damages”, 111 *The Law Quarterly Review*, pp. 629-632, que reconoce el impacto terminológico del trabajo de FULLER y PERDUE en la jurisprudencia y la doctrina científica estadounidenses, aunque su planteamiento nunca haya sido plenamente aceptado por los tribunales porque, en la práctica judicial, el término “*expectation interest*” refiere el derecho del acreedor perjudicado a recuperar el valor del cumplimiento del contrato. Por ello, FRIEDMANN considera que el uso de dicha expresión es desafortunado y propone el término “*performance interest*”.

²⁵ Richard CRASWELL (2000), “Against Fuller and Perdue”, 67 *University of Chicago Law Review*, pp. 154-161. El mismo autor reconoce que la categorización propuesta es quizás obvia, pero más flexible, operativa y realista que la de FULLER y PERDUE porque incorpora aquellos remedios que proporcionan al perjudicado una compensación superior a la indemnización del daño a la expectativa. Curiosamente, entre tales remedios supracompensatorios, la clasificación de CRASWELL incluye los daños punitivos, un remedio propio de la responsabilidad extracontractual en los ordenamientos de *common law*, véase Pablo SALVADOR CODERCH (2000), “Punitive Damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, pp. 139-152.

- (ii) En segundo lugar, los remedios cuyo nivel de compensación se aproxima a la indemnización del daño a la expectativa: combinaciones de restitución e indemnización del daño a la confianza, que pueden incluso superar la indemnización del daño a la expectativa.
- (iii) Por último, los remedios que proporcionarían al acreedor perjudicado un nivel de compensación inferior: la restitución, la indemnización del daño a la expectativa y la indemnización del daño a la confianza sujeta a restricciones tales como la previsibilidad, el deber de mitigación o el carácter no indemnizable de determinadas partidas.

1.3.1. Restitución y *disgorgement*

La restitución es un remedio monetario que consiste en la reversión al acreedor perjudicado de las transferencias de valor que realizó el deudor, esto es, la contraprestación (precio o renta) y cualquier otro bien entregado con ocasión del contrato. Por tanto, su finalidad es la devolución al acreedor de los desplazamientos patrimoniales llevados a cabo en beneficio del deudor²⁶.

La reintegración de tales transferencias de valor conduce a un resultado ineficiente, puesto que no relaciona el coste de la prestación

²⁶ James EDELMAN (2002), *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, Oxford, pp. 66-68.

(c) con la valoración del acreedor (v). El deudor optará por incumplir siempre que el coste que para él supone la prestación (c) sea inferior a la contraprestación estipulada (p). El incumplimiento satisfará $c > p$ en lugar de la condición fijada para el incumplimiento eficiente, $c > v$.

Ahora bien, un remedio distinto a la restitución es el *disgorgement*, puesto que consiste en el abono al acreedor de la ganancia neta obtenida con el incumplimiento (*disgorgement damages*) y no únicamente de las transferencias de valor que el deudor recibió del acreedor²⁷.

La reversión del enriquecimiento varía el resultado, pues el desembolso al acreedor de la totalidad de las ganancias sitúa el nivel de cumplimiento por encima del óptimo. Esta regla desincentiva incumplimientos eficientes porque obliga al deudor a transferir al acreedor el excedente derivado de conductas alternativas a la ejecución de la prestación, incluso aunque el excedente rebase v . Los beneficios resultantes del incumplimiento eficiente del deudor son captados por el acreedor. El *disgorgement* retrae en exceso incumplimientos eficientes y, a su vez, induce en el acreedor una confianza excesiva en el cumplimiento del contrato²⁸. Asimismo, la supresión de incentivos al incumplimiento unilateral fuerza al contratante que quiere incumplir a renegociar el contrato²⁹.

²⁷ *Idem*, p. 72.

²⁸ Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007), *op. cit.*, p. 116.

²⁹ Daniel FRIEDMANN (1989), *op. cit.*, pp. 7-8, opina que dicho efecto es positivo porque reduce los costes de transacción ligados a la resolución judicial de conflictos.

El *disgorgement* debería limitarse a comportamientos que deseen disuadirse con absoluta certeza: incumplimientos engañosos, maliciosos u oportunistas³⁰. Aun en estos casos, la literatura económica advierte de los riesgos de errores de cálculo en la cuantificación del enriquecimiento³¹, puesto que una cuantificación al alza del mismo se traduciría en una transferencia arbitraria de riqueza con visos de sanción en perjuicio del incumplidor.

Ora por defecto ora por exceso, restitución y *disgorgement* son remedios que no alcanzan el nivel óptimo de cumplimiento, porque tanto la restitución de las transferencias de valor recibidas del acreedor como la pérdida de la ganancia neta derivada del incumplimiento provocan que el deudor actúe sin maximizar el bienestar social.

1.3.2. Indemnización del daño a la confianza o al interés contractual negativo (*reliance damages*)

La indemnización del interés contractual negativo persigue devolver al acreedor perjudicado por el incumplimiento a la situación en que se

³⁰ En este sentido, Andrew KULL (1994), “Restitution as a Remedy for Breach of Contract”, 67 *Southern California Law Review*, pp. 1482-1483, advierte del uso punitivo que este remedio podría tener y que debería tener si la condena moral al incumplimiento contractual fuera tenaz. En contra, Richard CRASWELL (2000), *op. cit.*, p. 142, opina que los tribunales son propensos a valorar con generosidad los beneficios del deudor si el incumplimiento que éste comete es engañoso, malicioso u oportunista.

³¹ Según A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (1994), “Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?”, 10 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 427-437, si hay errores en la cuantificación y no pueden anticiparse, tanto bajo una regla de responsabilidad por culpa como de responsabilidad objetiva, la reparación del daño a la víctima es un remedio preferible a la restitución del enriquecimiento.

hubiera encontrado si el contrato no se hubiese celebrado. Esta indemnización comprendería los costes incurridos por el acreedor con ocasión del contrato que fueran irrecuperables, esto es, las inversiones específicas o su pérdida de valor³². Incluso, la versión extrema de este remedio llegaría a cubrir el coste de oportunidad derivado de haber contratado con el deudor que incumple, proporcionando al acreedor insatisfecho la utilidad equivalente a la que hubiera obtenido con el mejor contrato alternativo al tiempo de celebrar el contrato incumplido, es decir, el siguiente mejor contrato posible, pero nunca un contrato más ventajoso que el celebrado³³.

Entre las variables enunciadas, el montante de la indemnización depende en buena medida del valor de las inversiones específicas y, en exclusiva, si el deudor oferta prestaciones homogéneas en mercados perfectamente competitivos, puesto que no habría coste de oportunidad si los competidores del deudor ofrecen la misma prestación a idéntico precio³⁴, o bien si nos ceñimos a la versión más restrictiva de este remedio indemnizatorio.

³² “Inversión específica” es aquélla que carece de todo valor fuera del contexto en que se ha realizado o decrece sustancialmente, véase Hans-Bernd SHÄFER y Klaus OTT (2004), *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward-Elgar, Cheltenham, pp. 94-95.

³³ La pérdida de un contrato más ventajoso que el celebrado no sería indemnizable bajo la versión extrema de este remedio, pues ello no repararía el coste de oportunidad del acreedor perjudicado, sino que mejoraría su posición respecto a su punto de partida inicial. Véase Robert COOTER y Thomas ULEN (2012), *Law & Economics*, 6ª ed., Addison Wesley, Boston, pp. 311-313, quienes comparan y ejemplifican las dos versiones de *reliance damages*.

³⁴ Sobre la equivalencia entre la indemnización del interés contractual negativo y la del positivo bajo tales condiciones, véanse, por todos, Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, p. 41, nota al pie 32; y, en particular, Robert COOTER y Melvin A. EISENBERG (1985), “Damages for Breach of Contract”, 73 *California Law Review*, p. 1441.

El valor de las inversiones específicas (r) puede ser incierto en el momento de contratar, aunque su máximo siempre será inferior a v , pues el acreedor debe abonar también el precio (p) y, por tanto, inversión específica y precio no superarán la valoración que el acreedor asigne a la prestación. En el extremo, $v = r + p$, aunque el acreedor sólo resulta beneficiado del cumplimiento del contrato si $v > r + p$.

El deudor incumplirá si $c > r + p$, razón por la cual los incentivos a incumplir del deudor son excesivos bajo este remedio³⁵, ya que difícilmente el acreedor pagará un precio p y llevará a cabo una inversión específica r tales que sumadas equivalgan a su valoración de la prestación (v).

De nuevo, estamos ante un remedio jurídico inadecuado para asegurar el comportamiento eficiente del deudor, porque no relaciona el coste de la prestación (c) con el valor que la misma tiene para el acreedor (v), sino con la magnitud de las inversiones específicas realizadas por el acreedor (r)³⁶, quien tiene en sus manos un recurso para encarecer el coste del incumplimiento y promover así la realización de la prestación por el deudor, aunque ello no significa que el acreedor promueva cumplimientos en los que $c > v$, puesto que, en el extremo, la suma de r y p igualará v .

³⁵ En este sentido, Steven SHAVELL (1998), *op. cit.*, p. 442; y Thomas J. MICELI (2009), *op. cit.*, p. 111.

³⁶ El deudor también puede llevar a cabo inversiones específicas, lo que analíticamente sólo tiene como consecuencia un aumento del coste de la prestación.

A fin de evitar que el acreedor mediante el aumento de r fomente el cumplimiento de contratos que respetarían $c > v$, pero que resultarían socialmente ineficientes porque la inversión específica acometida supera la socialmente óptima, los contratantes podrían estipular un nivel de inversión determinado $(r^*)^{37}$ e incluso los tribunales podrían establecer el nivel óptimo de inversión $(r^{**})^{38}$. Ambas soluciones impedirían inversiones específicas del acreedor deliberadamente altas, aunque en el caso de la indemnización del daño a la confianza esta vía corrige al alza el bajo nivel de cumplimiento del deudor.

1.3.3. Indemnización del daño a la expectativa o al interés contractual positivo (*expectation damages*)

La indemnización al interés contractual positivo pretende la reparación integral del derecho de crédito lesionado. La finalidad de este remedio es llevar al acreedor a la misma situación en que se hubiera encontrado si el deudor hubiera ejecutado la prestación.

Esta regla indemnizatoria maximiza el bienestar de ambos contratantes porque es la única que vincula la conducta del deudor, que actúa guiado por el coste de la prestación (c), a la utilidad cuantificable de su destinatario, el acreedor. La indemnización del daño a la expectativa proporciona al deudor los incentivos correctos para que cometa incumplimientos eficientes, puesto que la indemnización a percibir por

³⁷ Steven SHAVELL (1998), *op. cit.*, p. 442.

³⁸ Véase un modelo matemático para la fijación del nivel óptimo de inversión (r^{**}) en Thomas J. MICELI (2009), *op. cit.*, pp. 112-116.

el acreedor es la diferencia entre su valoración de la prestación y el precio ($d = v - p$). Así, el deudor incumplidor internaliza los costes derivados de su decisión de incumplir el contrato y, por consiguiente, sólo incumplirá cuando el incumplimiento es socialmente deseable³⁹.

Sin embargo, el funcionamiento óptimo de este remedio descansa en el presupuesto teórico de que los tribunales son capaces de cuantificar con exactitud el daño sufrido por el acreedor a resultas del incumplimiento. El carácter inverificable del valor de la prestación para el acreedor (v) impide la correcta determinación del daño por los tribunales⁴⁰. Y ello, con independencia de los costes asociados a la prueba en juicio y de las restricciones legales a la compensación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento en los distintos ordenamientos, sobre todo el requisito de previsibilidad, el deber de mitigación y la falta de indemnizabilidad de partidas concretas (por ejemplo, el daño moral o el daño puramente económico).

En consecuencia, la indemnización del daño a la expectativa es un remedio que también es fuente de incumplimientos ineficientes, puesto que los errores judiciales en la determinación del daño desdibujan la relación entre el coste de realización de la prestación y la valoración del acreedor.

³⁹ Véase Thomas J. MICELI (2009), *op. cit.*, pp. 110-111.

⁴⁰ Steven WALT (2011), “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, en Gerrit DE GEEST (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2ª ed., vol. 6, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 181-182. De hecho, la imposibilidad de determinar el valor de la prestación por el acreedor es un argumento que ha sido empleado a favor de que el cumplimiento forzoso sustituya a la indemnización del daño a la expectativa como remedio general contra el incumplimiento en los ordenamientos de *common law*, véase Thomas S. ULEN (1984), “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, 83 *Michigan Law Review*, pp. 358-403.

1.3.4. Cumplimiento forzoso o en forma específica (*specific performance*)

El cumplimiento forzoso o en forma específica es un remedio en virtud del cual el acreedor obtiene un pronunciamiento judicial que obliga al deudor a la ejecución de la prestación debida en los términos pactados en el contrato. Este remedio produce el resultado más alejado del que habría logrado el contrato completo: la realización de la prestación en todo caso, salvo imposibilidad legal o material, sin tener en cuenta el coste en que incurre el deudor (*c*) ni la valoración de la misma por el acreedor (*v*).

En un escenario más realista, en que la renegociación sea posible y los errores judiciales ocurran, el cumplimiento forzoso es un remedio idóneo para maximizar el bienestar social en la medida que induce a un mayor grado de cumplimiento, aunque no íntegro. De forma parecida a lo que sucedía con las inversiones específicas en la indemnización del daño a la confianza, que quedaban a merced del acreedor, la amenaza de instar la ejecución también desequilibra a su favor el poder de negociación de las partes, atrayendo el acreedor una mayor porción del excedente derivado de la no ejecución de la prestación inicialmente pactada⁴¹.

⁴¹ Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007), *op. cit.*, pp. 117-118.

Sin embargo, con anterioridad, los analistas económicos del Derecho siempre habían negado que el cumplimiento forzoso pudiera ser un remedio socialmente deseable, argumentando que la eficiencia de los remedios monetarios era mayor⁴². Ahora bien, según SHAVELL, hay que diferenciar entre los contratos de transferencia de bienes y los contratos para la producción de un bien o servicio. En los primeros, el cumplimiento forzoso es un remedio superior, ya que los costes de renegociación son bajos porque el acreedor tiene acceso a ofertas de terceros. Por el contrario, en los contratos para la producción de un bien o servicio, los costes de renegociación son mucho mayores si la causa del incumplimiento es un aumento del coste de producción de la prestación, eventualidad que hace que la indemnización del daño a la expectativa sea el remedio socialmente más desesable⁴³. Con todo, la postura más recelosa respecto al análisis económico del Derecho combate esta distinción, pues no es posible afirmar ni negar la

⁴² Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED (1972), “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, 6 *Harvard Law Review*, pp. 1089-1128, dejaron patente esta postura en la que se considera el artículo fundacional del *Law and Economics*, pues tan solo las reglas de responsabilidad (“*liability rules*”) —en nuestro caso, los remedios monetarios— operarían sin necesidad de justificación adicional, a diferencia del resto de reglas, de propiedad (“*property rules*”) e inalienabilidad (“*inalienability rules*”), tal y como sucedería con el cumplimiento forzoso por tratarse de una regla de propiedad. Véase Lionel SMITH (2005), “Understanding Specific Performance”, en Nili COHEN y Ewan MCKENDRICK (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, pp. 224-225, autor que concluye que los analistas económicos del Derecho no han dado todavía una respuesta satisfactoria al respecto, con cita de la literatura económica más relevante sobre cumplimiento forzoso (nota al pie 17). En este sentido, aunque en términos más generales, Eric A. POSNER (2003), “Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?”, 112 *Yale Law Journal*, p. 830, lamenta que el análisis económico no haya elaborado una teoría económica completa sobre Derecho de contratos y que tampoco pueda llegar a elaborarla (“*economic analysis has failed to produce an “economic theory” of contract law, and does not seem likely to be able to do so*”).

⁴³ Steven SHAVELL (2006), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, 84 *Texas Law Review*, pp. 831-876.

eficiencia del cumplimiento forzoso como remedio frente al incumplimiento en ausencia de evidencia empírica sobre los costes de transacción⁴⁴, a pesar de que los costes de supervisión asociados al control de calidad son innegables, sin obviar los efectos negativos de una conducta contractual forzada⁴⁵.

2. El remedio negociado frente al incumplimiento: la cláusula de liquidación anticipada del daño

La cláusula de liquidación anticipada del daño es un remedio monetario frente al incumplimiento contractual que constituye una variante respecto a la indemnización de daños y perjuicios porque tiene su origen en la voluntad de las partes, a diferencia del resto de remedios hasta ahora examinados.

En ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes pueden fijar una indemnización de daños y perjuicios en previsión de un incumplimiento del contrato, típicamente el pago de una cantidad de dinero, sustrayendo a los tribunales la valoración del daño con arreglo

⁴⁴ Lionel SMITH (2005), *op. cit.* pp. 225 y 232-233, quien defiende el cumplimiento forzoso porque permite que la satisfacción del interés del acreedor vaya más allá de la reparación del derecho de crédito lesionado e impide el oportunismo del deudor, pues este remedio le priva del incremento de valor de la prestación, ya que no habría conducta alternativa posible. Ahora bien, no hay duda de que el cumplimiento forzoso es una barrera infranqueable al incumplimiento eficiente.

⁴⁵ En este sentido, Andrew BURROWS (1994), *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 2ª ed., Butterworths, Londres, pp. 353-358; Steven SHAVELL (2006), *op. cit.*, p. 876; y Fernando GÓMEZ POMAR (2007), *op. cit.*, pp. 25-26.

a los estándares legales o jurisprudenciales aplicables en lo relativo a la irrogación y cuantía del perjuicio.

La función esencial de la cláusula de liquidación anticipada del daño común a todos los ordenamientos jurídicos es la determinación *ex ante* de la responsabilidad contractual (función liquidatoria). Asimismo, algunos ordenamientos permiten que esta reglamentación privada suponga además una agravación de la responsabilidad del deudor para estimular el cumplimiento (función coercitiva). La cláusula que aúna ambas funciones, liquidatoria y coercitiva, recibe en Derecho español la denominación de “cláusula penal” (artículos 1152-1155 CC y 56 CCom). La cláusula penal es admitida generalmente por los sistemas jurídicos de Derecho continental o *civil law*, mientras que los sistemas de *common law* son mucho más restrictivos con las estipulaciones que tienen por finalidad la coacción del deudor, al promover el cumplimiento *in natura* de la obligación y no por equivalente pecuniario.

Por ello, el término “cláusula de liquidación anticipada del daño” alude en esta obra a cualquier pacto de liquidación del daño derivado del incumplimiento, con el objeto de no circunscribir el análisis a un ordenamiento jurídico concreto.

Este apartado adapta el modelo elaborado por AYRES y GERTNER, de un lado, y BEBCHUK y SHAVELL, de otro, sobre la regla de limitación de la responsabilidad a los daños previstos y previsibles⁴⁶, reformulado

⁴⁶ Ian AYRES y Robert GERTNER (1989), “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, 99 *Yale Law Journal*, pp. 87-130; Lucian Ayre

en nuestra doctrina por GÓMEZ POMAR para examinar el artículo 1107 CC⁴⁷. El propósito es explicar el soporte y los efectos de la cláusula de liquidación anticipada del daño en relación con las reglas alternativas de carácter dispositivo que resultan de aplicación para la determinación del importe de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

La finalidad del estudio es comprobar si la cláusula de liquidación anticipada del daño sirve a la eficiencia o, en otras palabras, si es un remedio que aproxima la conducta de las partes bajo un contrato incompleto a la que lograría un contrato completo. El análisis se enmarca fundamentalmente en un contexto en que la prestación a cargo del deudor es la producción de un bien o servicio (entre otros, los contratos de obra y de arrendamiento de servicios), puesto que en aquellos contratos de mera transferencia de la propiedad o el uso de bienes (compraventa y arrendamiento) la revelación de información por el acreedor acerca de su valoración de la prestación o sensibilidad frente al incumplimiento (*v*) es mucho menos relevante porque afecta en menor medida al comportamiento del deudor, quien ya ha incurrido el coste de producción (*c*) y no tiene posibilidad de

BEBCHUK y Steven SHAVELL (1991), “Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale”, 7 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 284-312; y Ian AYRES y Robert GERTNER (1992), *op. cit.*, pp. 729-773. Ambos modelos, muy similares en cuanto a su planteamiento y resultados, parten del famoso caso inglés *Hadley v. Baxendale* 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854): un molinero de Gloucester encarga a un porteador que transporte un eje de su molino para que sea reparado en Greenwich, el envío se retrasa y el molinero reclama al porteador el lucro cesante por el tiempo que el molino estuvo inoperativo, pero según el tribunal este daño no es indemnizable por no ser previsible por el deudor en el momento de contratar.

⁴⁷ Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, pp. 52-77.

acomodar la obra o servicio ejecutado a las especificidades de su destinatario.

La pregunta a la que el modelo pretende responder es la siguiente: ¿la cláusula de liquidación anticipada del daño logra la transmisión de información contractualmente relevante en beneficio de ambos contratantes?

2.1. Descripción del modelo económico básico

En el mundo real cada deudor se enfrenta a la heterogeneidad de los potenciales acreedores en cuanto a sus valoraciones individuales de la prestación. La valoración individual de la prestación es una información privada que, si es revelada por el acreedor antes de la celebración del contrato, posibilita que el deudor acomode los términos del mismo a las características particulares de cada acreedor.

A continuación enunciamos las premisas que simplifican la situación contractual descrita y sobre las que se apoya el modelo económico básico de la cláusula de liquidación anticipada del daño. Las bases del modelo, así como su desarrollo posterior, reproducen los supuestos adoptados por los autores citados (AYRES y GERTNER; BEBCHUK y SHAVELL; y GÓMEZ POMAR): ambas partes son neutrales al riesgo, no padecen sesgos cognitivos, no tienen la posibilidad de renegociar el contrato una vez celebrado y el mercado es perfectamente competitivo. Tales premisas son:

1. Hay dos tipos de acreedores potenciales: unos con una valoración alta de la prestación (v_H) y, en consecuencia, unos daños y perjuicios elevados en caso de incumplimiento – acreedores tipo H-; y otros con una valoración baja de la prestación (v_L) y, por tanto, unos daños y perjuicios menores en caso de incumplimiento –acreedores tipo L-⁴⁸.
2. Obviamente, el acreedor conoce su tipo, pero este dato es información privada que el deudor desconoce por no ser observable al tiempo de celebración del contrato. El deudor sólo conoce la distribución de valoraciones, es decir, la fracción de acreedores que en la población son H (α_H), la cual naturalmente es inferior a 0,5, motivo por el que los acreedores con una valoración baja de la prestación son mayoría.
3. El deudor puede incurrir el coste estricto de realización de la prestación (c_l) o reducir la probabilidad de incumplimiento (ξ) adoptando una precaución adicional moderada o alta, lo cual tiene un reflejo en el coste de la prestación. Así, el coste de la prestación puede tomar respectivamente tres valores: c_1 , el estricto, con ξ_1 ; c_2 , el moderado, con ξ_2 ; y c_3 , el alto, con ξ_3 . En el bien entendido que $\xi_1 > \xi_2 > \xi_3$.

⁴⁸ La valoración de la prestación por el acreedor y su sensibilidad frente al incumplimiento puede explicarse por razones tanto objetivas como subjetivas, es decir, porque la prestación tenga para un acreedor concreto una trascendencia económica especial o, sencillamente, porque otorgue a su ejecución correcta un valor superior que el común de los acreedores. Ahora bien, la mayor magnitud de v y el consiguiente mayor volumen de daños no obedecen a una probabilidad de incumplimiento más alta imputable a la conducta del acreedor.

4. El deudor podría ofrecer a cada acreedor un “menú de contratos” formado por dos opciones: un contrato con un precio y una indemnización de daños ambos elevados (P_H , D_H), y otro con un precio bajo y una indemnización de daños también menor (P_L , D_L).

En teoría de juegos, el modelo explicado es uno de información asimétrica con *screening*, pues la parte no informada (el deudor) actúa primero y, en respuesta a dicha acción, el jugador con información privada (el acreedor) revela o no su tipo⁴⁹. En los apartados siguientes serán añadidos factores de complicación, por ejemplo, la aversión al riesgo de los contratantes, el poder de mercado de uno de ellos y la posibilidad de renegociación del contrato.

2.2. El resultado eficiente

En un contexto de información perfecta, en que el deudor conociera el tipo de acreedor con el que contrata, el resultado eficiente consistiría en que, por un lado, éste celebrase con los acreedores H un contrato

⁴⁹ Este modelo difiere del esbozado por Samuel A. REA, Jr. (1984), “Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages”, 13 *Journal of Legal Studies*, pp. 156-158, que siguiendo la aproximación de Richard A. POSNER (2014), *Economic Analysis of Law*, 9ª ed., Aspen, Nueva York, pp. 140-144, presenta la cláusula de liquidación anticipada del daño como un mecanismo de señalización de la fiabilidad del deudor en vez de una herramienta para discriminar en precios. Asimismo, este modelo difiere de los modelos de Lars A. STOLE (1992), “The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information”, 8 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 582-606, y Alan SCHWARTZ (1990), “The Myth That Promises Prefer Supercompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures”, 100 *Yale Law Journal*, pp. 369-407, pues en ambos modelos de información asimétrica el deudor (vendedor) tiene poder de mercado.

(P_H, D_H) e incurriese en c_3 y, por otro lado, con los acreedores L celebrase un contrato (P_L, D_L) e incurriese en c_1 .

No obstante, a falta de identificación por los propios acreedores, la estrategia de un deudor racional es la de emplear su conocimiento sobre la distribución de las valoraciones y formalizar con el acreedor aleatorio un contrato fruto de una combinación ponderada:

$$(P^*, D^*) = \alpha_H \cdot (P_H, D_H) + (1 - \alpha_H) \cdot (P_L, D_L)$$

(P^*, D^*) conlleva asimismo la elección por el deudor de c_2 , el coste moderado de la prestación. Este resultado dista del que sería alcanzado con información perfecta, a pesar de ser el que maximiza el bienestar conjunto de los contratantes si el deudor ignora el tipo al que pertenece el acreedor con el que contrata. El resultado de una única oferta contractual es un equilibrio agrupador, que no distingue entre acreedores de una y otra clase. Todos los acreedores pagan un mismo precio (P^*) y son resarcidos en caso de incumplimiento por el daño estadísticamente previsible (D^*) , resarcimiento que para algunos supone una sobrecompensación $(D^* > D_L)$ y para otros una infracompensación $(D^* < D_H)$. La consecuencia más grave de la adopción generalizada de (P^*, D^*) es la pérdida de eficiencia generada por la acumulación de cumplimientos ineficientes, ya que el deudor soportará un coste superior a la valoración de la prestación por parte de una fracción $1 - \alpha_H$ de acreedores ($c_2 > v_1$).

2.3. Reglas dispositivas aplicables en defecto de pacto de liquidación del daño

En defecto de pacto de los contratantes (D^* , D_H o D_L), dos son las principales reglas aplicables a la determinación de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual: la de limitación de la responsabilidad a los daños previstos o previsibles y la de responsabilidad plena. Cabe añadir una tercera regla, vigente en la actualidad en la mayoría de sistemas jurídicos para determinadas clases de daños, el baremo o tasación legal del importe de la indemnización mediante la asignación de un valor monetario único, una horquilla de valores o una fórmula de cálculo basada en variables objetivas⁵⁰.

2.3.1. Regla de responsabilidad limitada a los daños previstos o previsibles

La limitación de la responsabilidad del deudor a los daños previstos o previsibles en el momento de contratar encuentra su apoyo en la necesidad de que éste sopesa las consecuencias que se derivarían de un eventual incumplimiento a fin de desistir de la celebración del contrato o aumentar el monto de la contraprestación si estima que el riesgo que asume es excesivo⁵¹.

⁵⁰ Definición de “baremo” en materia de responsabilidad civil extracontractual según Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA (2006), “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación y por prisión indebida”, *InDret* 3/2006, p. 4, también extensible al campo puramente contractual.

⁵¹ Véase Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “El sistema de responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 3, pp. 1027-1030.

El juicio de previsibilidad abarca el tipo y la cuantía de los daños que el incumplimiento de la obligación contraída puede irrogar al acreedor⁵². El deudor contará para dicho juicio con la contextualización de la prestación por las exigencias de la buena y los usos del sector en el opere, pero además y de manera primordial con la información explícitamente suministrada por el acreedor. Sin la segunda fuente de información, el daño previsible se identifica con el daño usual o habitual, aquél que experimentarían la mayoría de acreedores en la misma relación contractual.

Esta noción de “daños previsibles” es la dominante en los sistemas jurídicos occidentales⁵³ y, aplicada a nuestro sencillo modelo, conlleva

⁵² Así lo entiende Ángel CARRASCO PERERA (1989), “Comentario al artículo 1.107”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, p. 747, para quien el juicio de previsibilidad también comprende la cuantía a efectos de que el deudor pueda determinar el alcance de su responsabilidad por daños: “en circunstancias normales, el riesgo de cuantía desproporcionada no resultaba previsible en el sentido del artículo 1.107”. En relación con el artículo 1107 CC, Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), *op. cit.*, pp. 1037-1038, sostenía lo contrario, si bien admitía que el quantum indemnizatorio era moderable por el tribunal en virtud del artículo 1103 CC. Aunque, respecto al artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, este mismo autor (1998), “Artículo 74”, en Luis DÍEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, p. 606, interpretó que el juicio de previsibilidad se proyecta igualmente sobre la cuantía: “Es claro, en fin, frente a las discusiones que la cuestión ha suscitado en los Derechos nacionales, que la previsibilidad deberá abarcar no sólo la causa exacta del daño o su tipo o clase, sino también la *entidad cuantitativa* (no ya la exacta cuantía) del mismo (...)”.

⁵³ En Derecho español, ésta es la interpretación mayoritaria del artículo 1107 CC, tal y como recoge Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2013), “Artículos 1094 a 1107”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 1518-1519; y la que se desprende de los artículos 1150 del Código Civil francés, según François JACOB *et alii* (2007), *Code Civil*, 106ª ed., Dalloz, París, p. 1183, y 1225 del Código Civil italiano, según Alessio ZACCARIA (2008), “Dell’inadempimento delle obbligazioni”, en Giorgio CIAN y Alberto TRABUCCHI,

que la indemnización por incumplimiento percibida por los acreedores sea la que se corresponde con la valoración mayoritaria de la prestación ($\alpha_H < 0,5$), es decir, D_L , el montante asociado a la valoración baja de la prestación.

En ausencia de revelación del tipo por el acreedor, en consonancia con el criterio de la mayoría, todos los acreedores pagan el mismo precio (P_L)⁵⁴ y reciben idéntica indemnización en caso de incumplimiento que, a falta de pacto, será D_L , pues así lo determina la regla dispositiva arriba enunciada⁵⁵. Regla que no ofrece incentivos suficientes a los acreedores con una valoración baja de la prestación para que se identifiquen, ya que no les reporta ningún beneficio adicional. Por tanto, esta clase de acreedores se mostrará indiferente a identificarse o, incluso, si revelar su tipo les supusiera el más mínimo coste de transacción, aunque fuera ínfimo, no lo harían. Pensemos, por ejemplo, en costes nimios como el simple hecho de comunicar su tipo al deudor o el de redacción de una nueva cláusula para el contrato, los

Comentario breve al Codice Civile, 9ª ed., CEDAM, Pádua, pp. 1253-1254, respectivamente. También en los sistemas de *common law*: en Derecho inglés, G. H. TREITEL (2011), *The Law of Contract*, 13ª ed., revisada y actualizada por Edwin PEEL, Sweet & Maxwell, Londres, § 20-103, pp. 1051-1052, expone la exégesis que los tribunales hacen hoy en día de la regla decimonónica de *Hadley v. Baxendale*, siendo indemnizables sólo los daños razonablemente previsibles; y, de igual modo, según E. Allan FARNSWORTH (2004), *Contracts*, 4ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, pp. 795-796, los tribunales estadounidenses equiparan el daño contractual resarcible al daño usual, aquél que el deudor incumplidor previó o pudo haber previsto al tiempo de celebración del contrato.

⁵⁴ En un escenario de competencia perfecta, P_L iguala la suma de c_l más el coste esperado de incumplir ($\xi_1 \cdot D_L$).

⁵⁵ La estructura competitiva que caracteriza al modelo, la competencia perfecta, impide que el deudor se adueñe del excedente del acreedor, ya que el deudor que lo hiciese sería expulsado del mercado porque en él concurren multiplicidad de oferentes de la prestación sin capacidad de influir en el precio, lo que la teoría económica califica de precio aceptante.

cuales implicarán que los acreedores con una valoración baja de la prestación no se identifiquen.

Por otro lado, los acreedores con una valoración alta de la prestación revelarán su tipo, insatisfechos por la indemnización que les atribuye la regla de defecto, porque están dispuestos a pagar un precio superior para asegurarse una indemnización por incumplimiento más cuantiosa (D_H) y la adopción por el deudor del nivel de precaución más elevado con el consiguiente coste (c_3). Sin embargo, la autoidentificación, comportamiento en principio beneficioso para ambos contratantes, choca con el escollo de los costes de transacción, cuyo volumen podría impedir la salida del contrato común a uno y otro tipo de acreedores. Si los acreedores con una valoración alta de la prestación proceden a identificarse, por exclusión, los acreedores con una valoración baja quedan igualmente identificados, quienes celebrarían el mismo contrato si la magnitud de los costes de transacción forzara a los primeros a permanecer en silencio.

La revelación de información por parte de los acreedores con una valoración alta de la prestación consigue el óptimo social, pues el deudor abandonará la uniformidad y adoptará en cada caso el nivel de precaución eficiente, c_1 o c_3 , en función del tipo de acreedor con que contrate. Éste es un resultado sin duda superior en términos de eficiencia a la contratación basada en el conocimiento hipotético de la probabilidad de acreedores de una y otra clase (α_H), consistente en que el deudor estipule (P^* , D^*) con cualquier acreedor. La regla de limitación de la responsabilidad contractual a aquellos daños previstos o previsibles induce a los acreedores a generar un escenario de

información perfecta mutuamente ventajoso. El único obstáculo a la creación de este entorno son unos costes de transacción demasiado elevados que resten atractivo a autoidentificarse a los acreedores con una valoración superior de la prestación.

2.3.2. Regla de responsabilidad contractual ilimitada

La responsabilidad plena o ilimitada es la segunda regla de defecto aplicable a la determinación de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato en aquellos ordenamientos en que rige sin cortapisas el principio de reparación integral del daño contractual⁵⁶.

Aplicada a nuestro modelo, esta regla opera un cambio radical en los incentivos a la revelación del tipo de los acreedores. Sin posibilidad de discriminar en precios por el desconocimiento de la clase de acreedor con el que contrata, el deudor fija P*, el precio calculado con base en

⁵⁶ La regulación vigente en Derecho alemán es especialmente significativa: el último inciso del § 252 BGB, relativo al lucro cesante, alude a la ganancia que podía ser verosímilmente esperada (*“mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“*), referencia que según, mg. 5, p. 298, no impone una limitación material del daño contractual indemnizable, sino que tan solo establece una facilidad probatoria a favor del acreedor perjudicado. Ahora bien, el § 254.II BGB atempera la regla de responsabilidad contractual plena en Derecho alemán, pues obliga al acreedor a informar al deudor del peligro de un gran daño inusual (*“Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens“*) con posterioridad a la celebración del contrato, la infracción de este deber de información comporta la contribución a la causación del daño y la aplicación de la concurrencia de culpas. La finalidad del precepto no es informar a una parte que afronta la disyuntiva entre contratar y no contratar, sino al deudor que afronta la de cumplir o incumplir un contrato ya celebrado. Este régimen no encaja con la concepción del contrato como la asunción de un riesgo: la mera revelación de información no previsible aumenta *ex post* el monto por el que el deudor responde, sin que tenga derecho a exigir del acreedor un incremento de la contraprestación pactada, véase Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), *op. cit.*, pp. 1028-1029.

el conocimiento hipotético de la probabilidad que un acreedor tenga una valoración alta de la prestación (α_H)⁵⁷, y, a falta de pacto de liquidación de daños, en caso de incumplimiento serán resarcidos los daños que cada acreedor experimente, ya sea D_H o D_L .

Por ello, bajo la regla de responsabilidad ilimitada, los acreedores más sensibles al incumplimiento no tienen incentivo alguno para revelar su tipo al deudor, pues sin necesidad de pagar un precio superior obtienen el resarcimiento íntegro del daño contractual a costa del sobreprecio cargado a los acreedores menos sensibles, quienes subsidian la indemnización percibida por el otro grupo. El grupo mayoritario sí que tiene motivos para comunicar su tipo al deudor y evitar así sufragar un coste de la prestación mayor al deseado – c_1 en lugar de c_2 – y una indemnización más cuantiosa de la que nunca serán beneficiarios. Como sucedía en el escenario anterior, la identificación de un colectivo comporta, por exclusión, la de los miembros no pertenecientes al mismo.

De nuevo, el esquema de precio y nivel de precaución uniformes quiebra y el deudor negocia con cada tipo un contrato distinto en cuanto al precio y nivel de precaución. De este modo, la autoidentificación de los acreedores con una valoración baja de la prestación logra el óptimo social. Desde la perspectiva del bienestar social, más allá de eliminar las transferencias internas de recursos (de un grupo a otro de acreedores), que son irrelevantes en términos de eficiencia, la identificación permite el ahorro de costes de precaución

⁵⁷ Nótese que $P^* = c_2 + \xi_2 [\alpha_H \cdot D_H + (1 - \alpha_H) \cdot D_L]$.

desproporcionados, ahorro sólo neutralizable por la envergadura de los costes de transacción asociados a la comunicación del tipo.

La regla de responsabilidad contractual plena conduce en apariencia al mismo resultado que la regla de responsabilidad limitada: la sustitución del contrato uniforme por contratos diferenciados según el tipo de acreedor con el que el deudor contrate. Ahora bien, la regla de responsabilidad limitada produce este resultado a menor coste, pues promueve la identificación del grupo minoritario de acreedores, aquéllos con una valoración superior de la prestación, razón por la cual los costes de transacción totales son inferiores al autoidentificarse un número más reducido de sujetos y quedar identificado por exclusión el grupo mayoritario⁵⁸.

2.3.3. Baremo del daño contractual

⁵⁸ Este argumento a favor de la regla de responsabilidad limitada a los daños previstos o previsibles no sólo es coherente con la segunda de las asunciones del modelo, conforme a la cual los acreedores con una valoración baja de la prestación son mayoría (véase apartado 2.1.) y que es el punto de partida de los trabajos de Ian AYRES y Robert GERTNER (1989), *op. cit.*, p. 112, y Lucian Ayre BEBCHUK y Steven SHAVELL (1991), *op. cit.*, p. 292; sino que además una distribución de valoraciones tal que $\alpha_H > 0,5$ no concordaría con la noción de daño previsible intrínseca a dicha regla, ya que si el daño usual fuera el más alto (D_H) la regla no cumpliría su función genuina de excluir el daño contractual más elevado, siguiendo el razonamiento de Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, pp. 119-120, en respuesta al planteamiento de Eric A. POSNER (2000), “Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation”, en Boudewijn BOUCKAERT y Gerrit DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Edward Elgar, Cheltenham, p. 167, quien postula que, a falta de evidencia empírica, ha de asumirse que $\alpha_H = \alpha_L = 0,5$, asunción que hace irrelevante el grupo que se autoidentifica y disipa la ventaja que presentaba la regla de responsabilidad limitada, siempre y cuando los costes de comunicación de uno y otro grupo sean semejantes.

La tercera alternativa que puede tener cabida en un sistema jurídico para la determinación de la indemnización por responsabilidad contractual en defecto de pacto de los contratantes es una regla de baremación del daño derivado del incumplimiento contractual⁵⁹.

Jesús PINTOS AGER destaca como principales efectos de esta técnica de cuantificación de los daños, siempre y cuando el baremo esté correctamente diseñado, el aumento de la capacidad indemnizatoria de la responsabilidad civil, la optimización del nivel de precaución, la agilización del proceso de liquidación de las indemnizaciones y la disminución de la litigiosidad⁶⁰.

Un baremo del daño contractual (B) fijaría *ex ante* el importe de la indemnización por incumplimiento a percibir por el acreedor perjudicado y su cuantía se correspondería con el valor esperado del daño, en nuestro modelo $B = \alpha_H \cdot D_H + (1 - \alpha_H) D_L$. El deudor

⁵⁹ En Derecho español, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, introdujo un sistema obligatorio de baremos para cuantificar los daños causados en los accidentes de circulación, que hoy está regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (BOE núm. 267, de 5.11.2004) y que actualmente es objeto de revisión. Con independencia de este sistema de baremación de daños extracontractuales, en el ordenamiento español también hay baremos de daños contractuales, que en su mayoría cuantifican el daño derivado del incumplimiento de obligaciones pecuniarias. Así, el interés moratorio (artículos 1108 CC y 7 LMOC), el anatocismo (artículo 1109 CC) y las indemnizaciones por costes de cobro (artículo 8 LMOC), mora culpable del asegurador (artículo 20 LCS), letra impagada o no aceptada (artículos 58 y 59 Ley Cambiaria y del Cheque) y cheque sin fondos (artículos 108 y 149 Ley Cambiaria y del Cheque). Los techos indemnizatorios que limitan la responsabilidad del naviero y del transportista aéreo no constituyen propiamente un baremo, véase Jesús PINTOS AGER (2000), *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas, Madrid, pp. 187-189.

⁶⁰ Para una exposición sucinta de estos efectos en sede de indemnización del daño personal, véase Jesús PINTOS AGER (2000), *op. cit.*, pp. 202 y ss., quien también alude al mercado de seguro y hace una especial referencia al efecto sobre la litigiosidad.

adoptaría el nivel de precaución intermedio (c_2) y P^* ⁶¹, como sucedía bajo la regla de la responsabilidad ilimitada, pues a este respecto el resultado es equivalente para el deudor indemnizar con D_H al porcentaje α_H de acreedores y con D_L a los restantes.

El baremo del daño contractual introduce un efecto nuevo: ahora ambas clases de acreedores tienen incentivos a revelar su tipo al deudor. Los acreedores con una sensibilidad mayor frente al incumplimiento mejoran su utilidad revelando su tipo porque con ello el deudor extrema precauciones (c_3) a cambio de un precio superior (P_H), lo que reduce de manera considerable la probabilidad de incumplir. Por su parte, al identificarse los acreedores menos sensibles al incumplimiento rebajarían el precio, puesto que su utilidad aumenta si el deudor incurre el coste estricto de la prestación (c_1) abaratando así el precio (P_L)⁶².

Sin embargo, como demuestra GÓMEZ POMAR con cifras⁶³, el baremo del daño contractual genera incentivos para la revelación del tipo a los dos grupos de acreedores, pero su fuerza se diluye entre ambos colectivos de modo que dichos incentivos pueden acabar siendo insuficientes. Además, la innecesaria duplicación de costes de transacción asociados a la comunicación del tipo también pone en

⁶¹ Véase nota al pie 57.

⁶² La formulación analítica de P_H y P_L , los mismos precios alcanzados mediante la revelación del tipo conforme a las reglas anteriores (apartados 2.3.1. y 2.3.2.), es la siguiente: $P_H = c_3 + \xi_3 \cdot D_H$ y $P_L = c_1 + \xi_1 \cdot D_L$, respectivamente.

⁶³ Véase Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, quien cuantifica el incremento de utilidad derivado de la sustitución del contrato uniforme por contratos diferenciados en las pp. 79-82 y analiza los pros y los contras del baremo con mayor detenimiento en las pp. 135-142.

jaque la idoneidad del baremo como regla dispositiva en relación con las reglas de responsabilidad contractual antes examinadas. En consecuencia, la regla del baremo se muestra ineficaz para la consecución del equilibrio separador, que consiste en la celebración de contratos diferentes para una y otra clase de acreedor en vez de un contrato uniforme para todos los acreedores (equilibrio agrupador).

2.4. La cláusula de liquidación anticipada del daño como remedio socialmente deseable frente al incumplimiento

En el marco del modelo objeto de análisis, la cláusula de liquidación anticipada del daño consigue la transmisión de información contractualmente relevante en beneficio de ambos contratantes. Para la determinación de la existencia y cuantía del daño contractual, las partes prescinden de los tribunales, cuya función de proporcionar los términos implícitos del contrato ya no es necesaria. Bajo los presupuestos mantenidos hasta ahora (neutralidad al riesgo, racionalidad cognitiva, imposibilidad de renegociación y competencia perfecta) esta cláusula aproxima la conducta de las partes a la que alcanzaría un contrato completo.

La cláusula de liquidación anticipada del daño es un mecanismo de revelación del tipo que, por añadidura, comporta la fijación *ex ante* y de mutuo acuerdo de la indemnización por incumplimiento. Por mucho que la literatura económica califique el pacto de liquidación del daño como un remedio superior a los establecidos en el ordenamiento por

defecto⁶⁴, asumiendo incluso que las partes conocen mejor que cualquier tercero ajeno al contrato los posibles daños derivados del incumplimiento, su estipulación no tiene por qué ser siempre aconsejable. El motivo principal es el coste de valoración *ex ante* del daño, puesto que este coste es menor una vez se ha producido el daño y no se limita a aquellos casos en los que hay un incumplimiento efectivo⁶⁵. Ahora bien, nuestro modelo se caracteriza por que el coste de valoración del daño es cero: cada acreedor conoce su cuantía (D_H o D_L), aunque esta información sea de naturaleza privada y, si no es revelada al deudor en el momento de contratar, su determinación en caso de controversia presenta costes sustanciales, sobre todo en sede judicial.

En nuestro modelo y bajo una regla dispositiva de responsabilidad contractual limitada a los daños previstos o previsibles, los acreedores con una mayor sensibilidad frente al incumplimiento tendrán incentivos a autoidentificarse estipulando un pacto de liquidación anticipada del daño por el que el deudor se obligue a resarcirlos en D_H . El grupo mayoritario de acreedores quedará identificado por exclusión y sus contratos respectivos incluirán igualmente un pacto de liquidación por importe de D_L .

⁶⁴ Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007), *op. cit.*, p. 119.

⁶⁵ Richard A. POSNER (2014), *op. cit.*, p. 143. En contra, Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 159, más allá del coste de valoración del perjuicio, hay una tipología de daños –en clara alusión a aquéllos con consecuencias no patrimoniales o patrimoniales de cálculo muy complejo– cuya dificultad de valoración recomienda su liquidación anticipada, pues *ex ante* el acreedor carece de incentivos para exagerar la pérdida porque el deudor repercute en el precio el monto de la indemnización pactada.

Desde la perspectiva del bienestar social, el resultado global con pacto de liquidación del daño es mejor que el logrado por la regla dispositiva de responsabilidad a secas. El beneficio neto derivado de su utilización es positivo: por un coste relativamente bajo, los costes de transacción en que incurre el grupo minoritario para la comunicación del tipo -sin olvidar que con el tipo se revela la valoración del daño-, el ahorro agregado de recursos es considerable: no sólo el tipo del grupo minoritario es conocido de manera gratuita, sino que además, en caso de conflicto entre los contratantes, no habrá costes de transacción para la determinación del daño.

Incluso, desde una óptica privada, la cláusula de liquidación anticipada del daño cuenta con una ventaja adicional para el grupo minoritario de acreedores, quienes no deberán acreditar, ni tan siquiera dar a conocer, las razones que explican una valoración de la prestación que difiere al alza de la usual⁶⁶. Evitar la comunicación de estas razones es provechoso no por el carácter confidencial que esta información pudiera tener, sino porque así se preserva la posición competitiva de estos acreedores en sus mercados respectivos⁶⁷.

⁶⁶ Para Omri BEN-SHAHAR y Lisa BERNSTEIN (2000), “The Secrecy Interest in Contract Law”, 109 *Yale Law Journal*, pp. 1902-1903, la cláusula de liquidación anticipada del daño asegura al acreedor la indemnización del daño contractual sin necesidad de suministrar al deudor información sobre sus actividades valiosa para sus competidores, información que sí habría de comunicar si los tribunales son los encargados de cuantificar indemnización. Sobre las razones que justifican una valoración superior de la prestación para un grupo minoritario de acreedores, véase nota al pie 48.

⁶⁷ Recuérdese que en nuestro modelo el mercado en el que opera el deudor es perfectamente competitivo, pero que los acreedores de la prestación compiten entre ellos en mercados distintos, entre sí y respecto al deudor.

3. La cláusula de liquidación anticipada del daño como mecanismo de transferencia de riesgo

Una constante en la literatura económica es la caracterización de la cláusula de liquidación anticipada del daño como un seguro contra el incumplimiento del deudor⁶⁸, contrato con el que sin duda esta cláusula presenta similitudes. El sobreprecio que soporta el acreedor a cambio de una compensación cierta (la suma pactada en la cláusula) equivaldría a la prima que abona asegurado y el daño contractual derivado del incumplimiento sería el riesgo cubierto por el seguro.

El examen del pacto de liquidación anticipada del daño bajo el prisma del contrato de seguro exige la inclusión en el modelo básico de un factor de complicación hasta ahora excluido: la aversión al riesgo de los contratantes. No obstante, con carácter previo a analizar dicho pacto a la luz de la teoría del seguro, conviene exponer la idiosincrasia propia del seguro.

3.1. Introducción a la economía del seguro

⁶⁸ Al artículo pionero de John H. BARTON (1972), “The Economic Basis of Damages for Breach of Contract”, 1 *Journal of Legal Studies*, pp. 277- 304, siguió el modelo del deudor como asegurador eficiente elaborado por Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT (1977), “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, 77 *Columbia Law Review*, pp. 579-583. En trabajos posteriores la doctrina no se ha apartado de este tratamiento del pacto liquidación anticipada del daño como un instrumento de transferencia del riesgo del acreedor al deudor, señaladamente, A. Mitchell POLINSKY (1983), “Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies”, 12 *Journal of Legal Studies*, pp. 427-444.

El seguro es un mecanismo mediante el cual un sujeto (el asegurado) paga una cantidad de dinero en condiciones de certeza (la prima) a cambio de verse indemne en el supuesto incierto de que se materialice un riesgo cuyas consecuencias negativas debería arrostrar. La transferencia de riesgo que opera mediante el seguro evita la incertidumbre y mantiene constante la riqueza del asegurado⁶⁹. Según Richard A. POSNER, “la posibilidad de una pérdida se intercambia por un coste inferior pero cierto”⁷⁰. La ganancia del asegurado es en términos de utilidad y no puramente monetarios: a pesar de la prima que satisface, el sujeto logra mediante el seguro un bienestar mayor.

La teoría del seguro descansa sobre tres asunciones: riesgo, aversión al riesgo de los asegurados y neutralidad al riesgo del asegurador⁷¹. Para comprender la lógica subyacente al mecanismo del seguro es necesario describir cada una de ellas.

3.1.1. Riesgo

La presencia de un riesgo es esencial en la economía del seguro. El término “riesgo” alude a aletoriedad de sucesos con asignación de probabilidades a cada uno de ellos, en oposición al concepto de

⁶⁹ A. Mitchell POLINSKY (2003), *An Introduction to Law and Economics*, Aspen, Nueva York, 3ª ed., p. 60.

⁷⁰ Richard A. POSNER (2014), *op. cit.*, p. 110: “*The insured exchanges the possibility of a loss for a smaller, but certain, cost (the insurance premium)*”.

⁷¹ Véase Kenneth J. ARROW (1965), “Aspects of the theory of risk bearing”, Yrjö Jahanssonin Säkistö, Helsinki, *final lecture*.

“incertidumbre”, que refiere aleatoriedad sin asignación de probabilidades, de acuerdo con la distinción de Frank H. KNIGHT⁷².

El riesgo no sólo se materializa en la ocurrencia de un suceso – cualquier hecho desfavorable, típicamente un accidente-, sino que también se proyecta en el alcance de las consecuencias del suceso, esto es, la magnitud del daño.

3.1.2. Aversión al riesgo de los asegurados

La mayoría de los sujetos evalúan negativamente el riesgo y tienden a evitar situaciones de riesgo que supongan una merma de su riqueza, por ejemplo, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato. Aun así, en función de las preferencias individuales, las actitudes que un individuo puede adoptar frente al riesgo son tres: aversión, propensión y neutralidad.

Un sujeto averso al riesgo es aquél cuya utilidad o bienestar con una cantidad cierta es mayor que su utilidad esperada con una cantidad superior pero incierta (lotería), a pesar de que el valor esperado de ambas alternativas coincida. La diferencia entre el valor esperado de la lotería y la cantidad cierta que le proporciona el mismo nivel de utilidad que la lotería (equivalente cierto) es la prima máxima que el agente averso al riesgo estará dispuesto a pagar para transferir el riesgo

⁷² Frank H. KNIGHT (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, Senty, Nueva York, reimpresión de 1964.

a un tercero mediante la suscripción de un contrato de seguro⁷³. El riesgo externalizado es la pérdida que conlleva la obtención de una cantidad menor a la incierta.

Un sujeto averso al riesgo preferirá 1.000 € (cantidad cierta) antes que 1.050 € con una probabilidad del 95% y 50 € con una probabilidad del 5% (lotería, cantidad incierta), aunque el valor esperado sea el mismo ($0,95 \cdot 1.050 \text{ €} + 0,05 \cdot 50 \text{ €} = 1.000 \text{ €}$). Si su función de utilidad es $U(x) = \ln x$, donde x es la cantidad de dinero, $U(1.000) = 6,9$ y $U(\text{lotería}) = 0,95 \cdot \ln 1.050 + 0,05 \cdot \ln 50 = 6,8$, de modo que $U(1.000) > U(\text{lotería})$. La cantidad cierta que le reporta el mismo nivel de utilidad que la lotería (equivalente cierto) es 897,85 €, pues $U(897,85) = 6,8$. Por ello, el importe máximo de la prima de riesgo, o precio de transferencia del riesgo, sería la diferencia entre el valor esperado de la lotería y el equivalente cierto (897,85 €), es decir, 102,15 €.

Por el contrario, un individuo propenso al riesgo se decantará por la segunda de las opciones -la cantidad superior incierta, en el ejemplo los 1.050 € con una probabilidad del 95% y 50 € con una probabilidad del 5%- y uno neutral al riesgo se mostrará indiferente entre una y otra, pues las dos le proveen el mismo nivel de utilidad.

3.1.3. Neutralidad al riesgo del asegurador

⁷³ Sobre la función de utilidad del agente averso al riesgo, de forma cóncava, véase un estudio más detallado de la economía del seguro en Ignacio MARÍN GARCÍA y Víctor Manuel SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2008), “Capítulo XIV: Seguro obligatorio”, en Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 902-905.

La tercera asunción sobre la que descansa la teoría del seguro es la neutralidad al riesgo del asegurador. La persona a la que el agente averso al riesgo transfiere la eventual pérdida patrimonial ha de tener necesariamente una actitud diferente frente al riesgo. Esta actitud distinta frente al riesgo se explica por la denominada “ley de los grandes números”, dado que la compañía de seguros asegura a un colectivo de individuos que afronta riesgos semejantes, aunque independientes, a medida que crece el número de asegurados, la media del grupo se aproxima a la media de la población, de modo que la probabilidad de ocurrencia y la magnitud del daño serán ciertas para el asegurador, a pesar de que los eventos individuales sigan siendo aleatorios e impredecibles⁷⁴.

Al hilo del ejemplo anterior, el asegurador tiene la certeza de que el 5% de sus asegurados sufrirá una pérdida de 1.000 €, al obtener 50 € en lugar de 1.050 €, a pesar de que desconoce qué individuos concretos serán los perjudicados.

La transferencia del riesgo no es gratuita, sino que el importe total de las primas cobradas por el asegurador cubrirá los daños esperados del colectivo asegurado más los costes administrativos y un margen de beneficio, sin que la prima cargada a cada asegurado exceda el monto máximo que el sujeto averso al riesgo está dispuesto a satisfacer por verse indemne en caso de pérdida.

⁷⁴ Véase Hal R. VARIAN (2010), *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*, 8ª ed., W. W. Norton & Company, Nueva York, pp. 227-229.

Así, en el ejemplo, si el colectivo de asegurados es de 500 individuos, cada uno de ellos abonará al asegurador 100 € -recuérdese que la prima de riesgo máxima es 102,15 €-, ingresando éste un total de 50.000 €, de los cuales con sólo 25.000 € ($0,05 \cdot 500 \cdot 1.000$ €) sufragará los daños esperados, cubriendo con el resto los costes administrativos y su margen de beneficio.

3.2. Semejanzas y diferencias entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y el contrato de seguro

Por muchas razones, la cláusula de liquidación anticipada del daño se asemeja al contrato de seguro como mecanismo de protección contra la contingencia del incumplimiento contractual⁷⁵. Un acreedor averso al riesgo preferirá pagar un sobreprecio (la prima) si con ello obtiene, para el caso de incumplimiento del deudor, una indemnización cierta (la suma pactada). La indemnización estipulada debe dejar al acreedor indiferente entre la ejecución de la prestación y el incumplimiento, de modo que su utilidad ha de ser la misma en uno y otro estadio⁷⁶.

⁷⁵ Quizás la diferencia más relevante en cuanto a su régimen jurídico sea la inexigibilidad de la suma pactada en la cláusula de liquidación anticipada del daño si concurre caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1105 CC), aspecto que analizo en el apartado 6.4.2. del capítulo segundo.

⁷⁶ Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT (1977), *op. cit.*, p. 579, autores para quienes esta cláusula garantiza la reparación integral del daño contractual ante la reticencia de los tribunales a indemnizar daños morales y, por ello, aunque excesivas, han de ser declaradas válidas (p. 583). En contra, Kenneth CLARKSON, Roger LeRoy MILLER y Timothy J. MURIS (1978), “Liquidated Damages v. Penalties. Sense or Non-sense?”, 351 *Wisconsin Law Review*, p. 379, nota al pie 77, los tribunales no tienen en cuenta la acreditación de los daños en el examen de validez de la cláusula; y Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 153, autor que no incorpora este tipo de daños en la cuantificación de la indemnización por incumplimiento eficiente. Por otro lado, Steven WALT (2011), *op. cit.*, pp. 182-183, señala que el modelo del “asegurador eficiente” de GOETZ y SCOTT no explica la fijación de cláusulas penales, puesto que se basa en la

La fijación convencional de la indemnización en el contrato de seguro refuerza la semejanza entre ambas figuras. El principio indemnizatorio, según el cual el contrato de seguro no puede ser motivo de enriquecimiento para el asegurado, tiene carácter dispositivo, porque las partes pueden celebrar pólizas de valor estimado o tasado, mediante las cuales el asegurado queda liberado de la prueba de la cuantía del daño. En las pólizas estimadas puede producirse incluso un enriquecimiento lícito del asegurado cuando el valor estimado sea superior al real, siempre que el régimen legal de las causas de impugnación sea restrictivo (España, Estados Unidos de América y Reino Unido)⁷⁷.

La particularidad del pacto de liquidación anticipada del daño en relación con el seguro radica en que el asegurador es el propio deudor. De acuerdo con Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT, el hecho de dejar a un lado al asegurador no supone únicamente la eficiencia añadida que deriva de la celebración de un solo contrato, sino que además tiene como efecto socialmente deseable la reducción de la prima, puesto que los costes de monitorización son inexistentes y el

incorrecta determinación del daño contractual por los tribunales y presenta el pacto de liquidación anticipada como un mecanismo muy similar al seguro para lograr el resarcimiento íntegro: el acreedor paga un sobrepago a cambio de la indemnización del daño esperado, pero no asegurará nunca una pérdida mayor.

⁷⁷ Véase Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), “Artículo 28. Fijación convencional de la indemnización”, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), sobre el acuerdo de fijación del valor y las causas de impugnación, pp. 640-654, y sobre la regulación en otros ordenamientos, nota al pie 25.

riesgo moral asociado a todo contrato de seguro queda eliminado⁷⁸, pues el nivel de precaución adoptado por el deudor será el óptimo⁷⁹. Asimismo, la celebración de un único contrato disminuye la probabilidad de fraude, ya que si el deudor incumple será él quien pague con las consecuencias de su actuación⁸⁰.

A pesar de las bondades del aseguramiento directo por el deudor, salta a la vista que la cláusula de liquidación anticipada del daño encuentra en la falta de neutralidad al riesgo del deudor-asegurador el obstáculo más importante para su encaje dentro de la teoría del seguro. Difícilmente, el deudor será neutral al riesgo⁸¹, con la significativa excepción de la contratación en masa mediante el uso de condiciones generales, herramienta que permite la agrupación de acreedores que afrontan incumplimientos similares en cuanto a la probabilidad de ocurrencia y la magnitud del daño.

Sin embargo, el pacto anticipado de indemnización también es un mecanismo adecuado de transferencia de riesgo cuando ambos

⁷⁸ “Riesgo moral” es el término económico para designar comportamientos oportunistas, en sede de contrato de seguro, toda conducta del asegurado que defraude las expectativas legítimas del asegurador, en concreto, la adopción de un nivel de precaución inferior al óptimo. Los comportamientos oportunistas tienen lugar cuando el cumplimiento efectivo del contrato no es verificable. Véase Timothy MURIS (1981), “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, 65 *Minnesota Law Review*, p. 521.

⁷⁹ Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT (1977), *op. cit.*, p. 580. En el mismo sentido, Ugo MATTEI (1995), “The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts”, 43 *American Journal of Comparative Law*, p. 428.

⁸⁰ Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT (1977), *op. cit.*, p. 585.

⁸¹ Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 153: “Often it is not realistic to assume that the seller is risk neutral”.

contratantes, deudor y acreedor, son aversos al riesgo⁸². El grado relativo de aversión al riesgo⁸³ determinará el reparto de los potenciales perjuicios del incumplimiento, de manera que el contratante con una aversión menor asumirá una porción mayor de la pérdida, con independencia de la posición que ocupe en la relación contractual. Así, la cláusula de liquidación anticipada del daño no es sólo un instrumento por el que el acreedor transfiere el riesgo de incumplimiento al deudor, sino que dicha transferencia puede operar en dirección opuesta mediante el pacto de una suma inferior al daño real. De este modo, el acreedor es quien asume una porción del riesgo de incumplimiento exonerando al deudor del resarcimiento íntegro del daño contractual, a saber, si el daño por incumplimiento fuera de 1.000 €, la suma pactada en la cláusula podría ser de 900 € a cambio, claro está, de una rebaja en el precio (la prima)⁸⁴.

3.3. Contribuciones de la teoría del seguro al modelo económico básico de la cláusula de liquidación anticipada del daño

⁸² Afirmación incontrovertida tras el trabajo de A. Mitchell POLINSKY (1983), “Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies”, 12 *Journal of Legal Studies*, pp. 436 y 443-444, quien, en sede de pactos de liquidación anticipada del daño, demostró que dos partes aversas al riesgo pueden compartir el riesgo de incumplimiento mediante este instrumento.

⁸³ Para ello, podemos comparar el coeficiente de Arrow-Pratt de cada contratante. El coeficiente de Arrow-Pratt es la medida estándar de aversión al riesgo de un agente y resulta de dividir la segunda derivada de la función de utilidad entre la primera derivada con signo negativo, donde x representa la riqueza del individuo: $-\frac{u''(x)}{u'(x)}$.

⁸⁴ Véase un ejemplo numérico sobre el reparto del riesgo de incumplimiento entre contratantes según el grado de aversión al riesgo de cada uno de ellos en A. Mitchell POLINSKY (1983), *op. cit.*, p. 438, que aborda el caso de oferta de un tercero.

Conforme a lo expuesto con anterioridad, POLINSKY concluye que la cláusula de liquidación anticipada del daño es el remedio preferible siempre que la distribución del riesgo entre los contratantes sea un aspecto relevante⁸⁵. Y es relevante cuando alguna de las partes, o ambas, son aversas al riesgo y, por ello, interesan una asignación de las consecuencias económicas derivadas del incumplimiento que difiere del régimen legal dispositivo⁸⁶.

El reverso de la teoría del seguro es el reiterado e inevitable problema del riesgo moral (*moral hazard*), consistente en la disminución de precauciones por parte del asegurado⁸⁷. Si bien, con arreglo a las categorías propias del seguro, el acreedor es el asegurado, este inconveniente desaparece al escapar la ejecución de la prestación de su esfera de control. No obstante, puede objetarse que el pacto anticipado de indemnización induce al acreedor que tiene el resarcimiento garantizado a favorecer el incumplimiento⁸⁸. Con todo, en ausencia de un cambio sobrevenido de circunstancias, aun en el supuesto de que el acreedor pudiera influir sobre la probabilidad de

⁸⁵ A. Mitchell POLINSKY (1983), *op. cit.*, p. 444, para quien en caso contrario el remedio preferible para los contratantes es la indemnización del daño a la expectativa o al interés contractual positivo (*expectation damages*).

⁸⁶ Véase William F. FRITZ (1954), "'Underliquidated' Damages as Limitation of Liability", 33 *Texas Law Review*, p. 199, autor que, sin referirse a las actitudes frente al riesgo de los contratantes, remarcó que este tipo de cláusulas son un instrumento apto para que el acreedor transfiera al deudor riesgos que el régimen legal dispositivo le impone.

⁸⁷ Robert COOTER y Thomas ULEN (2007), *op. cit.*, p. 238: "(...) *insurance inevitably undermines the insured's incentives for precaution*".

⁸⁸ Cosa que hará si su comportamiento no es observable, según Kenneth CLARKSON, Roger LeRoy MILLER y Timothy J. MURIS (1978), *op. cit.*, pp. 375-377; y Timothy MURIS (1981), *op. cit.*, p. 581. Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 155, matiza que esta apreciación sólo es acertada si la suma pactada era razonable *ex ante*, pero irrazonable *ex post*, resultado que ha de atribuirse a un cambio sobrevenido de circunstancias.

cumplimiento, esta conducta no le reportaría beneficio alguno, pues una cuantía indemnizatoria correctamente calculada habría de dejarle indiferente entre la ejecución de la prestación y el incumplimiento.

En lo que respecta al modelo básico antes descrito, la introducción de la aversión al riesgo no altera sustancialmente las conclusiones arriba extraídas. Más aún, la aversión al riesgo de los acreedores intensifica el incentivo a revelar información, mientras que la aversión al riesgo del deudor⁸⁹ lo debilita, puesto que encarecerá de manera significativa el aumento de la suma pactada⁹⁰. Por tanto, la aversión al riesgo no afectará al volumen de pactos anticipados de indemnización, sino a los términos de tales pactos, en función de la dirección que tome la transferencia del riesgo de incumplimiento, de acreedores a deudores o viceversa.

4. La cláusula de liquidación anticipada del daño con posibilidad de renegociación

Con el fin de acercar a la realidad el análisis de los pactos de liquidación del daño, un factor de complicación adicional es la posibilidad de renegociación del contrato, el cual se sumará a los elementos que el modelo ya comprendía, como la información asimétrica y la aversión al riesgo de los contratantes.

⁸⁹ Recuérdese que, a pesar del uso en singular de esta palabra, el mercado es perfectamente competitivo, por lo que hay múltiples deudores que concurren en él.

⁹⁰ Lucian Ayre BEBCHUK y Steven SHAVELL (1991), *op. cit.*, p. 306; y Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, p. 58.

La intuición nos dice que la posibilidad de renegociación ha de conducir necesariamente a una mayor eficiencia, puesto que permite a las partes adaptar su relación contractual a contingencias no previstas con anterioridad. La inclusión en el contrato de circunstancias relevantes que fueron ignoradas por las partes aumenta su completitud y disminuye los cumplimientos ineficientes.

Las limitaciones inherentes a cualquier proceso de formación de un contrato esencialmente, los costes de transacción, la asimetría informativa y la imprevisibilidad tanto de los sucesos como de sus consecuencias— comportan que, en la negociación de la cláusula de liquidación anticipada del daño, las partes tan solo tengan en cuenta un subconjunto de contingencias. El paso del tiempo, el curso de los acontecimientos y la relación entre los contratantes amplían dicho subconjunto de contingencias conocido, razón por la cual dos agentes racionales pueden renegociar su contrato para salvar las deficiencias y compartir los beneficios derivados de una mejor adaptación de su relación contractual a una realidad que *a posteriori* se presenta distinta, porque, o bien las circunstancias han cambiado, o bien, sencillamente, son diferentes a la que las partes tenían en mente en el momento de celebración del contrato⁹¹.

⁹¹ Éste es el planteamiento de Eric L. TALLEY (1994), “Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule”, 46 *Stanford Law Review*, pp. 1207 y 1212.

4.1. Efecto favorable de la cláusula de liquidación anticipada del daño en la renegociación del contrato

Sin obviar sus limitaciones, de la aplicación del teorema de Coase⁹² a la renegociación de un contrato podríamos inferir que la asignación del poder de decisión (*ex post decision rights*) a una u otra parte no impide alcanzar una solución eficiente⁹³. Naturalmente, las partes renegociaran un contrato cuando los beneficios obtenidos con su revisión superen los costes de renegociación y siempre ante contingencias imprevistas cuya consideración cobra relevancia con posterioridad a la celebración del contrato. Dichos costes de renegociación, aunque significativos, son inferiores a los ya incurridos por las partes durante la formación del contrato.

El momento temporal de la renegociación, anterior o posterior al incumplimiento, es irrelevante⁹⁴, ya que haya tenido lugar o no el incumplimiento efectivo por el deudor, la revisión del contrato tiene

⁹² El teorema de Coase predice que, si los costes de transacción son bajos o inexistentes, la asignación inicial de los derechos de propiedad es irrelevante, ya que la negociación de las partes conduce necesariamente a un resultado eficiente. Véase una explicación sucinta del teorema de Coase y sus críticas en SHÄFER y OTT (2004), *op. cit.*, pp. 87-92.

⁹³ Esta tesis de Tai-Yeong CHUNG (1991), “Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing”, 58 *Review of Economic Studies*, pp. 1031-1033, contradice los postulados de la literatura anterior, que el autor cita, señaladamente a Oliver HART y John MOORE (1988), “Incomplete Contracts and Renegotiation”, 56 *Econometrica*, pp. 755-785. No obstante, resulta imposible derivar de su trabajo otras lecciones aplicables al modelo económico básico analizado, puesto que su modelo descansa sobre la información simétrica y completa acerca de las contingencias futuras, es decir, ambas partes conocen la probabilidad de los distintos estados de la naturaleza.

⁹⁴ Apreciación compartida por Ilya R. SEGAL y Michael D. WHINSTON (2000), “Naked Exclusion: Comment”, 90 *American Economic Review*, p. 193.

como finalidad evitar el incumplimiento de acuerdo con los términos contractuales inicialmente pactados. En el plano jurídico, una modificación de la relación contractual anterior a la inejecución de la prestación debida sortearía el incumplimiento efectivo y el régimen de responsabilidad del deudor, el general (artículos 1101 CC y ss.) o el específico. Sin embargo, en la práctica, la renegociación posterior al incumplimiento efectivo tendría consecuencias muy similares a la renegociación previa, pues el pacto de las partes conllevará con frecuencia la renuncia del acreedor al ejercicio de las acciones basadas en la inejecución de la prestación debida o, al menos, la suspensión de su ejercicio.

Según la teoría económica, en un contexto de asimetría informativa, en que las partes manejan información privada sobre el valor que asignan al cumplimiento del contrato, esto es, su excedente⁹⁵, la renegociación será infructuosa, a menos que las ganancias sean de una magnitud tal que para cada contratante el beneficio esperado sea mayor que su coste esperado de alargar el proceso de renegociación o romperlo.

La suma pactada en la cláusula de liquidación anticipada del daño (D) –en nuestro Derecho, la pena convencional– palia la asimetría informativa, pues las partes tomarán su importe como valor de referencia aproximado al valor bruto del cumplimiento, a saber, $c < D < v$. De este modo, en un sistema jurídico, como el español, de aplicación literal de la cláusula de liquidación anticipada del daño y con

⁹⁵ El excedente del deudor es la diferencia entre el precio y el coste de producción del bien o prestación del servicio ($p - c$), mientras que el excedente del acreedor es la diferencia entre su valoración del bien o servicio y el precio que paga que por el mismo ($v - p$), véase VARIAN (2010), *op. cit.*, pp. 403-406 y 253, respectivamente.

costes de litigación L , la solución lograda mediante la renegociación será pareto-óptima⁹⁶, porque pesa sobre el deudor la amenaza de ser condenado al pago de D y soportar además sus costes de litigación y una porción sustancial de los generados por el acreedor demandante⁹⁷. Los costes de reclamación de la pena, por vía judicial o extrajudicial – los de esta segunda vía mucho menores, aunque igualmente relevantes –, actúan, en palabras de TALLEY⁹⁸, como un “impuesto” que grava el abandono de la renegociación, una sanción pecuniaria que castiga la falta de transacción.

Este efecto favorable de la cláusula de liquidación anticipada del daño persistiría en aquellos casos en que la suma pactada comporte la sobrecompensación del deudor ($v < D$), siempre y cuando la cuantía fijada fuera exigible ante los tribunales, tal y como sucede en los sistemas de aplicación literal. En cambio, no ocurriría lo mismo en aquellos ordenamientos en que la cláusula se encuentra sujeta a reducción –la gran mayoría de estados europeos- ni tampoco en los sistemas de *common law*, en los que la estipulación sería nula⁹⁹.

⁹⁶ Para un análisis más exhaustivo, véase TALLEY (1994), *op. cit.*, pp. 1229-1236.

⁹⁷ Siempre que haya condena en costas (artículo 394 y ss. LEC). Con independencia de las reglas de derecho procesal, el acreedor perjudicado siempre soportará parte de los costes de reclamación, pues incluso aunque demande y obtenga una sentencia estimatoria, restarán partidas no cubiertas por el abono de las costas del juicio. No habría reclamación y, por tanto, la renegociación también fracasaría en el supuesto de que la pena convencional fuera ínfima.

⁹⁸ TALLEY (1994), *op. cit.*, p. 1234: “(...) *litigation costs can completely eliminate problems of bargaining inefficiencies by imposing an effective “tax” on bargaining failure. In these cases (...) the parties can renegotiate the contract and implement efficient outcomes by themselves*”.

⁹⁹ En el capítulo cuarto me ocupo del régimen de la cláusula de liquidación anticipada del daño en ordenamientos distintos al español, los derechos estatales de Estados Unidos de América y el Derecho inglés.

4.2. El modelo económico básico de la cláusula de liquidación anticipada del daño con posibilidad de renegociación

Para incorporar la posibilidad de renegociación sólo es necesario completar nuestro sencillo modelo económico con una secuencia temporal posterior a la celebración del contrato. El modelo comprendería entonces dos fases: una primera, ya descrita, en la que tiene lugar la formación del contrato y la revelación del tipo por el grupo minoritario de acreedores –aquéllos con una valoración alta de la prestación, v_{H-} ; y una segunda fase, que acontecería sólo tras un cambio de circunstancias, durante la cual acreedor y deudor renegociarían el contrato celebrado para soslayar un incumplimiento ineficiente. Por supuesto, no tiene cabida la renegociación que tiene por objeto evitar un incumplimiento eficiente, pues éste acaece en interés de los contratantes y del bienestar social¹⁰⁰.

Frente a un incumplimiento inminente o efectivo, deudor y acreedor tienen en su mano la renegociación para obtener la ejecución de la prestación, aunque no con arreglo a los términos pactados en el momento de celebración del contrato. El sinfín de casos abarca desde la mora hasta el cumplimiento excesivamente oneroso (un aumento de la prestación no cubierto por el precio acordado), o bien un

¹⁰⁰ En circunstancias tales en que no hay excedente de utilidad derivado del cumplimiento, porque no se satisface $v > c$, la lógica económica recomienda que el deudor incumpla no realizando la prestación pactada, véase el apartado 1.2 de este capítulo. Por el contrario, sí que habría lugar a la renegociación del contrato si el incumplimiento del deudor viene motivado por la oferta de un tercero, puesto el primer acreedor podría aumentar la contraprestación.

incumplimiento no imputable, que, sin generarle responsabilidad, también puede tener el deudor interés en remediar.

Con excepción de este último caso, el incumplimiento no imputable, el pacto de liquidación (D_H o D_L) promueve el éxito de la renegociación porque el acreedor perjudicado desea ahorrarse los costes de su eventual reclamación y tasó con el deudor el valor del incumplimiento mediante dicho pacto. La falta de imputabilidad del incumplimiento conlleva la inexigibilidad de la pena, situación que disminuye la probabilidad de éxito de la renegociación, conforme al razonamiento de TALLEY antes expuesto. El efecto favorable a la renegociación no será distinto entre grupos de acreedores, pues D_H y D_L se corresponden respectivamente con valoraciones distintas de la prestación, sin que la diferencia de cuantía responda bajo ningún concepto a una agravación de la responsabilidad del deudor.

El mismo esquema operaría si lo que quiere evitarse es un cumplimiento ineficiente, es decir, el deudor está en condiciones de cumplir lo pactado, pero el acreedor prefiere sustituir la prestación debida por otra. El pacto de liquidación no tiene aquí ningún efecto sobre la renegociación, porque las partes no disponen de una cifra de referencia que a su vez les incentive a revisar el contrato. El conocimiento de cada contratante se limita a la información privada que maneja, v el deudor y v_H o v_L el acreedor, escenario que mina las bases de un acuerdo mutuamente beneficioso a causa de la discrepancia entre sus expectativas.

5. La intervención judicial de la cláusula de liquidación anticipada del daño

Uno de los principales rasgos distintivos entre los sistemas de *civil law* y los de *common law* es la intervención judicial de las cláusulas de liquidación anticipada del daño. Mientras que en los ordenamientos de *common law* los tribunales pueden apreciar su nulidad de acuerdo con la prohibición de coercer al deudor al cumplimiento *in natura*, en los ordenamientos europeos de derecho continental los tribunales únicamente podrán o deberán moderar la suma pactada si estiman que es desproporcionada o, en Derecho español (artículo 1154 CC), tan solo si ésta se previó para un incumplimiento de mayor entidad que el ocurrido.

Así pues, excepto en Derecho español, las sumas pactadas que excedan la pérdida sufrida por el acreedor serán anuladas por los jueces angloamericanos o, si la exceden en mucho, reducidas por los jueces de la Europa continental. La diferencia de base entre una y otra tradición jurídica reside en concepciones distintas de la responsabilidad contractual: para unos, verdadero cumplimiento; y, para otros, sanción o efecto del incumplimiento¹⁰¹. Por ello, para un

¹⁰¹ Siguiendo a Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), *op. cit.*, pp. 1737-1740, tres son las posibles concepciones de la responsabilidad contractual en un sistema jurídico: verdadero cumplimiento por ser contenido de la promesa contractual (sistemas de *common law*); sanción de un acto ilícito (sistemas germánicos e Italia); y “efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ella” (sistemas de corte francés).

jurista europeo continental, la pena convencional es por definición más alta que el daño¹⁰².

No hay duda, sin embargo, que los ordenamientos occidentales comparten –con excepción del español– una limitación imperativa más o menos rígida de las cláusulas penales supracompensatorias, aquéllas en virtud de las cuales el deudor indemniza al acreedor en una cuantía superior al perjuicio que realmente ha ocasionado. Sea como sea, los analistas económicos del Derecho critican las posturas dogmáticas de los tribunales anglosajones que, en aras de la eficiencia, tienden a combatir cualquier estipulación que consideran supracompensatoria, sin averiguar la función que cumple en cada concreta relación contractual¹⁰³.

Más aún, una intervención judicial de carácter discrecional, ya sea para anular la cláusula de liquidación anticipada del daño o bien para reducir su monto, pone en jaque la finalidad económica de este remedio contra el incumplimiento y, carente de atractivo, las partes podrían llegar incluso a prescindir de él¹⁰⁴.

¹⁰² Ugo MATTEI (1995), *op. cit.*, p. 428.

¹⁰³ De manera muy significativa, Aaron EDLIN y Alan SCHWARTZ (2003), “Optimal Penalties in Contracts”, 78 *Chicago-Kent Law Review*, p. 37, quienes afirman: “*Courts therefore no longer should focus on the size of the contract’s damage multiplier: multipliers of any size can be efficient or inefficient, depending on the function they were set to serve*”. Además, Steven WALT (2011), *op. cit.*, p. 192, apunta que la fuerte intervención judicial de los pactos de liquidación anticipada en los sistemas de *common law* se fundamenta en la creencia equivocada que los tribunales son capaces de determinar el valor de la prestación para el acreedor perjudicado.

¹⁰⁴ Así lo advirtió Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (1981), *La cláusula penal*, Depalma, Buenos Aires, p. 109: “si las facultades judiciales fueran amplísimas, las penas habrían perdido su razón de ser, y de nada valdría pactarlas; es preferible para las partes someterse directamente a la fijación judicial de los daños y perjuicios y

5.1. Interferencias en la determinación *ex ante* del daño

La cláusula de liquidación anticipada del daño es una determinación del perjuicio derivado del incumplimiento acordada en el momento de contratar. Los jueces discuten la validez de dicha determinación *ex ante* del daño cuando la suma pactada sea una valoración incorrecta del daño efectivo¹⁰⁵. Dejando de lado los fundamentos legales que amparan una respuesta en uno u otro sentido, la cuestión que toma protagonismo es si la decisión judicial es susceptible de corregir las presuntas estimaciones erróneas de las partes o si, por el contrario, el juez carece de elementos suficientes para calificarlas de correctas o incorrectas.

Tales estimaciones erróneas pueden deberse a motivos que, a primera vista, no son aparentes para alguien ajeno al contrato, o bien, simplemente, a sesgos cognitivos, fallos de los que la mente humana es prisionera.

tomar todas las precauciones necesarias en cuanto a los medios de prueba para acreditarlos”.

¹⁰⁵ La mencionada discusión tiene en los sistemas de *common law* carácter absoluto, validez o nulidad; pero en Derecho europeo continental la discusión es de carácter parcial, percepción por el acreedor de la suma pacta íntegra o sólo de parte de ella, dado que únicamente deviene inexigible un tramo de la misma, aquél que el tribunal juzga que supera el daño efectivo.

5.1.1. Motivos que explican estimaciones erróneas *a priori*

El juez que ciñe su análisis de validez a la comparación entre la suma pactada y el perjuicio derivado del incumplimiento comete una simpleza, pues ignora la complejidad latente en un pacto de liquidación anticipada. La desviación de la suma acordada respecto al perjuicio efectivo puede ser azarosa, a causa de la dificultad de valoración del daño por su grado de dispersión¹⁰⁶; o deliberada, con apoyo en uno de los motivos que examino abajo. Por evidente que parezca, la suma pactada nunca equivaldrá exactamente al daño esperado y, a su vez, tampoco al daño efectivo¹⁰⁷.

Por un lado, hay dos razones exógenas a la voluntad de las partes: un cambio de circunstancias que altere las consecuencias del incumplimiento y la variabilidad del tamaño de la pérdida. La diferencia entre ambas razones es su previsibilidad, ya que la variación del tamaño de la pérdida es del todo imprevisible. Así, la pérdida –la horquilla de valores que puede tomar el daño– puede no ser conocida en el momento de contratar y permanecer ignorada hasta que ocurra el incumplimiento.

¹⁰⁶ Los errores sobre la valoración del daño suelen mutuos, puesto que el error unilateral tiende a desaparecer en el transcurso de las negociaciones por el intercambio de información entre los contratantes, véase Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 162.

¹⁰⁷ Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 163. Este autor describe en la obra citada diferentes motivos por los que la suma pactada se aleja del daño esperado, pp. 152-163, y también del daño efectivo, pp. 163-166.

Por otro lado, al margen del curso de los acontecimientos, las partes pueden decidir que la suma pactada no se corresponda con el daño esperado, porque no deseen compensar determinado tipo de perjuicios o porque descuentan la posibilidad de que el deudor induzca el incumplimiento de manera no detectable.

No obstante, el aumento o disminución de la suma pactada puede responder a una transferencia del riesgo entre los contratantes, la cual se traduciría en el correlativo incremento o rebaja de la contraprestación, según el sujeto asegurado. Quizás éste sea el motivo que explica la mayoría de desviaciones de la cuantía pactada respecto al daño efectivo, pues el pacto de liquidación es un mecanismo idóneo para la transmisión del riesgo inherente a todo contrato susceptible de ser incumplido.

Otros motivos que explican la desviación al alza de la suma pactada son, por una parte, la voluntad de resarcir los costes de reclamación de la indemnización pactada y de detección del incumplimiento (*imperfect enforcement*); y, por otra parte, la utilización de la cuantía estipulada para señalar una baja probabilidad de incumplimiento¹⁰⁸.

5.1.2. Sesgos cognitivos

¹⁰⁸ Las partes comunican de este modo información creíble sobre su propia fiabilidad. Éste es el argumento tradicional a favor de los pactos de liquidación – véase Richard A. POSNER (2014), *op. cit.*, pp. 140-141–, pero Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 157, entiende que si hay reparación íntegra, la fiabilidad es irrelevante.

En la fijación de la suma pactada, las decisiones de las partes pueden basarse en motivos apartados de la racionalidad económica, inclusive inconscientes. Son los denominados “sesgos cognitivos”, fallos estructurales en el funcionamiento de la mente humana que han sido identificados por la psicología y que muchos autores utilizan como argumento a favor del escrutinio judicial de las cláusulas de liquidación anticipada del daño, arguyendo que el proceso de formación del contrato puede haber sido deficiente¹⁰⁹. En el extremo, EISENBERG insiste en la necesidad de proteger a las partes de una representación falsa de la realidad y postula la inexigibilidad de la cuantía pactada si de su voluntad no puede inferirse su aplicación al estado de la naturaleza acaecido¹¹⁰.

¹⁰⁹ Posición, entre otros, de Robert A. HILLMAN (2000), “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis. The Case of Liquidated Damages”, 85 *Cornell Law Review*, p. 728: “parties may fail to focus on liquidated damages provisions when agreeing to a contract, thereby supplying courts with a justification for scrutinizing these provisions more closely”. Sin embargo, en cuanto a la intervención judicial de estas cláusulas, mi opinión es muy próxima a la de Robert A. HILLMAN y dista de la expresada por Jeffrey J. RACHLINSKI (2000), “The “New” Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters”, 85 *Cornell Law Review*, p. 763, quien, en respuesta a la argumentación de HILLMAN, defiende en líneas generales que en los derechos estatales de los Estados Unidos de América el examen de validez de estas cláusulas es coherente con los sesgos cognitivos experimentados por los contratantes y los pondera adecuadamente, a pesar de que los tribunales deban protegerse contra sus propios sesgos cognitivos (*hindsight bias* y *framing effect*).

¹¹⁰ Melvin A. EISENBERG (1995), “The Limits of Cognition and the Limits of Contracts”, 47 *Stanford Law Review*, pp. 234-235: “If, in the breach scenario that has actually occurred, liquidated damages are significantly disproportional to real losses (that is, losses in fact, not simply legal damages), the provision is unenforceable unless it is established that the parties had a specific and well-thought-through intention that the provision apply in a scenario like the one actually occurred”. En contra, Steven WALT (2011), *op. cit.*, pp. 199-201, los sesgos cognitivos no son base suficiente para la intervención judicial de los pactos de liquidación anticipada del daño: la evidencia experimental es débil; falta una teoría sobre las condiciones en que cada uno de los sesgos cognitivos opera; los sesgos cognitivos también afectan a los tribunales; y la determinación judicial aleatoria del daño derivado del incumplimiento desincentiva que los contratantes lleven a cabo una valoración precisa del mismo.

Los tres sesgos cognitivos más característicos de los que son víctimas las partes en la negociación de un contrato son tres: sobreoptimismo (*overoptimism*), atribuir a las acciones futuras una probabilidad de éxito superior a la real; exceso de confianza (*overconfidence*), infraestimar la probabilidad de que las propias conductas sean incorrectas o contrarias a lo pactado; e ilusión de control (*illusion of control*), creencia en la posibilidad de influir en fenómenos ajenos al ámbito de dominio de cada cual¹¹¹.

La experiencia en la negociación de pactos de liquidación habría de aliviar los efectos de estos sesgos, aunque el aprendizaje por el método de ensayo-error jamás eliminará al completo estas herramientas con las que está dotada la mente humana para agilizar la toma de decisiones¹¹². Además, entre particulares no profesionales, raramente constituirá la negociación de pactos de liquidación una experiencia muy repetida. Tal vez por ello tiene sentido el régimen diferenciado que establece el Derecho alemán para empresarios a efectos de moderación de la pena convencional¹¹³. En las organizaciones empresariales, la rendición de

¹¹¹ Sigo la sucinta descripción de estos tres sesgos cognitivos de Enrico BAFFI (2007), “Efficient Penalty Clauses With Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029926, pp. 7-9. Véanse otros sesgos cognitivos susceptibles de afectar la negociación de pactos de liquidación anticipada en Robert A. HILLMAN (2000), *op. cit.*, pp. 720-725.

¹¹² Jeffrey J. RACHLINSKI (2000), *op. cit.*, p. 758.

¹¹³ El § 348 HGB excepciona para los empresarios el principio de mutabilidad de la pena del § 343 BGB. § 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 pena 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 BGB, “[*i*]st eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden (...)” (“Si una pena en que se ha incurrido es

cuentas a la que están sometidos los agentes hace que no se abandonen a sus juicios intuitivos y sean mucho más cuidadosos en las decisiones relativas a la organización a la que pertenecen¹¹⁴. Lo mismo sucede cuando el agente negociador es un profesional que actúa en nombre y por cuenta de su clientela, otra relación principal-agente con rendición de cuentas¹¹⁵. Por tanto, el peso de un control externo mitiga los sesgos cognitivos que padecen los agentes en una negociación.

El desconocimiento de la forma en que los sesgos cognitivos operan impide predecir su efecto sobre la negociación de pactos de liquidación anticipada, razón por la cual la detección de fallos en la mente humana es insuficiente si no va acompañada de posibles soluciones para su corrección¹¹⁶. De acuerdo con RACHLINSKY, la aplicación literal de los pactos de liquidación anticipada penaliza a los contratantes por cometer errores que no pudieron evitar, así que la intervención judicial es el cauce adecuado para amoldar en cada caso el ordenamiento vigente a los sesgos cognitivos experimentados por las partes de un contrato¹¹⁷. No obstante, la discrepancia surge en torno a la capacidad de los tribunales para cumplir dicha función correctora y su forma de ejercicio.

desproporcionadamente alta, a instancia del deudor, puede reducirse por sentencia a la cantidad adecuada (...)”, traducción de Albert LAMARCA MARQUÈS (dir.), *Código Civil alemán y ley de introducción al Código Civil* (2008), Marcial Pons, Madrid, p. 107).

¹¹⁴ Véase Enrico BAFFI (2007), *op. cit.*, pp. 13-16, autor que en las páginas posteriores plantea la desprotección de los empresarios individuales bajo el régimen alemán (pp. 16-17).

¹¹⁵ Jeffrey J. RACHLINSKI (2000), *op. cit.*, nota al pie 85.

¹¹⁶ Steven WALT (2011), *op. cit.*, pp. 199-200.

¹¹⁷ Jeffrey J. RACHLINSKI (2000), *op. cit.*, p. 757.

5.2. La función correctora del juez: ¿mito o realidad?

Los jueces, contra lo que se pueda pensar, no son inmunes a los sesgos cognitivos¹¹⁸. El tribunal también es propenso a equivocaciones, por mucho que su visión de la relación contractual sea imparcial y *ex post*.

Típicamente, el juzgador sufre los sesgos cognitivos etiquetados como *hindsight bias* y *framing effect*. El primero de ellos consiste en considerar un suceso pasado como altamente predecible porque el mero hecho de haber tenido lugar¹¹⁹. El segundo sesgo gravita en la resolución de una misma cuestión de maneras diferentes según el contexto en que se inserte¹²⁰.

El juez aumentaría la eficiencia del contrato si fuera capaz de suplir la voluntad de las partes en el momento de celebración del contrato e incorporar la contingencia no prevista del mismo modo que lo hubieran hecho las partes. La intervención judicial difícilmente logrará una distribución eficiente del incremento o decremento imprevisto de la pérdida, puesto que esta distribución ha de hacerse según el grado

¹¹⁸ *Idem*, p. 744, reconoce que todas las instituciones sociales, incluidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, experimentan sesgos cognitivos en sus decisiones; pero en sede de pactos de liquidación anticipada ello no crea la indeterminación que denuncia Robert A. HILLMAN (2000), *op. cit.*, pp. 732-733.

¹¹⁹ Véase sobre este sesgo cognitivo el trabajo de Jeffrey J. RACHLINSKY (1998), “A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight”, 65 *University of Chicago Law Review*, pp. 571-626.

¹²⁰ Al respecto, Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN (1986), “Rational Choice and the Framing of Decisions”, 59 *Journal of Business*, pp. 251-278.

relativo de aversión al riesgo de las partes y otros parámetros de aportación y prueba dudosa¹²¹. La reconstrucción veraz del pasado es inviable cuando se presta con facilidad a la manipulación de las partes afectadas.

Por consiguiente, no sólo nadie duda de la imposibilidad de que los tribunales puedan contar con toda la información pertinente, sino que además la capacidad de los jueces para el procesamiento de dicha información ha merecido críticas tan escépticas como la de Eric A. POSNER: “(...) los tribunales tienen dificultades para entender las transacciones comerciales más sencillas”¹²².

Por otra parte, a la hora de valorar la eficiencia de uno y otro tipo de intervención judicial en relación con las cláusulas estrictamente penales, la solución propia de los sistemas de *civil law* se muestra más eficiente, a causa de la importante discontinuidad de los ordenamientos de *common law*: de la pena a la indemnización por daños y perjuicios, en lugar de una pena excesiva a una pena reducida. Esta discontinuidad supone un poderoso incentivo al deudor para incumplir o cumplir de manera defectuosa y luego litigar¹²³.

¹²¹ Samuel A. REA, Jr. (1984), *op. cit.*, p. 165.

¹²² Eric A. POSNER (2000), “A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error”, 94 *Northwestern University Law Review*, p. 758: “(...) courts have trouble understanding the simplest of business relationships”. Contrariamente, Gerrit DE GEEST y Filip WUYTS (2000), “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, en Boudewijn BOUCKAERT y Gerrit DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Edward Elgar, Cheltenham, p. 148, argumentan que el funcionamiento imperfecto del sistema judicial ha de ir acompañado de un examen más escrupuloso de la validez de la cláusulas penales. “[b]ut just because the judicial system works imperfectly, sanctions should not be infinitely harsh”.

¹²³ Ugo MATTEI (1995), *op. cit.*, pp. 442-443.

5.3. Cláusulas de liquidación anticipada del daño cuya intervención judicial está justificada

Aquellas cláusulas de liquidación anticipada del daño que no resulten del acuerdo real de las partes tras el intercambio de información propio del proceso de formación del contrato no servirán ninguna de las funciones económicas señaladas¹²⁴ y alejarán el contrato celebrado del paradigma de “contrato completo”, aquél en que las partes han explicitado todas y cada una de las contingencias que pueden afectar a la relación contractual y las han resuelto de manera mutuamente satisfactoria. Ello puede suceder con las cláusulas penales abusivas en contratos de adhesión con consumidores y con los pactos de liquidación anticipada del daño contrarios a la libre competencia. Ninguna de esta clase de estipulaciones incrementa la eficiencia, puesto que la pena no comporta un resultado pareto-óptimo, pues beneficia a uno solo de los contratantes en detrimento del otro¹²⁵.

Por un lado, en los contratos de adhesión con consumidores, la ausencia de un proceso de formación del contrato previo a su celebración y la desigualdad en el poder de negociación de los contratantes favorecen conductas oportunistas por parte del

¹²⁴ Robert A. HILLMAN (2000), *op. cit.*, pp. 727, 733-735 y 737-738, postula que el principal objetivo de la intervención judicial de dichas cláusulas debiera ser la corrección de las deficiencias en la formación del contrato.

¹²⁵ Véase Aristides N. HATZIS (2003), “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, 22 *International Review of Law and Economics*, pp. 392-394, quien distingue entre las penas convencionales abusivas, fruto de la desigualdad en el poder de negociación (primera categoría), de aquéllas que cumplen una función económica legítima (segunda y tercera categorías).

empresario que, en algunos casos, puede insertar en las condiciones generales pactos de liquidación desproporcionados, que únicamente respondan a la lógica económica de su enriquecimiento a costa de consumidores incautos. En un escenario como el descrito, el consumidor merece la protección del ordenamiento contra una estipulación de este tenor, que va a perjudicarlo sin ni siquiera haber prestado un consentimiento del todo informado¹²⁶. En todos los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, la consecuencia jurídica es la ineficacia de dicha cláusula, efecto que prescriben las normas que amparan los intereses de los consumidores¹²⁷.

Por otro lado, en contratos de exclusiva, los pactos de liquidación anticipada del daño pueden ser contrarios a la libre competencia si impiden la entrada de nuevos competidores en el mercado, a pesar de que promuevan la realización de inversiones específicas eficientes. Los pros y los contras de las cláusulas penales en contratos de exclusiva merecen un análisis más detallado a fin de determinar cuál es el resultado final sobre el bienestar social (véase apartado sexto de este capítulo). No obstante, la intervención judicial de las cláusulas penales que constituyan un ilícito concurrencial está plenamente justificada.

¹²⁶ Nótese que el empresario, como ocurre con el incumbente y los potenciales competidores, ocupa la posición de deudor de la prestación característica (entrega de un bien o desarrollo de una actividad), mientras que los clientes son los acreedores. Y es el incumplimiento contractual de estos últimos, y no el de los deudores, aquél para el que las partes estipulan una cláusula de liquidación anticipada del daño.

¹²⁷ Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L-095, de 21.4.1993): “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional (...)”.

Los ordenamientos jurídicos actuales de disponen de mecanismos alternativos a la revisión judicial de los pactos de liquidación para evitar los eventuales abusos a los consumidores y las prácticas lesivas de la libre competencia. Por ello, la atribución al juez de la facultad genérica de modificar los pactos de liquidación anticipada, mediante su anulación o la reducción de la suma pactada, no es el cauce adecuado para la salvaguarda de estos intereses, a causa de las distorsiones que genera en la contratación entre privados.

5.4. Lecciones para el modelo económico básico de la cláusula de liquidación anticipada del daño

La intervención judicial puede ser incorporada al modelo económico básico mediante la adición de una tercera secuencia temporal, de manera que quedaría integrado por tres fases:

1. Una primera fase de formación del contrato y revelación del tipo antes de su celebración, en que el deudor pactaría con el acreedor D_H o D_L . Si el deudor ejecuta la prestación debida, la cuantía estipulada no será exigible.
2. Una segunda fase que se abrirá ante un incumplimiento ineficiente, ya sea efectivo o inminente, debido a la falta de previsión de una contingencia que se torna relevante. La renegociación exitosa posibilitaría el cumplimiento eficiente del contrato.

3. Una tercera y última fase: si el cumplimiento del contrato original deviene ineficiente y la renegociación fracasa, el deudor abonará sin más la cantidad estipulada (D_H o D_I) o el acreedor perjudicado la reclamará judicialmente.

El incentivo del deudor que incumple a oponerse a la demanda del acreedor crece gradualmente en función del régimen del pacto de liquidación. Así, en orden creciente, el sistema de aplicación literal de la pena, el de aplicación literal sujeta a moderación o el de inaplicación.

Estando bajo sospecha la intervención judicial y la calidad de sus resultados, el debilitamiento de la exigibilidad de la cuantía pactada puede afectar a la formación del contrato, puesto que en última instancia el pacto de liquidación alcanzado (D_H o D_I) no transmitirá información creíble sobre el tipo de acreedor y las ganancias de eficiencia asociadas a esta estipulación mermarían.

6. La cláusula de liquidación anticipada del daño y sus efectos sobre la competencia

A pesar de las ventajas ya enunciadas de la cláusula de liquidación anticipada del daño, la disminución de los costes de transacción –en cuanto a la comunicación de información y la determinación del daño en sede judicial- y la distribución óptima del riesgo de incumplimiento,

este remedio puede revelarse dañino para la competencia¹²⁸. En consecuencia, el resultado final sobre el bienestar social sería algo menos satisfactorio de lo descrito hasta ahora.

La objeción tradicional ha sido que la cláusula de liquidación anticipada del daño genera problemas de monopolio bilateral¹²⁹, afirmación inexacta porque refiere un mercado en que hay un único vendedor (monopolio) y un único comprador (monopsonio), lo que exigiría que ambos contratantes contrajeran la prohibición recíproca de no competir y que el incumplimiento de sendas obligaciones negativas esté sujeto a pactos de liquidación. A veces es así, pero con frecuencia en contratos de exclusiva (de distribución comercial, de colaboración o cualquier otro) tan solo una de las partes se obliga a no competir.

Además, en el resto de casos, fuera de los contratos de exclusiva, si el deudor recibe de un tercero una oferta por la prestación debida al acreedor¹³⁰, nada obsta a que la acepte y resarza al primer acreedor por el incumplimiento con la suma pactada. La obligación potencialmente lesiva del bienestar social es la de no celebrar contratos similares con

¹²⁸ Al amparo de los artículos 81.1 TCE y 1.1 LDC, una cláusula penal supracompensatoria que garantice el cumplimiento de un contrato de exclusiva constituiría una conducta prohibida, salvo que le sea aplicable la excepción contenida en el artículo 81.3 TCE, reproducida asimismo por el artículo 1.3 LDC. Para la aplicación de dicha excepción legal han de satisfacerse de manera cumulativa cuatro requisitos: la mejora de la eficiencia, el beneficio equitativo para los consumidores, el carácter indispensable de las restricciones y la no eliminación total de la competencia.

¹²⁹ Richard A. POSNER (2014), *op. cit.*, p. 140.

¹³⁰ Bajo el supuesto de que la ejecución de la prestación a favor de un tercero excluye la realización de la misma a favor del primer acreedor, ya sea la entrega de un bien o el desarrollo de una actividad.

un tercero, por mucho que los contratantes establezcan sometan dicha restricción del ejercicio de su actividad a límites geográficos, temporales o de otra clase.

Por tanto, para que realmente la inclusión de una cláusula de liquidación del daño afecte a la competencia la obligación garantizada debe ser la de no competir contra un contratante con poder de mercado¹³¹, un incumbente que sea monopolista u oligopolista¹³². La estipulación que garantice otra obligación, o que lo haga respecto un sujeto sin poder de mercado, no supone jamás una afectación de la competencia, pues no impide la entrada de nuevos competidores.

Todo ello dejando a salvo las observaciones en relación con el poder de mercado del deudor y su incidencia en la transmisión de información entre las partes contratantes en el marco del modelo económico básico. La estrategia del deudor con poder de mercado (monopolista u oligopolista) se dirigirá a vaciar el excedente del consumidor de los acreedores y ofrecerá para ello el menú de contratos que le reporte un beneficio mayor, pues conoce que hay dos tipos de acreedores aunque no sea capaz de identificarlos. El cebo para los acreedores con una valoración alta de la prestación (v_H) y una sensibilidad mucho mayor frente al incumplimiento es la falta de

¹³¹ Según Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 377, las restricciones verticales sólo son anticompetitivas si involucran a partes con un poder de mercado que sea significativo, pues el daño a la competencia decrece con el aumento del número de competidores. En contra de atribuir a toda cláusula penal un efecto anticompetitivo *per se*, Eric L. TALLEY (1994), *op. cit.*, p. 1216.

¹³² El término “incumbente” designa a aquel competidor que no se abre a la competencia en un mercado con la finalidad de mantener su posición de dominio, en solitario (monopolista) o junto a otros pocos competidores (oligopolista).

limitación de su responsabilidad, en contraposición a la cláusula de liquidación infracomensurativa que impone a los acreedores con una valoración baja de la prestación (v_1)¹³³. Eso sí, a cambio de un precio más elevado, pero sin reducir el excedente que obtendría si optase por la alternativa contractual diseñada para los acreedores con una valoración inferior de la prestación.

6.1. Efecto negativo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: una barrera de entrada para nuevos competidores más eficientes

En contratos de exclusiva, de acuerdo con AGHION y BOLTON¹³⁴, la suma pactada impone a los nuevos competidores un coste de entrada en el mercado que puede tomar dos formas: el transcurso del plazo necesario para la terminación del contrato suscrito con el incumbente o, sin mediar espera, el abono a los clientes del incumbente de las indemnizaciones por incumplimiento que hayan de satisfacerle¹³⁵. Este tipo de contratos tiene un importante coste social al impedir la entrada de competidores con un coste de producción más bajo.

¹³³ Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, pp. 172-177.

¹³⁴ Philippe AGHION y Patrick BOLTON (1987), “Contracts as a Barrier to Entry”, 77 *American Economic Review*, p. 389, quienes utilizan la suma pactada como medida implícita de la duración del contrato de exclusiva.

¹³⁵ Nótese que el incumbente y los potenciales competidores ocuparían la posición de deudores de la prestación característica (entrega de un bien o desarrollo de una actividad), mientras que los clientes serían los acreedores. Y es el incumplimiento contractual de estos últimos, y no el de los deudores, aquél para que las partes han estipulado una cláusula de liquidación anticipada del daño.

Sin embargo, para AGHION y BOLTON, las partes de un contrato de exclusiva —el incumbente y su cliente— gozan de poder de monopolio sobre los competidores ajenos a su relación contractual, pues en la cláusula de liquidación del daño que estipulen fijarán el precio de entrada (*entry fee*) que los otros competidores deberán desembolsar para contratar con el cliente. De ahí que concluyan que el principal motivo para celebrar contratos de exclusiva es extraer parte del excedente que el potencial competidor obtendría si contratara con el único cliente del incumbente¹³⁶.

Los propios autores matizan, no obstante, esta afirmación, vinculada a la idea de monopolio bilateral, para aquellos mercados con multiplicidad de clientes y en los que sólo el incumbente tiene poder de mercado, ya que éste se apropia de la totalidad del excedente en perjuicio de la clientela. El coste social derivado de la utilización de pactos de liquidación en contratos de exclusiva se dispara: cada contrato de exclusiva de larga duración celebrado por un cliente tiene una externalidad negativa sobre el resto de clientes, al bloquear la competencia y forzarles a asumir precios más elevados¹³⁷. El coste de oportunidad de estos contratos es muy elevado para los clientes, porque impiden la entrada en el mercado de competidores más eficientes, aunque su celebración se explica por la dificultad de

¹³⁶ Al respecto, véase nota 91.

¹³⁷ Philippe AGHION y Patrick BOLTON (1987), *op. cit.*, pp. 396-398, afirman que esta estrategia es la dominante y la situación cae dentro de las calificadas como “free-rider effect in reverse” por Steven PALOP (1986), “Practices that (credibly) Facilitate Oligopoly Coordination”, en Joseph E. STIGLITZ y G. Frank MATHEWSON (eds.), *New Developments in the Analysis of Market Structure*, MIT Press, Cambridge (MA), p. 273.

coordinación de la clientela¹³⁸ y por la incertidumbre sobre la entrada efectiva de nuevos competidores¹³⁹.

Las conclusiones de AGHION y BOLTON fueron validadas por SPIER y WHINSTON¹⁴⁰, quienes introdujeron dos factores de complicación: la realización de inversiones específicas por el incumbente y la posibilidad de renegociación del contrato. A pesar de ello, el efecto final era idéntico: con la finalidad de frenar la entrada de nuevos competidores, el incumbente invierte para disminuir su coste de la prestación (*i*) y se protege contra la pérdida de dichas inversiones mediante la fijación de sumas elevadas en los pactos de liquidación del daño por incumplimiento. Ahora bien, al igual que en el trabajo de AGHION y BOLTON, el incumbente no puede verificar la estructura de costes de sus rivales y, por ello, sus inversiones son un despilfarro si los nuevos competidores son en realidad más ineficientes.

United States v. United Shoe Machinery Corp. es seguramente el caso estadounidense más emblemático sobre cláusulas de liquidación anticipada del daño en contratos de exclusiva lesivas de la

¹³⁸ A causa del mermado poder de negociación de cada cliente con el incumbente, tal y como han señalado Eric B. RASMUSEN *et alii* (1991), “Naked Exclusion”, 81 *American Economic Review*, pp. 1137-1145, y SEGAL y WHINSTON (2000), *op. cit.*, pp. 296-309.

¹³⁹ Joseph F. BRODLEY y Ching-to Albert MA (1993), “Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy”, 45 *Stanford Law Review*, p. 1167.

¹⁴⁰ Kathryn E. SPIER y Michael D. WHINSTON (1995), “On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, Reliance, and Renegotiation”, 26 *RAND Journal of Economics*, pp. 188-192. Con anterioridad, BRODLEY y MA (1993), *op. cit.*, pp. 1172-1176, habían advertido omisiones en el modelo de AGHION y BOLTON, sin embargo la incorporación de sus correcciones no alteraba el resultado.

competencia¹⁴¹. De hecho, con ocasión de las conductas de esta productora de maquinaria para la fabricación de calzado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se ha pronunciado dos veces: *United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 347 U.S. 521 (1954); y *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 391 U.S. 244 (1968). Con fundamento en la creación de un mercado competitivo, la primera vez el Tribunal Supremo declaró la ilicitud de determinadas prácticas –entre otras, la estipulación que aquí expongo–, pero en la segunda de sus resoluciones acordó la venta forzosa de activos de la sociedad. *United Shoe Machinery Corp.* fue un gigante de la industria en su sector y, al igual que *Standard Oil*, *American Tobacco*, *Alcoa*, *AT&T* o *Microsoft*, fue objeto de actuaciones del Departamento de Justicia, en su celo por garantizar la libre competencia al amparo de la *Sherman Act* (1890). Desde su posición de dominio con el 75% de la cuota de mercado, la compañía arrendaba su maquinaria a productores de calzado durante largos periodos de tiempo (diez años), sin posibilidad de compra ni tampoco de un arrendamiento más corto; y, para 91 tipos de máquinas, si el arrendatario devolvía la máquina porque la sustituía por otra de la competencia, éste debía indemnizar a la arrendadora con el 50% de los cánones mensuales restantes hasta completar el plazo de duración pactado. Esta *switching penalty* se agravaba con la pérdida de otros derechos, la cual no tenía lugar si el motivo de la devolución era distinto.

¹⁴¹ BRODLEY y MA (1993), *op. cit.*, pp. 1177 y 1182-1194, describen las semejanzas y diferencias de este caso con otros resueltos por los tribunales de los Estados Unidos de América, tras afirmar que *United States v. United Shoe Machinery Corp.* no es un caso verdaderamente representativo de la aplicación del derecho *antitrust* a pactos de liquidación de daños por ir vinculados éstos a otra serie de prácticas, que también son enjuiciadas por el Tribunal Supremo estadounidense.

6.2. Efecto positivo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: la realización de inversiones específicas

En un contrato de exclusiva, las cláusulas de liquidación del daño supracompensatorias, aquellas en virtud de las cuales el deudor obtendría una cuantía superior al daño previsible, tienen como dorso el efecto positivo de promover la realización de inversiones específicas eficientes. Más aún, EDLIN y SCHWARTZ las juzgan necesarias para alcanzar este objetivo si ambos contratantes llevan a cabo inversiones específicas¹⁴², como sucede generalmente en los contratos de exclusiva.

Hasta ahora, si el deudor tenía poder de mercado (el incumbente monopolista u oligopolista), las partes optaban por la sobrecompensación para evitar la entrada de terceros, en beneficio de ambos contratantes en el caso del monopolio bilateral o por imposición del incumbente en detrimento del conjunto de los consumidores. Incluso, más allá de la lógica de su función de barrera de entrada, las cláusulas supracompensatorias afianzaban la posición de dominio del deudor con poder de mercado protegiendo la inversión excesiva que realizaba para mantener la eficiencia de su estructura productiva.

Siguiendo a EDLIN y SCHWARTZ¹⁴³, la sobrecompensación puede responder a malas razones –restringir la competencia o aprovecharse

¹⁴² EDLIN y SCHWARTZ (2003), *op. cit.*, p. 48.

¹⁴³ *Idem*, p. 37.

del otro contratante- o a buenas razones –asegurar que la inversión sea eficiente-. Así, estos autores ponen de relieve¹⁴⁴ que en la renegociación de un contrato de exclusiva, susceptible de ser incumplido a causa de una contingencia no prevista y tras cuya celebración las dos partes han realizado inversiones específicas, un pacto de liquidación supracompensatorio fomenta que el contratante obligado a indemnizar procure un acuerdo con el otro contratante a fin de percibir al menos una porción del excedente derivado de la ejecución del contrato bajo las nuevas circunstancias. De este modo, las inversiones específicas que el contrato precise serán realizadas por una y otra parte y, por añadidura, son rentabilizadas.

6.3. Resultado final incierto

En definitiva, examinados sus pros y sus contras en contratos de exclusiva, la cláusula de liquidación del daño supracompensatoria –todas lo son hasta que no se materializa el daño– presenta dos efectos opuestos: por un lado, uno negativo, la exclusión de productores con una estructura de costes más competitiva; y, por otro lado, uno positivo, el favorecimiento de inversiones específicas.

El resultado final sobre el bienestar social es ambiguo, pues dependerá fundamentalmente del sector de actividad concreto en que se desenvuelvan los contratantes, el “mercado relevante” en la jerga del derecho de la competencia¹⁴⁵. Ahora bien, cuanto mayor sea el

¹⁴⁴ *Idem*, pp. 46-49.

¹⁴⁵ La necesidad de atender al “mercado relevante” en el examen de penas convencionales en contratos de exclusiva invalida la aplicación del método de

desequilibrio entre el poder de mercado de una y otra parte, las estipulaciones supracompensatorias en este tipo de contratos responderán casi con toda probabilidad a la voluntad del incumbente de excluir a nuevos competidores. Así lo remarcan FARRELL y KLEMPERER y, si esta finalidad fracasara, el incumbente extraería rentas del competidor entrante¹⁴⁶, aunque los verdaderos perjudicados de la imposición de costes de alternancia (*switching costs*) son los consumidores.

análisis empleado por los tribunales, en especial las doctrinas jurisprudenciales elaboradas al respecto en los derechos estatales de los Estados Unidos de América y en Derecho inglés.

¹⁴⁶ Joseph FARRELL y Paul KLEMPERER (2007), “Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects,” en Mark ARMSTRONG y Robert PORTER (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, Elsevier-North Holland, Amsterdam, pp. 2004-2005.

CAPÍTULO II: EL RÉGIMEN DE LA CLÁUSULA PENAL EN DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español, dos son los grandes remedios generales que la parte agraviada tiene a su alcance, sin que se establezca prioridad alguna, siempre y cuando la realización de la prestación sea factible: el cumplimiento forzoso o en forma específica (artículos 1096 y 1098 CC) y la indemnización por daños y perjuicios en su modalidad de daño a la expectativa (artículos 1101 y 1106 CC). Otro tercer remedio general, reservado para incumplimientos graves, es la resolución del contrato por el acreedor insatisfecho ex artículo 1124 CC, cuyo efecto más señalado quizás sea la restitución de las prestaciones. Por último, restaría la cláusula penal, o cláusula de liquidación anticipada del daño, remedio usualmente de tipo monetario sujeto al pacto de los contratantes y que es objeto de desarrollo en el presente capítulo.

En este capítulo examino el régimen de la cláusula penal en Derecho español con la finalidad de concluir si la regulación vigente de este remedio contribuye a aproximar la conducta de las partes a la que alcanzaría un contrato completo o, por el contrario, su regulación actual en nuestro ordenamiento aleja a los contratantes de dicho paradigma. Resulta necesario conocer las reglas que disciplinan la cláusula penal para valorar posteriormente, de acuerdo con el análisis económico del Derecho, si tales reglas alinean adecuadamente los incentivos del deudor con el incumplimiento eficiente.

1. Concepto de “cláusula penal”

1.1. El concepto de cláusula penal en la ley, la jurisprudencia y la doctrina

La función primordial de la cláusula de liquidación anticipada del daño es la determinación *ex ante* de la responsabilidad contractual mediante el común acuerdo de los contratantes (función liquidatoria). Todos los ordenamientos jurídicos autorizan la función liquidatoria de la cláusula de liquidación anticipada del daño, pero algunos ordenamientos permiten además que esta reglamentación privada suponga una agravación de la responsabilidad del deudor para estimular el cumplimiento (función coercitiva)¹⁴⁷. La cláusula que puede reunir ambas funciones, liquidatoria y coercitiva, es conocida como “cláusula penal” en Derecho español. Por tanto, la cláusula penal es aquella estipulación que fija una sanción para el caso que el deudor incumpla la obligación principal, imponiendo a la parte que incumple la realización de una prestación determinada denominada “pena convencional”.

El Derecho español no establece una definición legal de cláusula penal, pues el Código Civil no ofrece un concepto de cláusula penal en ninguno de los cuatro preceptos que le dedica (artículos 1152 a 1155

¹⁴⁷ Aquellos ordenamientos en los que la responsabilidad contractual no se concibe como verdadero cumplimiento, sino como sanción o efecto del incumplimiento. Véase Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), *op. cit.*, pp. 1737-1740.

CC)¹⁴⁸. Tampoco lo hace el Código de Comercio en el único artículo en que la regula (artículo 56 CCom). Sin embargo, el concepto de cláusula penal ha sido formulado por la jurisprudencia y la doctrina.

La sentencia clásica del Tribunal Supremo, a la que todavía hoy remite la jurisprudencia¹⁴⁹, es la STS, 1ª, 8.1.1945 (RJ 7), que definió la cláusula penal poniendo de relieve su doble función, liquidatoria y coercitiva. En esta sentencia de 1945, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la calificación de una estipulación de un contrato de compraventa de fincas rústicas con pago aplazado de 250.000 ptas. y pago a cuenta de 65.000 ptas. en virtud de la cual las partes fijaron el resarcimiento por impago de alguno de los cinco plazos anuales convenidos, incumplimiento al que las partes habían atribuido efectos resolutorios. El Alto Tribunal definió la cláusula penal en los términos siguientes:

“[P]romesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal con doble función reparadora y punitiva,

¹⁴⁸ Por el contrario, el Proyecto de Código Civil de 1851 sí que contenía una definición de cláusula penal: “la cláusula penal es la compensación de los daños e intereses derivados del incumplimiento de la obligación principal”.

¹⁴⁹ Véanse, entre otras, las SSTS, 1ª, 25.1.2008 (RJ 223, MP: Clemente Auger Liñán), 13.7.2006 (RJ 4507, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y 12.1.1999 (RJ 36, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz). También las SSTS, 1ª, 11.3.1957 (RJ 751, MP: Manrique Mariscal de Gante y de Gante) y 21.2.1969 (RJ 967, MP: Manuel Taboada Roca) brindan una definición de cláusula penal. Según la primera de ellas, la cláusula penal es una “estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero”. En sentido muy similar, la segunda sentencia refiere que “[l]a cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor”.

en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio en favor del acreedor” (Considerando 3º).

Del mismo modo, la doctrina española ha aportado diversas definiciones. Quizás la más acertada sea la de ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: “convención accesoria, por la que el deudor, si no cumple su obligación principal, queda obligado a dar alguna cosa al acreedor para compensarle de la falta de ejecución del contrato”¹⁵⁰. Asimismo, los autores del último tercio del siglo XX también se han ocupado de definir la institución. Así, ALBALADEJO la presenta como “sanción (...) que se establece por los interesados, que ha de sufrir el deudor en el caso de que por su culpa no cumpla debidamente su obligación”¹⁵¹. LACRUZ la concibe como “una prestación –comúnmente pecuniaria– pactada como accesoria para el supuesto de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente la obligación principal”¹⁵². Por su parte, en términos muy similares a los anteriores, DÍEZ-PICAZO la define como “sanción, convencionalmente establecida, del incumplimiento o cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y de multa convencional”¹⁵³. Asimismo, CABANILLAS SÁNCHEZ señala que la misma consiste en “una obligación accesoria, generalmente pecuniaria,

¹⁵⁰ Ramón Mª ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, p. 269.

¹⁵¹ Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1997), *Derecho Civil*, t. II, vol. 1, 10ª ed., Bosch, Barcelona, p. 255.

¹⁵² José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1, 5ª ed., Dykinson, Madrid, p. 263.

¹⁵³ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 457.

a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación contractual”¹⁵⁴. Y, más recientemente, CARRASCO PERERA la describe como “una determinación accesorio de un negocio jurídico, en virtud de la cual la conducta del deudor contraria a la obligación «asegurada» comporta que se cumpla una condición suspensiva que obliga al incumplidor (...) al pago de una deuda de dinero u otro sacrificio preestipulados a favor del acreedor”¹⁵⁵.

La concepción de la cláusula penal como sanción contractual del incumplimiento ha sido la mayoritaria y la que hoy se mantiene en la doctrina¹⁵⁶. Con todo, lo esencialmente característico de una regla negocial de este tenor no es la eventual agravación de la responsabilidad del deudor incumplidor, sino que tenga por objeto la regulación del incumplimiento de una obligación con el efecto específico de la valoración anticipada de daños y perjuicios, ya sea dicha valoración sustitutiva o cumulativa¹⁵⁷, tal y como distingo más

¹⁵⁴ 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 del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 157.

¹⁵⁵ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 8450.

¹⁵⁶ Véase, por todos, Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), “La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 4, p. 1583. Igualmente, Juan José BLANCO GÓMEZ (1996), *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación principal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Dykinson, Madrid, p. 27, defiende que la cláusula penal tiene “una función jurídica típica (...) consistente en la creación convencional de una sanción para el deudor transgresor de la regla de conducta”, el mismo postulado de Michele TRIMARCHI (1954), *La clausola penale*, Giuffrè, Milán, p. 68.

¹⁵⁷ En esta línea, Enrique RUIZ VADILLO (1975), “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”, *Revista de Derecho Privado*, p. 380; y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992),

adelante, en concreto, en el tercer apartado de este capítulo, relativo a las modalidades de pena convencional.

1.2. Discusión sobre la licitud de la cláusula penal

En Derecho español la doctrina discutió sobre la licitud de estas cláusulas, ya que un sector minoritario de la misma sostuvo que un particular no puede imponer sanciones a otro. Ahora bien, la cláusula penal descansa sobre la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC) que, aunque restringida en algunos ámbitos —por ejemplo, en la contratación con consumidores o en la esfera del derecho de la competencia—, ampara que las partes adopten este tipo de pactos, sin límite alguno más que la ley, la moral o el orden público. En ningún caso se trata de la imposición *ex post* de una pena por una parte a la otra, sino que siempre ha habido el consentimiento previo de la parte que eventualmente puede resultar sancionada.

La discusión sobre la licitud de las cláusulas penales está hoy en día abandonada. El debate al respecto fue iniciado por GARCÍA VALLÉS, autor que planteó como principal objeción la posible falta de proporcionalidad de una pena impuesta por un particular a otro¹⁵⁸. En

La obligación con cláusula penal, Montecorvo, Madrid, p. 32. Al respecto, véase también Adriano DE CUPIS (1979), *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, p. 527.

¹⁵⁸ Ramón GARCÍA VALLÉS (1970), “Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, p. 292: “La exigencia de justicia o de proporción respecto a dichas cláusulas debe fundarse en que se trata de pactar en materia de sanciones y, por tanto, de aplicar una sanción aunque sea convencional. La sanción en su determinación da lugar a un problema de proporción o de justicia; incluso puede afirmarse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción”.

contra, ORTÍ VALLEJO que, en defensa de la licitud de las cláusulas penales, argumentó que su naturaleza no es sancionatoria, pues su finalidad es estimular el cumplimiento del deudor y no penar la violación del derecho de crédito¹⁵⁹. Postulado también de ROUJOU DE BOUBÉE, para quien el fundamento de la pena convencional no es la violación de la obligación principal, sino el perjuicio producido por el incumplimiento¹⁶⁰.

2. Funciones de la cláusula penal

Por función de la cláusula penal entendemos su fin o cometido, con independencia de la modalidad o tipo al que pertenezca (apartado tercero de este capítulo)¹⁶¹.

La cláusula penal cumple la función genérica de garantía¹⁶², tal y como en nuestro Derecho histórico ya identificaron Las Partidas¹⁶³. El

¹⁵⁹ Antonio ORTÍ VALLEJO (1982), “Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, p. 291: “[E]l margen amplio para dar mayor o menor alcance a la pena (...) está fundado (...) en el perjuicio, probable en cuanto a su existencia y aproximado en su cuantía. Si la pena lo sobrepasa, siempre que no sea en exceso, será en razón de compeler al deudor al exacto cumplimiento, pero no para sancionar la violación del crédito”.

¹⁶⁰ Marie Ève ROUJOU DE BOUBÉE (1974), *Essai sur la notion de réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, pp. 66 y ss.

¹⁶¹ Véase Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 53: “Por modalidades entendemos los diversos tipos de cláusula penal que se dan en el tráfico, y por funciones, los fines o cometidos que la cláusula cumple, esto es, para qué sirve, o la incidencia que pueda tener en la práctica”.

¹⁶² Ley XXXIV, Título XI, Partida V: “Pena ponen los omes á las vegadas en las promisiones que facen porque sean mas firmes et mejor guardadas: et esta pena atal es dicha en latin conventionalis, que quiere tanto decir como pena que es puesta á placer de las partes (...)”, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códices antiguos* (1807), Real

reconocimiento de esta función genérica de garantía a la pena convencional es palmario en la jurisprudencia más reciente: por ejemplo, la STS, 1ª, 25.1.2008 (RJ 223, MP: Clemente Auger Liñán) que, en relación con una pena convencional de 20.000 ptas. (120,20 €) por cada día de retraso en la conclusión o resolución de un contrato de obra, declara con cita de la STS, 1ª, 13.7.2006 (RJ 4507, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) –recaída en un contrato de permuta de solar por edificación en que se pactó una pena de 100.000.000 ptas. (601.012,10 €) para el caso de que el edificio no fuera entregado en el plazo previsto- que¹⁶⁴:

“Tratándose pues de una cláusula penal, de ellas se ha dicho por esta Sala, con carácter general, que «son accesorias, o sea de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria y con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma» [STS, 1ª, 13.7.2006]” (FD 2º).

Academia de la Historia, t. III, p. 273, reproducción facsimilar disponible en <http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T1.pdf> (fecha de consulta 24.11.2012).

¹⁶³ Véase Enrique PINAZO TOBES (1995), “Cláusula penal contractual”, en Ángel CARRASCO PERERA (dir.), *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 337.

¹⁶⁴ En idéntico sentido, la STS, 1ª, 31.10.2006 (RJ 8405, MP: Juan Antonio Xiol Ríos): “la cláusula penal se puede enclavar dentro dentro de las cláusulas accesorias, es decir, de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma” (FD 5º). Asimismo, la STS, 1ª, 21.1.2009 (RJ 398) que, respecto a la calificación concursal de los recargos tributarios de apremio como créditos subordinados, declara que “al igual que la cláusula penal en el ámbito civil su finalidad no es otra que procurar o asegurar el puntual cumplimiento de la obligación principal” (FD 3º).

Junto a esta función genérica de garantía, la doctrina mayoritaria señala que la cláusula penal cumple dos funciones principales: la sustitutiva o liquidatoria y la coercitiva. Ambas funciones son tributarias de la idea general de garantía¹⁶⁵, pues la primera persigue asegurar el resarcimiento y la segunda estimular el cumplimiento, respectivamente. Así pues, si bien la pena siempre tiene el mismo fundamento para ser exigida, ésta puede responder a dos finalidades distintas: por un lado, la reparación de los perjuicios causados y, por otro lado, la sanción del incumplimiento del deudor¹⁶⁶.

Sin embargo, la función genérica de garantía de la cláusula penal no es equiparable a la que sirven en nuestro ordenamiento jurídico otros institutos, tales como la fianza, el aval o la solidaridad pasiva, verdaderas garantías personales típicas y de origen convencional¹⁶⁷. La cláusula penal difícilmente es encuadrable dentro de las garantías personales porque no asegura el cumplimiento del contrato, sino el resarcimiento de los daños derivados de su inexecución usualmente a cargo del mismo deudor, sin que haya ningún tercer sujeto que actúe como garante. La estipulación de una pena puede ampliar el poder de

¹⁶⁵ Véase Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, 5ª ed., Civitas, Madrid, p. 399: “Por la manera como la prestación penal se conecta con la prestación principal, con su inexecución o ejecución defectuosa o retrasada, puede cumplir funciones muy diferentes, aunque todas ellas quepan *grosso modo* en la idea genérica de garantía”.

¹⁶⁶ José María MANRESA Y NAVARRO (1907), *Comentarios al Código Civil español*, t. VII, 2ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, p. 237: “teniendo la pena siempre el mismo fundamento para ser exigida, el incumplimiento de la obligación principal, puede tener dos aspectos y fines distintos: ya limitada su condición estricta de pena que castiga la infracción cometida, ya como medio de reparar los perjuicios que ésta supone”.

¹⁶⁷ Véase un cuadro de las garantías personales en Derecho español en Francisco J. INFANTE RUIZ (2004), *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 642.

agresión del acreedor en la medida que agrave la responsabilidad por incumplimiento, pero siempre sin recurrir a medios distintos de la responsabilidad patrimonial universal del deudor con arreglo al artículo 1911 CC.

Así, la causa de garantía es un elemento ausente, pues la pena convencional puede promover el cumplimiento por el deudor¹⁶⁸, pero no otorga al acreedor seguridad acerca de la realización de su interés primario¹⁶⁹. Por ello, al no tratarse de una garantía personal¹⁷⁰, no tiene

¹⁶⁸ Tesis similar es la de Manuel AMORÓS GUARDIOLA (1972), “La garantía patrimonial y sus formas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 568 y 573. De acuerdo con un concepto amplio de garantía, “[t]oda medida que tienda a hacer más segura la posición del acreedor puede ser considerada como una garantía”, este autor califica de garantía la pena convencional que agrava la responsabilidad del deudor porque “[l]a conveniencia para el deudor de no ver aumentado su gravamen actúa en beneficio del acreedor forzando a aquél a un pago más eficaz. La garantía vive aquí no a través de la ampliación del objeto patrimonial, sino mediante la extensión de la cuantía de la propia deuda”. Del mismo modo, Juan José BLANCO GÓMEZ (1996), *op. cit.*, p. 47, pone de relieve el estímulo psicológico que toda pena puede tener sobre el deudor, salvo las irrisorias.

¹⁶⁹ Vicente GUILARTE ZAPATERO (1979), “Comentario al artículo 1822 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Edersa, Madrid, p. 6: “[Q]uedan al margen del concepto estricto de garantía aquellos medios orientados a mantener intacta la responsabilidad genérica, es decir, (...) los que simplemente presionan al deudor al cumplimiento (...)”. Y el mismo autor añade, p. 6, nota al pie 12: “Así, por ejemplo, la cláusula penal y, en general, con cualquier obligación que el propio deudor adquiere con el fin de hacer más gravoso el incumplimiento si éste se produce”. Igualmente, José Luis LACRUZ BERDEJO (1981), “La causa en los contratos de garantía”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 723: “[L]a pena convencional defiende al acreedor únicamente en el sentido de que ejercite presión sobre la voluntad del deudor, pero no permite la satisfacción de aquél [el crédito] sin una prestación de dicho deudor: es preciso que el deudor esté en condiciones de pagar (el deudor tiene que ser solvente)”. En la misma línea, Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 54; y José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 2, p. 526: “se trata de una cláusula que sirve de refuerzo de la obligación, porque ejerce una presión sobre el deudor que contribuye a disuadirle del incumplimiento, pero no constituye una garantía de la obligación en sentido propio, ni personal ni real, porque no garantiza la pena que el deudor vaya a cumplir, de la misma manera que la propia obligación personal es susceptible de ser garantizada por uno de los medios idóneos en Derecho”. La misma postura mantiene Ángel CARRASCO PERERA (2008), Prólogo

porque extrañarnos la ubicación de la pena convencional en el Código Civil, dentro del Título I del Libro Cuarto, bajo el epígrafe «De las obligaciones con cláusula penal».

En consecuencia, las funciones de la cláusula penal sólo pueden ser dos: la función sustitutiva o liquidatoria y la función coercitiva¹⁷¹, puesto que esta segunda englobaría otras a las que la doctrina ha dado a veces un tratamiento diferenciado¹⁷² (en particular, la que algunos

a la primera edición, en Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 59: “La cláusula penal (salvo que esté prestada por un tercero) tampoco incrementa las garantías de cobro del crédito. En nuestro sentido (pero sí en cualquier otro sentido igualmente legítimo), no constituye contrato de garantía (...) la «garantía» que presta una persona (deudor ya por otro concepto, principalmente vendedor) de que ocurra o no ocurra un determinado estado de cosas, prometiendo una determinada conducta o asumiendo una específica responsabilidad si aquello ocurre. Sin duda que con ello se incrementa el círculo de expectativas del acreedor, pero no la seguridad de satisfacer su crédito”.

¹⁷⁰ En contra, véanse principalmente Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, pp. 456-457; e Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, pp. 1587-1588 y 1590-1591, autores que sostienen que la pena convencional es una garantía personal, porque concede al acreedor una facultad subsidiaria contra el mismo deudor e impone a éste una prestación adicional. Otro argumento a favor de que la cláusula penal sea considerada una garantía personal es la facilitación al acreedor del resarcimiento, evitando la prueba del daño y de su cuantía, según sostiene Ana María SANZ VIOLA (1994), *La cláusula penal en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, p. 18. Este argumento también lo recoge Germán DE CASTRO VÍTORES (2009), *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, pp. 15-16.

¹⁷¹ Al respecto, la STS, 1ª, 12.1.1999 (RJ 36, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) señala que “[a]plicando los artículos 1152 y 1153 del Código Civil es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal —aparte de su función general coercitiva— es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal”.

¹⁷² Tras exponer las diversas clasificaciones doctrinales, ésta es la conclusión que alcanza Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 47-55. En este mismo sentido, Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, *Revista de Derecho Privado*, p. 154; Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *La cláusula penal en Derecho español*, EUNSA, Pamplona, p. 124, Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 391, autor que distingue claramente entre las funciones “liquidatoria de los daños y perjuicios” y “sancionatoria”. Y en sentido similar, más recientemente, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 464, alude sólo a “la pre-

autores llaman de garantía y la función punitiva o estrictamente penal¹⁷³). Así pues, una misma figura da cabida a funciones distintas. De todos modos, según expresa Díez-Picazo, “parece más razonable mantener la unidad institucional, aunque reconociendo la posible dualidad o pluralidad de funciones que se pueden cumplir”¹⁷⁴.

A mi entender, la diversidad terminológica responde a la falta de distinción entre las funciones y las modalidades de la cláusula penal, hecho que conlleva la categorización como funciones de lo que, de acuerdo con la definición expuesta —su fin o cometido en la práctica—, son sólo modalidades o clases¹⁷⁵.

estimación y liquidación anticipadas de la indemnización de daños y perjuicios” y “la idea punitiva o pena *stricto sensu*”. También José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 527-529, apunta estas dos funciones bajo la denominación de “función disuasoria” y de “función indemnizatoria”, aunque añade una tercera, la función de garantía o aseguramiento del riesgo.

¹⁷³ Así, por ejemplo, Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1997), *op. cit.*, p. 261, emplea los términos “función coercitiva o de garantía” y “función punitiva”; y Ramón María ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), *op. cit.*, p. 294, utilizan la expresión “estrictamente penal”. Las fórmulas mencionadas hacen referencia a la pena cumulativa, de la cual me ocupo en el apartado 3.2. de este capítulo.

¹⁷⁴ Luis Díez-Picazo y Ponce de León (2008), *op. cit.*, p. 464. Asimismo, Isabel Espín Alba (1997), *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Marcial Pons, Madrid, p. 55: “De hecho, la literalidad de los preceptos no parece ofrecer duda de que la diferenciación de efectos: liquidatorio o sancionatorio, está dibujada dentro de una misma figura, denominada cláusula penal”.

¹⁷⁵ Opinión también de Ana María Sanz Viola (1994), *op. cit.*, p. 15: “[E]n muchas ocasiones se mezclan dos cuestiones diferentes que son, las posibles funciones de la cláusula penal y las diversas modalidades de la misma”. Véase, por ejemplo, el uso indistinto de una y otra categoría en Cristina de Amunátegui Rodríguez (1993), *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, p. 27: “Las diferentes posturas expuestas coinciden en su mayoría en señalar como *funciones* fundamentales de la cláusula penal la sustitutiva o liquidatoria y la cumulativa, junto a ellas existiría también la llamada multa penitencial o pena de arrepentimiento. Pues bien, son exactamente estas *modalidades* recogidas en los artículos que el C.C. dedica a la cláusula penal, y también las reconocidas por la Jurisprudencia” (énfasis añadido). Del mismo modo, Gemma Vives Martínez (2000), *El Juez y el Abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Ediciones Revista

2.1. Función sustitutiva o liquidatoria

Conforme al artículo 1152.I CC:

En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

El artículo 1152 CC da cuenta en su primer párrafo de una de las dos funciones principales de la cláusula penal: la liquidación de los daños derivados del incumplimiento en sustitución del régimen legal de indemnización de los perjuicios por falta de cumplimiento (artículo 1101 CC y ss.). Con arreglo al último inciso del artículo 1152.I CC *in fine* (“si otra cosa no se hubiere pactado”), esta función tiene carácter dispositivo, pues opera en defecto de pacto de los contratantes.

La jurisprudencia considera fundamental la función liquidatoria o sustitutiva:

- “(...) la función natural de la cláusula penal es de liquidación de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios” STS, 1ª, 17.11.2004 (RJ 7239, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel)

General de Derecho, Valencia, pp. 68-69, lista tres funciones: coercitiva, liquidadora y cumulativa.

(FD 6º), caso en que las partes de un contrato de obra fijaron las cantidades a abonar por retraso y deficiencias en la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales a instalar en una fábrica de papel.

- “La función esencial de la cláusula penal (...) es la liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios” STS, 1ª, 28.9.2006 (RJ 6390, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) (FD 2º), en un contrato de compraventa de vivienda, las partes habían pactado para cualquier incumplimiento del contrato una pena de 7.700.000 ptas. (46.277,93 €) que, por razón de su elevada cuantía en relación con el precio de 18.000.000 ptas. (108.182,18 €), el juzgador entendió que la pena pactada sólo operaba frente a incumplimientos totales del contrato.

- “La doctrina jurisprudencial ha declarado que la cláusula penal (...) sanciona el incumplimiento o el cumplimiento irregular de la obligación, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, por lo que es una excepción al régimen normal de las obligaciones, al sustituir la indemnización, lo que obliga a su interpretación restrictiva” STS, 1ª, 5.12.2007 (RJ 8902, MP: Román García Varela) (FD 3º), en un contrato de obra, las partes convinieron una pena moratoria de 25.000 ptas. (150,25 €)

a cargo del contratista por cada día hábil de retraso en la entrega de la edificación.

La mera estipulación de la pena comporta una modificación convencional de las reglas legales relativas a la responsabilidad contractual que tiene dos efectos: la liquidación anticipada del daño y, si el acreedor reclama la pena, la exclusión del cumplimiento forzoso de la obligación principal¹⁷⁶.

En primer lugar, la cláusula penal supone que las partes sustraigan la valoración del daño de la regla del artículo 1101 CC¹⁷⁷, ya que los contratantes fijan anticipadamente la compensación y sólo será necesario probar el incumplimiento, pero no el daño ni su cuantía. La STS, 1ª, 26.3.2009 (RJ 2387, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) así lo declara cuando entiende que el pacto contenido en un contrato de opción de compra sobre un chalet, en virtud del cual si el optante incumple pierde la mitad del precio de compra entregada al optatario en el momento de su celebración, constituye una pena convencional, de modo que únicamente es necesario probar el incumplimiento pero no el perjuicio:

¹⁷⁶ Ferran BADOSA COLL (1990), *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona, p. 183: “la eficacia obligacional de la cláusula penal tiene una correlativa eficacia negativa: impedir el nacimiento de la obligación indemnizatoria del art. 1.101 (art. 1.152.1, “sustituirá”) y excluir el cumplimiento forzoso (art. 1.153, final: “Tampoco... podrá exigir conjuntamente”). Véanse también DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993), *op. cit.*, p. 33; e Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁷ Artículo 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

“(…) la pena convencional, prevista en la cláusula penal, tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de los mismos y su finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento (…)” (FD 3º).

Llegado el momento del incumplimiento, la pena sustituye a la indemnización por daños y perjuicios, por mucho que la pena pactada sea superior o inferior a los daños existentes e incluso si el incumplimiento no ha ocasionado alguno.

En segundo lugar, la pena convencional excluye el cumplimiento forzoso si el acreedor ha optado por ella, a menos que el contrato conceda al acreedor la facultad de exigir el pago de la pena acompañado del cumplimiento de la obligación principal (“pena cumulativa”)¹⁷⁸. Así se desprende del tenor literal del artículo 1153 CC:

¹⁷⁸ Véase al respecto el apartado 3.2. de este capítulo. En síntesis, para la mayoría de la doctrina, la pena cumulativa es aquella que se añade a la prestación debida, entre otros, los tratadistas Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2, Edersa, Madrid, p. 476; José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 263; y Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, pp. 466-467; así como el comentarista Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), *op. cit.*, p. 159. En cambio, para otro 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), *op. cit.*, pp. 578-580, que sigue a ESPÍN CANOVAS (1946), *op. cit.*, p. 154. No obstante, cabe señalar que el cumplimiento por equivalente es subsidiario respecto el cumplimiento en forma específica y en ambos casos la satisfacción de la pena puede acumularse con el cumplimiento de la obligación principal.

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.

2.2. Función coercitiva

La cláusula penal desempeña una función coercitiva si tiene por objeto una agravación del resarcimiento, cuya finalidad es la de incitar al deudor para que cumpla la prestación principal ante el temor de ver incrementada su responsabilidad¹⁷⁹. La jurisprudencia pone de relieve esta función y la compatibiliza con la función liquidatoria, entre otras, la STS, 1ª, 8.6.1998 (RJ 4284, MP: Alfonso Villagómez Rodil), que se pronunció sobre la pena convencional de 30.000 ptas. (180,30 €) estipulada en un contrato de arrendamiento de industria, un café-bar, por cada día de retraso en su desalojo:

“El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando

¹⁷⁹ De acuerdo con Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1596: “La cláusula penal opera como mecanismo que modifica convencionalmente las reglas legales relativas a la responsabilidad contractual para, normalmente, agravarla”. En igual sentido, véase Francisco JORDANO FRAGA (1984), “Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 610-611, autor que incluye la cláusula penal dentro de los pactos de agravación de la responsabilidad y señala que “[s]e trata, en suma, de una liquidación convencional y preventiva del daño resarcible (...) que pesa sobre el ánimo del deudor motivándolo hacia el cumplimiento (pues al reforzarse la carga económica de la responsabilidad resulta más conveniente cumplir que dejar de hacerlo (...))”.

se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios” (FD 3º).

De este modo, la modificación convencional de las reglas legales relativas a la responsabilidad contractual tiene el efecto de estimular el cumplimiento del deudor, consecuencia que se añadiría a los dos efectos propios de la función liquidatoria ya mencionados, la liquidación anticipada del daño y, en su caso, la exclusión del cumplimiento forzoso de la obligación principal¹⁸⁰.

La función coercitiva de la cláusula penal queda especialmente patente en la pena cumulativa, aquélla que permite al acreedor exigir conjuntamente el pago de la pena y el cumplimiento de la obligación principal y que, en virtud del artículo 1153 CC *in fine*, requiere acuerdo expreso (“sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada”).

Fuera de la pena calificable como cumulativa, que es objeto de estudio en el apartado 3.2. de este capítulo, también concurre esta función si de forma deliberada las partes pactan un montante superior al daño previsible en el momento de celebración del contrato y, por tanto, la pena no se suma ni al cumplimiento forzoso ni por equivalente pecuniario de la prestación principal.

¹⁸⁰ Según expresa Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1997), *op. cit.*, p. 261: “(...) ante la amenaza de la pena, el deudor está más constreñido al mismo [el cumplimiento exacto de la obligación principal] que en la obligación ordinaria”.

3. Modalidades

Las modalidades o tipos de cláusula penal pueden clasificarse en cuatro categorías, según la pena que contengan¹⁸¹:

- a) Pena sustitutiva o compensatoria
- b) Pena cumulativa
- c) Pena moratoria
- d) Multa penitencial

En cualquiera de estas modalidades, hay que estar a la lesión del derecho de crédito prevista por la estipulación, puesto que la cláusula únicamente desplegará sus efectos respecto del incumplimiento concreto para el que fue convenida. Fuera del incumplimiento estipulado, el acreedor perjudicado conserva sus pretensiones con arreglo al régimen general de responsabilidad contractual¹⁸².

3.1. Pena sustitutiva o compensatoria

Modalidad de cláusula penal que consiste en una estipulación que fija un quantum en sustitución de la indemnización por daños y perjuicios

¹⁸¹ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 35-47.

¹⁸² Al respecto, Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, p. 453: “La pena refuerza la obligación de incumplimiento sancionado con ella, y puede haberse establecido para todo tipo de incumplimiento, o sólo para determinadas figuras del mismo (por ejemplo, para si se cumple inexactamente o de forma exacta, pero morosa), en cuyo caso, a las demás, en principio, se aplican las reglas generales”. En igual sentido, véase también Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, pp. 1596-1597, que lo señala en concreto sobre la función liquidatoria.

y del abono de intereses. Si el acreedor opta por la pena en lugar de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación principal, los efectos de este tipo de cláusula son los dos ya señalados: la liquidación del daño con la sola necesidad de probar el incumplimiento y la imposibilidad de reclamar el cumplimiento forzoso de la obligación principal. Al respecto, la ya citada STS, 1ª, 26.3.2009 (RJ 2387, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz)¹⁸³ explicita que el acreedor que reclame la pena no deberá probar ni la existencia de los daños derivados del incumplimiento ni tampoco su cuantía:

“la pena convencional, prevista en la cláusula penal, tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de los mismos y su finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento” (FD 3º).

Es más, la cláusula penal no sólo libera al acreedor perjudicado de las cargas procesales relativas a la prueba de la existencia del daño y su cuantía¹⁸⁴, sino que además le protege contra el riesgo de no poder

¹⁸³ Recordemos que, en este caso, el Tribunal Supremo calificó de cláusula penal el pacto contenido en un contrato de opción de compra sobre un chalet, en virtud del cual si el optante incumple pierde la mitad del precio de compra entregada al optatario en el momento de su celebración. Por tanto, el mero incumplimiento, aquí el desistimiento unilateral del contrato por parte del optante, conlleva la pérdida de dicha cantidad, sin que el optatario deba acreditar el perjuicio sufrido.

¹⁸⁴ Véase, por todos, Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993), *op. cit.*, p. 34. Asimismo, Vicente MONTÉS PENADÉS (2001), “Las garantías del crédito”, en María Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ y Rafael VERDERA SERVER (coords.), *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 169, añade que la cláusula penal también agilizaría un eventual procedimiento de ejecución forzosa

demostrar el perjuicio y la incertidumbre asociada a su cuantificación judicial¹⁸⁵. Por este motivo, LACRUZ puntualiza que la pena sustitutiva o liquidatoria “sustituye a la indemnización y a la discusión sobre ella”, sin tratarse de una mera valoración anticipada de los daños, puesto que cabe pedirla aun cuando el incumplimiento penado no cause daño alguno¹⁸⁶. En consecuencia, si el incumplimiento del deudor ocasionara daños, la pena pactada absorbería la indemnización de los mismos “cuando eventualmente hubiera habido lugar a ella”, en palabras de ALBALADEJO¹⁸⁷.

Esta modalidad de cláusula penal es aquélla que el ordenamiento atribuye por defecto, si las partes nada han pactado, tal y como establece el artículo 1152 CC, cuya claridad expositiva despeja cualquier clase de duda en virtud de la expresión “si otra cosa no se hubiere pactado”¹⁸⁸. Con base en los artículos 1152 y 1153 CC, el

porque el monto fijado es independiente de los daños reales que puedan haberse irrogado.

¹⁸⁵ Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1597.

¹⁸⁶ José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 264: “Se pacta en sustitución de la indemnización por incumplimiento: no en calidad de valoración anticipada de los daños —puesto que habrá de pagarse aunque no existan o sean más reducidos—, sino como un *forfait* que, en caso de incumplimiento, evita tener que investigar más: sustituye a la indemnización y a la discusión sobre ella (...)”.

¹⁸⁷ Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, p. 470: “[D]e dicho artículo [1152.I CC] sólo se sigue que habiendo derecho a la pena (lo que tiene lugar por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso, y no porque haya habido daños), ésta absorbe la indemnización cuando eventualmente hubiera habido lugar a ella. Lo que, evidentemente, no quiere decir que, en defecto de la misma, no hay derecho a la pena”.

¹⁸⁸ Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (2013), “De las obligaciones con cláusula penal”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, p. 1577. En contra, un sector minoritario de la doctrina entiende que la función genuina de la cláusula penal es la coercitiva. Así, Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 58, afirma que “el fin primordial de las partes al pactar la cláusula penal es el impulsar a que se cumpla

Tribunal Supremo ha afirmado la presunción legal del carácter sustitutivo de la cláusula penal, presunción que cede ante prueba en contrario. El pronunciamiento judicial clásico del Alto Tribunal es la STS, 1ª, 21.2.1969 (RJ 967), recaído en un caso en que una inmobiliaria se obligó a satisfacer a los compradores una pena de 350.000 ptas. si no les entregaba unos locales comerciales que cumplieran con unas características determinadas (entre otras, una superficie entre 120 y 200 metros cuadrados), pronunciamiento que ha sido reiterado por la jurisprudencia más reciente¹⁸⁹:

“Que nuestro ordenamiento jurídico admite esa triple finalidad de la cláusula penal (...) pero aun reconociendo que puede desempeñar cualquiera de esas distintas finalidades, según cuál sea la que se haya convenido, sin embargo establece como presunción general, la sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, pues dispone en el citado art. 1152, que ello ocurrirá si no se ha pactado otra cosa, exigiendo, en cambio, en el art. 1153 que para que el deudor pueda eximirse del cumplimiento de la obligación es necesario que «expresamente se le hubiese reservado este derecho» y también, para que el acreedor pueda «exigir conjuntamente» el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena «que esta facultad le haya sido expresamente otorgada»” (Considerando 15º).

debidamente la obligación principal, e históricamente la función coercitiva fue la primera que surgió, siendo la «liquidación» muy posterior en el tiempo”. Véase también Juan José BLANCO GÓMEZ (1996), *op. cit.*, p. 52.

¹⁸⁹ SSTS, 1ª, 10.12.2009, FD 4º (RJ 2010\852, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); 26.3.2009, FD 3º (RJ 2387, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); y 23.9.2006, FD 4º (RJ 6714, MP: Antonio Salas Carceller).

3.2. Pena cumulativa

De acuerdo con una interpretación literal del artículo 1153 CC *in fine*, la doctrina tradicional mayoritaria define la pena cumulativa como aquélla que, siempre y cuando las partes así lo hayan acordado, permite al acreedor reclamar junto con la pena el cumplimiento de la obligación principal en forma específica o por equivalente pecuniario¹⁹⁰.

En cambio, para otro sector bastante nutrido de la doctrina tradicional¹⁹¹, la pena cumulativa es aquélla que se añade a la reparación ordinaria, dado que encuentra su fundamento en el último inciso del artículo 1152.I CC (“si otra cosa no se hubiere pactado”), distinguiéndola de la pretensión simultánea de cumplimiento y pena del artículo 1153 CC *in fine*. Incluso, hay autores que siguiendo la doctrina italiana encabezada por TRIMARCHI¹⁹², o el pronunciamiento de la ya citada STS, 1ª, 21.2.1969 (RJ 967), entienden que sólo esta modalidad constituye una cláusula penal pura o en sentido estricto¹⁹³. De hecho, la pena cumulativa es la modalidad más gravosa para el

¹⁹⁰ Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, p. 476; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), *op. cit.*, p. 159; José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 263; y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 466. Véase también Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 35.

¹⁹¹ Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, p. 154; Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, p. 124, Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 390; José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 578-580; e Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, p. 50.

¹⁹² Véase Michele TRIMARCHI (1954), *op. cit.*, p. 23.

¹⁹³ Ésta es la opinión de Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, p. 76; y Jaime SANTOS BRIZ (1973), *Derecho civil, teoría y práctica*, vol. III, EDERSA, Madrid, p. 90.

deudor, también en el supuesto en que la pena se suma a la prestación debida.

Sin embargo, con independencia de la cuestión terminológica, los contratantes pueden haber acordado que la pena se añada a la reparación ordinaria ex artículo 1152 CC, o bien a la prestación debida de conformidad con el artículo 1153 CC¹⁹⁴. En uno y otro caso, la pena convencional merece la calificación de cumulativa, pues resulta indistinto que el plus de onerosidad provenga de la acumulación de la pena con el cumplimiento de la obligación principal o con el resarcimiento.

Es más, cabe señalar que el cumplimiento por equivalente es subsidiario respecto el cumplimiento en forma específica y que en ambos casos la satisfacción de la pena puede acumularse con el cumplimiento de la obligación principal. Por consiguiente, en la práctica, podría alcanzarse un resultado muy semejante, pues el cumplimiento por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios impondrían al deudor una misma conducta: la entrega de una suma de dinero. Además, sin especialidades en nuestra legislación procesal civil en cuanto a las reglas de cálculo del equivalente pecuniario de prestaciones no dinerarias (artículos 712 y 717 LEC), siempre habrá que añadir a éste la liquidación de los daños y perjuicios causados por el deudor que infringe cualesquiera de sus deberes contractuales (artículos 702.2, 703.3, 706.1, 708.2, 709.1 y 710.1

¹⁹⁴ Tercera postura sobre la pena cumulativa, mantenida por Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, pp. 51-52; Gemma VIVES MARTÍNEZ (2000), *op. cit.*, p. 69; Germán DE CASTRO VÍTORES (2009), *op. cit.*, p. 19; e Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, pp. 1599-1600.

LEC)¹⁹⁵. En consecuencia, la pena cumulativa puede sumarse a remedios monetarios sustancialmente idénticos¹⁹⁶: por un lado, el cumplimiento por equivalente, incluyendo los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución de la prestación; y, por otro lado, la reparación ordinaria, la cual comprende la indemnización sustitutoria del cumplimiento.

La pena cumulativa comporta que el acreedor pueda llegar a recibir el interés contractual al menos por duplicado: si la pena cuantifica el interés del acreedor, aquel acreedor que reciba la prestación o la pena satisface su interés, pero aquel acreedor que recibe la prestación —o, en su caso, el equivalente pecuniario o la indemnización correspondiente— y la pena se beneficia de atribuciones patrimoniales

¹⁹⁵ De acuerdo con Juan José BLANCO GÓMEZ (1996), *op. cit.*, p. 90: "Por tanto, cuando ha sido pactada expresamente la pena cumulativa —y supuesto se den los demás requisitos, ya contemplados, para su aplicación—, entra en juego la figura, que deja subsistentes todos los principios generales del resarcimiento, comunes a todas las obligaciones. Con la particularidad, claro está, de que, en aquéllas en las que se ha pactado una obligación accesoria penal del carácter que ahora contemplamos, el acreedor tendrá derecho no solo al cumplimiento forzoso —*in natura* o por equivalente pecuniario—, de la obligación principal, con la eventual y añadida indemnización del daño causado por el incumplimiento, sino también a la prestación objeto de la obligación penal". En idéntico sentido, Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 309; y Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, pp. 49-50. Véase también Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2005), "La ejecución no dineraria", en AA. VV., *Derecho procesal civil: ejecución forzosa, procesos especiales*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 315-327.

¹⁹⁶ Sobre la falta de entidad del cumplimiento por equivalente como remedio intermedio entre el cumplimiento en forma específica y la indemnización de daños y perjuicios, véase principalmente Fernando GÓMEZ POMAR (2007), *op. cit.*, p. 15. En contra, Eugenio LLAMAS POMBO (1999), *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, pp. 299-300, quien sostiene que la coincidencia entre el cumplimiento por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios es sólo aparente, ya que el primer remedio representa el valor de la prestación mientras que el segundo cuantifica los perjuicios derivados del incumplimiento, así "el contenido de la primera [cumplimiento por equivalente] es constante y permanente, y el de la segunda [indemnización de daños y perjuicios] es eventual y variable".

multiplicadas, las cuales superan con creces el agravamiento de la responsabilidad del deudor tendente a reforzar la obligación principal¹⁹⁷. Esta multiplicación del *id quod interest* hace que la pena cumulativa desempeñe la función coercitiva con mayor intensidad que cualquier otra modalidad de pena convencional.

El alto grado de coerción al deudor y el tenor literal del artículo 1153 CC, “que esta facultad le haya sido claramente otorgada”, explican que la acumulación no se presume, sino que deba pactarse y, además, la acumulación debe resultar con claridad del pacto, puesto que en caso de duda opera la regla presuntiva del precepto citado en virtud de la cual la voluntad probable de los contratantes es que el acreedor pueda exigir el cumplimiento o la pena, pero no ambas¹⁹⁸.

Por tanto, la interpretación restrictiva habitual de las cláusulas penales ha de ser todavía mayor para las estipulaciones en que las partes hayan previsto una pena cumulativa. Si las cláusulas penales en tanto que “excepción al régimen normal de las obligaciones” merecen una interpretación restrictiva¹⁹⁹, con más razón aquéllas que establezcan penas cumulativas, tal y como señala la STS, 1ª, 3.11.1999 (RJ 8859, MP: Jesús Corbal Fernández) en un caso en que las partes de un

¹⁹⁷ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2006), “Cláusula penal y resolución de contrato”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. I, Colegio de Registradores, Madrid, p. 403.

¹⁹⁸ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1153”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 8457.

¹⁹⁹ Véanse los pronunciamientos de las SSTs, 1ª, 17.9.2013, FD 13º (RJ 6826, MP: Rafael Saraza Jimena); 30.9.2009, FD 2º (RJ 7261, MP: José Antonio Seijas Quintana); 22.4.2009, FD 6º (RJ 4730, MP: Antonio Salas Carceller); y 18.9.2008, FD 2º (RJ 5522, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

contrato de compraventa de dos naves industriales acordaron expresamente la exigencia conjunta de la pena y la obligación principal:

“(…) la modalidad de cláusula penal acumulativa que se regula en el párrafo segundo del artículo 1153 del Código Civil requiere una voluntad clara de las partes en su establecimiento, y que doctrina jurisprudencial reiterada sostiene una interpretación restrictiva de tales cláusulas (…)” (FD 3º).

El carácter extraordinariamente sancionador de la pena cumulativa ha hecho que otros ordenamientos no la admitan o lo hagan sólo en supuestos muy concretos. El Código Civil francés únicamente la admite en caso de retraso en el cumplimiento, según su artículo 1229²⁰⁰. Del mismo modo, el artículo 1383 del Código Civil italiano²⁰¹ y el artículo 811 del Código Civil portugués²⁰². La misma solución adoptó el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Resolución (78) 3, de 20 de enero de 1978²⁰³, que recogía una

²⁰⁰ *Article 1229: “Il [le créancier] ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard”* (“Este no podrá reclamar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que ésta hubiera sido estipulada para el caso de simple retraso”).

²⁰¹ *Articolo 1383: “Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo”* (“El acreedor no puede reclamar la prestación principal y la pena, a menos que la pena hubiera sido estipulada para el simple retraso”).

²⁰² *Artigo 811.1:” O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário”* (“El acreedor no puede exigir cumulativamente, con base en el contrato, el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la cláusula penal, a menos que ésta hubiera sido estipulada para el retraso de la prestación; cualquier estipulación en contrario es nula”).

²⁰³ El artículo segundo del proyecto de convenio propuesto en la Resolución establecía que *“le créancier ne peut obtenir à la fois l'exécution conforme au contrat de l'obligation*

propuesta de convenio en la materia. No obstante, en estos casos hemos de calificar la pena como moratoria y no como cumulativa, pues con ella se indemniza el retraso en el cumplimiento, motivo por el cual nunca se acumularía la pena ni a la prestación debida ni a la reparación ordinaria. Por tanto, hemos de concluir que los ordenamientos señalados no admiten la pena cumulativa bajo ningún supuesto, en contra de lo que sostiene DÁVILA GONZÁLEZ²⁰⁴.

Sin embargo, la Convención Benelux relativa a la cláusula penal, hecha en La Haya el 26 de noviembre de 1973²⁰⁵, y la UNCITRAL, en sus Normas Uniformes sobre Cláusulas Contractuales por las que se Establece una Suma Convenida en Razón de la Falta de Cumplimiento (A/CN.9/243, anexo I)²⁰⁶, de 19 de diciembre de 1983, adoptan la

principale et la somme stipulée, à moins que cette somme n'ait été convenue pour une exécution tardive; toute stipulation contraire est nulle (“el acreedor no puede obtener a la vez la ejecución de la obligación principal conforme al contrato y la suma estipulada, a menos que esta suma se haya convenido para una ejecución tardía; cualquier estipulación contraria es nula”).

²⁰⁴ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 36-37: “Así, si nos referimos al Derecho comparado, son muchos los Estados cuyos ordenamientos la prohíben expresamente [la pena cumulativa], salvo en el caso de que se haya establecido para el retraso en el cumplimiento (...)”.

²⁰⁵ Si bien el artículo 2, en sus apartados primero y segundo, prohíbe la acumulación de la pena tanto con la prestación debida como con la reparación ordinaria, la propia Convención establece el carácter dispositivo de esta norma y permite que las partes la deroguen mediante pacto expreso, véase Jean THILMANY (1980), “Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 32, núm. 1, p. 41.

²⁰⁶ Su artículo 6 dispone: “1) Si el contrato establece que el acreedor tiene derecho a la suma convenida en razón del retraso en el cumplimiento, tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida. 2) Si el contrato establece que el acreedor tiene derecho a la suma convenida en razón de una falta de cumplimiento distinta del retraso, tendrá derecho al cumplimiento o a la suma convenida. No obstante, si la suma convenida no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por la falta de cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida”.

solución vigente en Derecho español, pues los dos textos admiten la pena cumulativa siempre que medie el pacto expreso de las partes. Incluso las Normas Uniformes de la UNCITRAL son en este aspecto bastante más permisivas que el Derecho español por cuanto permiten la pena cumulativa, aun en defecto de pacto expreso de las partes, cuando la suma estipulada “no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por la falta de cumplimiento”.

3.3. Pena moratoria

La pena moratoria es aquella prevista en una estipulación que determina un quantum para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, no para el caso de cualquier otra clase de cumplimiento inexacto o defectuoso ni tampoco para el caso de incumplimiento total. El esquema de fijación de la cuantía puede variar: una determinada cantidad por unidad de tiempo, un porcentaje de interés sobre una suma de dinero o, incluso, un descuento en el precio a favor del acreedor de la obligación de entrega.

Para numerosos autores, la pena moratoria es una variante de la pena sustitutiva, que también puede ser compensatoria (apartado 3.1. de este capítulo), según si la reparación se pactó para el mero retraso o para los restantes tipos de incumplimiento, respectivamente²⁰⁷.

Y su artículo 9 establece: “Las partes podrán disponer en contrario o modificar los efectos de los artículos 5, 6 y 7 de las presentes Normas”.

²⁰⁷ Véase, por todos, Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, p. 154: “La pena es debida, caso de incumplimiento, en sustitución de esa reparación (pena sustitutiva). Ahora bien: como la reparación puede proceder tanto del incumplimiento como del retardo, la pena, según se pacte para una hipótesis o para otra, será compensatoria o moratoria, respectivamente”. En igual sentido, Jesús María LOBATO DE BLAS (1974),

Sin embargo, por las peculiaridades que presenta, la pena moratoria merece un tratamiento diferenciado respecto de la pena sustitutiva o compensatoria, a pesar incluso de que la pena sustituya a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento tardío ex artículo 1152 CC.

Por otro lado, con arreglo al artículo 1153 CC y siempre que los contratantes así lo hayan acordado, la pena moratoria puede acumularse a la indemnización de daños y perjuicios en vez de sustituirla²⁰⁸, circunstancia que igualmente podría dar pie a la división de la pena cumulativa (apartado 3.2. de este capítulo) en dos categorías, según si se acumulara con la prestación debida, o en su caso con el resarcimiento por su falta de ejecución, o bien se acumulara con la reparación por el simple retardo. La STS, 1ª, 13.12.2008 (RJ 2666, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) reconoce expresamente la validez de la pena moratoria de naturaleza cumulativa porque las partes estipularon que el retraso del arrendatario en el pago de la renta daba derecho al arrendador a percibir el interés legal de demora que se devengare junto con la pena, pena que consistía en el

op. cit., pp. 125–126. Y, más recientemente, Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁸ Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1649: “Rige, pues, el principio básico, común a todo tipo de pena convencional, así como su posible excepción: la pena sustituye a la indemnización legal de daños, pero puede también desempeñar una función genuinamente punitiva si las partes acuerdan acumularla con la indemnización de los daños y perjuicios que se acrediten”. Con anterioridad, Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, p. 154, ya había dado cabida a la pena moratoria de naturaleza cumulativa, pues había definido la pena cumulativa en los términos siguientes: “La pena es debida en el caso de incumplimiento o mero retardo, además de la reparación ordinaria”.

incremento en un 50% de la renta pactada a partir de los dos meses de mora:

“Igualmente, ha de reseñarse (...) que el tenor literal del artículo 1152 del Código Civil no impide la acumulación en el caso de autos, durante los meses impagados de junio a septiembre de 1998, de la pena y del interés estipulado del 7,5%. Tal precepto prevé la sustitución de la indemnización de daños y el abono de intereses por la pena, sólo "si otra cosa no se hubiere pactado". Y en el caso de autos, del tenor literal de la cláusula novena del contrato resulta que tales garantías pueden acumularse al preverse la cláusula penal "a la vista de los precedentes reseñados en los Expositivos" (la arrendataria había incumplido un contrato locativo anterior), y "con independencia de los demás derechos y acciones que puedan corresponder al ARRENDADOR", entre ellos, se entiende, el previsto en el anterior apartado primero, en que se disponía que "el retraso en el pago de la renta devengará el interés legal de demora" (FD 4°).

Por ello, a pesar de que el Código Civil español no disciplina la pena moratoria, la regulación de esta figura se residencia en los artículos 1152 a 1155 CC en tanto que otra modalidad más de cláusula penal²⁰⁹.

²⁰⁹ ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, p. 155, señala que “el legislador español no la regula especialmente, pero puede encontrar cauce legal en el artículo 1154, ya que, irregularmente cumplida, es la obligación que se cumple con retardo”. La ausencia de una regulación legal expresa ha llevado a parte de la doctrina a defender su validez con base en la autonomía privada del artículo 1255 CC, véanse SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, p. 56; y BLANCO GÓMEZ (1996), *op. cit.*, p. 94, sin perjuicio de que otros autores entiendan que se trata de un pacto perfectamente lícito sujeto a los preceptos

La pena moratoria sustitutiva, estipulada por los contratantes para el simple retraso en sustitución de la reparación ordinaria, es compatible y, por tanto, acumulable con aquellos remedios que protegen al acreedor contra una lesión distinta de su derecho de crédito, esto es, cualquier otra clase de incumplimiento inexacto o defectuoso o bien el incumplimiento total. Así, el cumplimiento forzoso de la obligación principal –ya sea *in natura* o por equivalente pecuniario²¹⁰–, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por incumplimientos de la obligación principal diferentes del retraso²¹¹. Me

aplicables a las cláusulas penales de cualquier clase, en particular, ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1648.

²¹⁰ Al respecto, la STS, 1ª, 17.12.2003 (RJ 8792, MP: Antonio Gullón Ballesteros), que resuelve un caso en que la arrendataria de un local de planta baja en un inmueble acordó con una sociedad constructora resolver el contrato arrendamiento a cambio de un local similar en el nuevo edificio proyectado, que sería entregado en el plazo de 30 meses desde el desalojo, con estipulación de una pena convencional de 60,10 € por cada día de retraso. La constructora incumplió el contrato por entregar a la arrendataria un local de características diferentes a las pactadas, pero el cumplimiento devino objetivamente imposible porque era inviable alterar el local sin afectar otras fincas del edificio que ya habían sido vendidas. Por esta razón, la Audiencia Provincial de Asturias cuantificó en 43.908,89 € el importe a percibir en concepto de cumplimiento por equivalente pecuniario y, sobre la compatibilidad entre cumplimiento por equivalente y pena moratoria, el Tribunal Supremo declaró que “[e]l deudor no se libera del cumplimiento de la cláusula penal porque el acreedor no acepte la prestación que le ofrece si ésta no se ajusta a lo pactado. Debe rectificarla para lograr ese ajuste, y el tiempo de demora en la entrega que ello necesite ha de serle imputable en sus consecuencias jurídicas. El juego de la cláusula penal pactada sólo y exclusivamente para la tardanza en la entrega se revela claro. Ahora bien, si el exacto cumplimiento de la prestación se ha hecho imposible objetivamente, el acreedor tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios, y al cumplimiento de la pena hasta ese momento. La imposibilidad objetiva de cumplir no significa más que la extinción de la cláusula penal a partir de ese momento, porque raya en el absurdo pensar que tuviese una eficacia perpetua, dado que la imposibilidad de cumplir y por tanto el retraso en la entrega siempre existiría” (FD 3º).

²¹¹ Véase la STS, 1ª, 23.12.2009 (RJ 2010\402, MP: Antonio Salas Carceller), que se pronuncia sobre la compatibilidad de la pena pactada por incumplimiento resolutorio del contrato (180.303'63 €) y la pena moratoria (601'01 € por cada día de retraso en la restitución de la gasolinera) estipuladas en un contrato de arrendamiento de industria, suministro en exclusiva y abanderamiento entre Shell

refiero a la pena moratoria sustitutiva, pues, en relación con la pena moratoria de naturaleza cumulativa, además de las reglas generales sobre responsabilidad contractual, habrá que estar al pacto de los contratantes.

Aparte de los artículos 1152 a 1155 CC, sobre cláusula penal, también serían de aplicación a la pena moratoria las normas relativas a la mora (en particular, el artículo 1100 CC)²¹², pues se trata del supuesto de incumplimiento para el que se pactó la pena y que, naturalmente, ha de ser probado por el acreedor que reclama su pago. De acuerdo con la STS, 1ª, 25.1.2008 (RJ 223, MP: Clemente Auger Liñán), “ha de ser la parte que interesa su cumplimiento la que soporte la carga de probar tanto de la realidad de ese retraso como que el mismo es imputable exclusivamente a la conducta de la contraparte” (FD 2º), sin que deba concurrir ningún requisito adicional para la exigibilidad de la pena moratoria, según resolvió el Tribunal Supremo en un caso en que el plazo de finalización de las obras era de dieciocho meses y el contratista excedió dicho plazo en otros diecisiete meses.

España, S.A. y Estación de Servicio Romero e Hijos, S.L. El Alto Tribunal entiende que “(...) la libertad contractual permite a los contratantes fijar las consecuencias que desean anudar al incumplimiento de las obligaciones asumidas (...) sin que los tribunales puedan desconocer la virtualidad de los pactos válidamente contraídos, como es el caso; ya que la penalización en función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios derivada de incumplimiento se presenta ahora con una doble finalidad que no crea incompatibilidad alguna, pues por un lado se sanciona el incumplimiento, que da lugar a la resolución y por tanto a la pérdida de expectativas de beneficio económico para una de las partes, y por otro se penaliza el voluntario incumplimiento de la obligación de devolver determinados bienes como consecuencia de tal resolución; penalización que surte efectos desde que una sentencia obliga a tal restitución” (FD 8º).

²¹² Sobre los presupuestos de exigibilidad de la pena moratoria y las precisiones que en esta sede requieren dos de ellos, la liquidez de la deuda y la intimación de la mora, véase el tratamiento de ambas cuestiones por Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, pp. 1651-1655.

Por tanto, la pena moratoria sólo será eficaz si acontece la situación de morosidad o retardo jurídicamente relevante. Con arreglo al artículo 1100 CC²¹³, los requisitos tradicionales de la *mora debendi* son los siguientes: el incumplimiento de una obligación positiva, que sea una obligación vencida y exigible, la liquidez de la deuda²¹⁴, que dicho

²¹³ Artículo 1100 CC. “Incurrir en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.
2. Cuando de su naturaleza y circunstancia resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

²¹⁴ La jurisprudencia ha reinterpretado el requisito tradicional de la liquidez de la deuda (*in illiquidis non fit mora*). En la nueva interpretación de este presupuesto de la mora del deudor, el Tribunal Supremo limitó la aplicación de esta regla a aquellos casos en los que la cuantía de la deuda no sea determinable con facilidad, descartando que la mera oposición del deudor haga indeterminable la cantidad debida. Es más, de conformidad con la última línea jurisprudencial consolidada, no sólo se rechaza el automatismo de la regla *in illiquidis non fit mora*, sino que a efectos de la constitución en mora del deudor lo relevante es la certeza de la deuda, incluso aunque se desconozca su cuantía, criterio que acogió por primera vez la STS, 1ª, 20.2.2008, FD 7º (RJ 2671, MP: Francisco Marín Castán). Tal y como expresa la STS, 1ª, 6.4.2009, FD 2º (RJ 1761, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta): “esta Sala ha seguido el criterio con arreglo al cual, prescindiendo del alcance dado a la regla “in illiquidis non fit mora”, atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del “dies a quo” del devengo. Este moderno criterio (...) da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es (...) la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía”. Pronunciamiento reiterado por la STS, 1ª, 30.4.2010, FD 2º (JUR 152778, MP: Román García Varela). Anteriormente, la doctrina científica había criticado la ausencia tanto de base legal como de razones prácticas o de justicia material para la aplicación estricta de la regla *in illiquidis non fit mora*, véanse por todos Luis Díez-

incumplimiento sea imputable al deudor y la interpelación del acreedor. De estos cinco requisitos, sólo dos conforman los verdaderos presupuestos de la constitución en mora del deudor: el carácter positivo de la obligación y la intimación del acreedor, de la cual quedaría éste exonerado en los casos de mora automática previstos en el artículo 1100 CC y, con carácter general, en las obligaciones mercantiles (artículo 63 CCom). Los requisitos restantes que han sido enumerados son predicables no sólo de la mora, sino también de los demás efectos de la responsabilidad contractual²¹⁵.

En relación con la intimación del acreedor en las obligaciones civiles, hay que entender que la mora es automática en aquellas obligaciones garantizadas con una pena moratoria. Así pues, la constitución en mora del deudor se produce sin que sea necesaria su interpelación por el acreedor. Ésta es la solución por la que apuesta la jurisprudencia más reciente, pues la regulación convencional de los efectos del retraso hace que el artículo 1100 CC no sea aplicable²¹⁶. De conformidad con

PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1966), *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, p. 505; y, con posterioridad al cambio jurisprudencial tras la STS, 1ª, 5.3.1992 (RJ 2389, MP: José Luis Albácar López), Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ (1996), *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, pp. 527-534.

²¹⁵ Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ (1996), *op. cit.*, p. 522. Esta autora destaca la importancia del carácter positivo de la obligación: “La positividad adquiere carácter esencial para la constitución en mora, puesto que el incumplimiento de una obligación negativa o de no hacer origina el incumplimiento definitivo de la obligación y, en consecuencia, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados pero no *perpetúa* la obligación”.

²¹⁶ Sobre la efectividad de la pena moratoria sin necesidad de requerimiento previo al deudor, véase también la STS, 1ª, 26.7.1997, FD 3º (RJ 5953, MP: Román García Varela), aunque con fundamento en el carácter automático de la mora en lugar de la falta de aplicación del artículo 1100 CC: “la referida estipulación tiene entidad penal, lo que supone la presencia de una intimación constante al deudor a partir del nacimiento de la obligación y, desde esta óptica, entra en juego automáticamente cuando la prestación de éste no se hace efectiva (...)”.

la STS, 1ª, 25.1.2008 (RJ 223, MP: Clemente Auger Liñán), el carácter convencional de la pena elimina la exigencia del requerimiento previo al deudor, tal y como afirmó en un contrato de obra en que había vencido el plazo para su entrega:

“ (...) esta Sala ha reiterado que sustituye al régimen general de las obligaciones, de modo que su efectividad, tal y como recoge la propia Sentencia de la Audiencia, "no precisa requerimiento o intimación" (Sentencias de 17 de enero de 1967 y 13 de marzo de 1987) sino que sólo depende de que se pruebe el retraso y la culpa del deudor, lo que aquí se ha hecho, careciendo de trascendencia el régimen legal general de la mora en el cumplimiento de toda clase de obligaciones a que se refiere el artículo 1100 del Código Civil, que no sería pues aplicable al haber optado las partes por regular convencionalmente las consecuencias del retraso. A mayor abundamiento, incluso en la hipótesis de partida de la recurrente, no puede ignorarse que el propio artículo 1100 CC contempla el carácter automático de la mora, sin previo requerimiento, cuando así se pactase “ (FD 2º).

Por su parte, la doctrina no excluye la sujeción de la pena moratoria al régimen general de la mora, sino que alcanza la misma solución que la sentencia mencionada con base en el artículo 1100 CC, según el cual la mora será automática si media un acuerdo de las partes al respecto o la obligación está sometida a término esencial, pues defiende que la pena

moratoria comporta la existencia de un pacto tácito o implícito de mora automática²¹⁷ o bien de un término esencial²¹⁸.

A mi juicio, el pacto tácito o implícito de mora automática es la construcción doctrinal técnicamente más correcta, pues la noción de “término esencial” es de difícil conciliación con la pena moratoria, puesto que la propia naturaleza de esta modalidad de cláusula penal permite el cumplimiento tardío aunque lo sancione²¹⁹. Con todo, el principal obstáculo a la plausibilidad de la primera postura es el tenor literal del 1100.1º CC, por cuanto exige el pacto expreso de las partes (“cuando la obligación o la ley lo declare así expresamente”)²²⁰.

3.3.1. Interés moratorio y anatocismo en las obligaciones civiles

El efecto de la pena moratoria es el de sustituir la indemnización por mora, razón por la cual debe ponerse en relación con el artículo 1108 CC, relativo al retraso en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias,

²¹⁷ Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 400: “Pero como el propio Código civil permite la innecesariedad de la intimación del acreedor en los casos en que la Ley o la obligación lo declaren así, nosotros entendemos que establecida una fecha para que la cláusula penal se actualice hay que presumir que los contratantes quisieron precisamente marcar un plazo automático de constitución en mora a partir del cual se aplica la pena”.

²¹⁸ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 334-335, e Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, pp. 1653-1654, autores que recogen ambas posturas doctrinales sin decantarse por ninguna de ellas.

²¹⁹ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 335, salva esta objeción redefiniendo el concepto de “término esencial”, que lo asocia al retraso relevante en vez de al incumplimiento total.

²²⁰ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 674.

aunque el retraso penado puede ser el de cumplimiento de una obligación no pecuniaria:

Si la obligación consistiere en pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

Por tanto, la cláusula penal moratoria, entre sus muchas formas posibles, puede revestir la forma de un pacto de intereses de demora²²¹. La STS, 1ª, 17.3.1998 (RJ 1351, MP: Jesús Marina Martínez-Pardo) sostiene que “[e]n definitiva, se puede afirmar que todo lo previsto para el caso de impago, tiene la naturaleza de cláusula penal”, cuando analiza diversos pactos en un contrato de arrendamiento financiero que disciplinan las consecuencias del incumplimiento por parte de los arrendatarios. Incluso el abono del interés legal del dinero en defecto de pacto tiene la naturaleza de cláusula penal de origen legal.

El interés moratorio, pactado o *ope legis*, impide la reclamación de ulteriores daños derivados del retraso en el pago, limitación de la responsabilidad del deudor que constituye uno de los efectos

²²¹ En este sentido, María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), “Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional”, *Aranzadi Civil* núm. 14/2003 (BIB 2003\1300), pp. 11-12. Sobre la similitud entre cláusula penal y pacto de intereses, véase Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 189-191, según el cual “no existe tal diferencia entre el pacto de intereses y la cláusula penal”. Juan GÓMEZ CALERO (1983), *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, p. 80: “[l]o que parece evidente es que entre la «cláusula penal» y el «pacto de intereses» para caso de incumplimiento, no existe divergencia cualitativa alguna en el plano jurídico”.

característicos de la cláusula penal. La STS, 1ª, 21.12.1998 (RJ 9649, MP: Pedro González Poveda) ha afirmado la imposibilidad de reclamar el daño que exceda el interés de demora (devaluación monetaria, gastos financieros o de constitución en mora), en un caso en que un ex-cónyuge demanda al otro una cuantía superior al interés legal por retraso en el pago de una deuda derivada de un convenio regulador²²²:

“Se configuran así los intereses moratorios (...) como una indemnización de carácter tasado que (...) impide, por otra parte, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada y el sentir de la doctrina civilística mayoritaria exigir y probar la existencia de un daño mayor” (FD 3º).

A pesar de lo anterior, RODRÍGUEZ TAPIA sólo atribuye el carácter de cláusula penal a aquellos pactos de intereses de demora en que el tipo de interés estipulado exceda el interés legal, el de cumplimiento y el

²²² Para casos concretos, el Código Civil establece la indemnizabilidad del mayor daño: el fiador que satisface la deuda (artículo 1838 CC) y la sociedad civil que no recibe la aportación debida de sus socios (artículo 1682 CC). No obstante, la doctrina se encuentra dividida en torno a la posibilidad de reclamar un daño mayor al interés moratorio. A favor, José Antonio DORAL y J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO (1980), “Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, núm. 2, pp. 543–544; José BONET CORREA (1981), *Las deudas de dinero*, Civitas, Madrid, pp. 390–395; y Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1996), *op. cit.*, p. 677, que sujeta la indemnización del mayor daño o bien al incumplimiento doloso o bien a la regla de previsibilidad del artículo 1107 CC. En contra, José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (1983), “Comentario al artículo 1108 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, p. 841. Una postura intermedia es la que había mantenido Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2006), “Artículos 1108 y 1109”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, p. 1333, que admite dicha posibilidad si el interés moratorio aplicable es el legal a falta de pacto expreso de los contratantes.

habitual en el mercado, puesto que fuera de estos supuestos no habría agravación alguna de la responsabilidad²²³. Ahora bien, este autor pasa por alto que la cláusula penal puede cumplir únicamente una función liquidatoria o sustitutiva, sin que haya agravación de la responsabilidad.

Por otro lado, si la obligación pecuniaria incumplida es la del pago de intereses, remuneratorios o moratorios, no se aplica el artículo 1108 CC sino el 1109 CC:

Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto (...)

El artículo 1109 CC prevé el anatocismo, que consiste en que los intereses vencidos y no satisfechos devenguen a su vez intereses desde que se requiere su pago judicialmente. En defecto de pacto, el tipo aplicable al impago de intereses es el legal. Así pues el anatocismo se devenga sin necesidad de acuerdo entre las partes, por ello, al igual que el interés de demora, merece la consideración de cláusula penal de origen legal. En cuanto al vencimiento, aquellos intereses pactados vencerán de acuerdo con el período de vencimiento estipulado en el contrato, mientras que el interés legal vencerá a medida que se vaya devengando²²⁴.

²²³ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 544-545.

²²⁴ A favor, Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2013), “Capítulo 18.I Préstamo civil y mercantil”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de contratos*, t. IV, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 4499. En contra, José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (1983), “Comentario al artículo 1108 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, p. 893,

La última cuestión en torno al anatocismo versa sobre si el interés anatocístico debe limitarse a los intereses vencidos al tiempo de interposición de la demanda o si también incluye los intereses que venzan con posterioridad. Las SSTS, 1ª, 30.10.1999 (RJ 8168, MP: Pedro González Poveda) y 19.12.2002 (RJ 2003\51, MP: Pedro González Poveda) optan por la primera alternativa, puesto que el Tribunal Supremo se ciñe a la literalidad del artículo 1109 CC entendiendo que este precepto exige que se trate, primero, de intereses vencidos y, segundo, que sean judicialmente reclamados, razón por la cual no cabe en ningún caso incluir aquellos intereses que venzan con posterioridad a la interposición de la reclamación judicial.

Asimismo, el anatocismo convencional es un pacto lícito que permite tanto incrementar el interés aplicable como anticipar el devengo. El anatocismo convencional suele presentar la forma de acuerdo de capitalización o acumulación del interés vencido al capital, de modo que los intereses vencidos integran la base de cálculo del interés de demora. Un efecto similar puede alcanzarse mediante un reconocimiento de deuda en virtud del cual el antiguo capital e intereses vencidos pasan a formar parte de un único principal.

3.3.2. Interés moratorio y anatocismo en las obligaciones mercantiles

para quien el período de vencimiento es el año, pues el devengo, en tanto que fruto civil, es diario según el artículo 451.III CC, pero el deber de pago es anual.

La previsión legal equivalente al artículo 1108 CC en materia de obligaciones mercantiles²²⁵ es el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en Operaciones Comerciales (BOE núm. 314, de 30.12.2004) (en adelante, LMOC), que debe ser puesto en relación con el artículo 63 CCom²²⁶, que fija el régimen automático de la mora en Derecho mercantil, y con el artículo 263 CCom²²⁷, que alude al pago del interés legal por el comisionista moroso.

De conformidad con el artículo 7 de la LMOC:

²²⁵ La Disposición Adicional Primera de la LMOC establece que en el pago a los proveedores rige lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996), cuyo apartado quinto fija, en defecto de pacto, un interés moratorio mínimo igual al interés legal incrementado en un 50%. Asimismo, el artículo 3 de la LMOC enumera las obligaciones mercantiles excluidas de su ámbito de aplicación:

“a) Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores.

b) Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras.

c) Las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor, que se registrarán por lo establecido en su legislación especial”.

²²⁶ Artículo 63 CCom: “Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento.
2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial autorizado para admitirla”.

²²⁷ Artículo 263 CCom: “El comisionista estará obligado a rendir, con relación a sus libros, cuenta específica y justificada de las cantidades que percibió para la comisión, reintegrando al comitente, en el plazo y forma que éste le prescriba, del sobrante que resulte a su favor. En caso de morosidad abonará el interés legal (...)”.

1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente.

2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales.

Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.

El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación.

3. El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior.

El tipo del interés moratorio fijado por el artículo 7 de la LMOC suele muy ser superior al interés legal del dinero previsto anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, llegando incluso a doblarlo. En este sentido, queda patente la voluntad del legislador de

perseguir el retraso en los pagos en todas aquellas operaciones sujetas a la LMOC.

Periodo	Interés moratorio LMOC	Interés legal del dinero
2010 (semestre 1º)	8%	4%
2010 (semestre 2º)	8%	4%
2011 (semestre 1º)	8%	4%
2011 (semestre 2º)	8,25%	4%
2012 (semestre 1º)	8%	4%
2012 (semestre 2º)	8%	4%
2013 (1.1.2013-23.2.2013)	7,75%	4%
2013 (24.2.2013-30.6.2013)	8,75%	4%
2013 (semestre 2º)	8,50%	4%
2014 (semestre 1º)	8,25%	4%
2014 (semestre 2º)	8,15%	4%
2015 (semestre 1º)	8,05%	3,50%
2015 (semestre 2º)	8,05%	3,50%

Además, el artículo 8 de la LMOC²²⁸ introdujo la indemnización por costes de cobro, partida indemnizatoria independiente que en las

²²⁸ Artículo 8.1 LMOC: “Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste. En la determinación de estos costes de cobro se aplicarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal. La indemnización no podrá superar, en ningún caso, el 15 por 100 de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que

obligaciones civiles queda absorbida por el interés de demora. La indemnización por costes de cobro no podrá superar el 15% del montante de la deuda, a menos que su cuantía sea inferior a 30.000 €, supuesto en que, en lugar del porcentaje mencionado, el importe de la deuda actúa como techo indemnizatorio (*cap*).

Por otra parte, no hay anatocismo legal en las obligaciones mercantiles, pues sólo cabe el convencional. El artículo 317 CCom²²⁹ prohíbe que los intereses vencidos y no pagados devenguen nuevos intereses, salvo que las partes así lo hayan pactado, ya que las faculta para acumular al capital los intereses vencidos no satisfechos²³⁰. Sin embargo, según el artículo 319 CCom²³¹, tal pacto de capitalización de intereses no podrá tener lugar tras la interposición de la demanda. La STS, 1ª, 4.6.2009, FD 2º (RJ 4747, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) admite que el anatocismo convencional se pacte en el contrato originario de préstamo, puesto que reconoce que se trata de un uso mercantil consolidado en los préstamos bancarios²³². Al contrario, la

la deuda no supere los 30.000 € en los que el límite de la indemnización estará constituido por el importe de la deuda de que se trate (...).”

²²⁹ Artículo 317 CCom: “Los intereses vencidos y no pagados no devengan intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”.

²³⁰ En contra, Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2013), *op. cit.*, p. 4499, autora que sostiene que una interpretación posible del artículo 317 CCom es la exclusión de la mora automática respecto a los intereses insatisfechos, en oposición al artículo 316 CCom, pero que ello no impide el anatocismo legal, siempre y cuando hubiera mediado reclamación judicial.

²³¹ Artículo 319 CCom: “Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos”.

²³² Sentencia que consolida la línea jurisprudencial iniciada con la STS, 1ª, 8.11.1994 (RJ 8477, MP: Francisco Morales Morales). En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor, así, entre otras resoluciones, el AAP Cádiz, Civil, Sec. 7ª, 15.5.2001 (JUR 198752, MP: Marta Pérez Rubio Villalobos); la SAP Castellón, Civil,

Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, DGRN) entiende que la exclusión que los artículos 317 y 319 CCom hacen de la capitalización anticipada es imperativa²³³.

3.4. Multa penitencial o pena de arrepentimiento

Estipulación que faculta al deudor para eximirse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena. El artículo 1153 CC exige un pacto expreso de las partes en este sentido²³⁴, pues la regla de defecto es la contraria:

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.

Sec. 3ª, 2.11.1999 (AC 7275, MP: María Ibáñez Solaz) y la SAP Asturias, Civil, Sec. 4ª, 3.6.1998 (AC 6064, MP: José Ignacio Álvarez Sánchez).

²³³ Véanse principalmente las RRDGRN 28.1.1998 (RJ 279); 29.1.1998 (RJ 280); 30.1.1998 (RJ 5220); y 2.2.1998 (RJ 5221). Y, más recientemente, la RDGRN 1.10.2010 (RJ 5273).

²³⁴ Según Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, pp. 474-475, no es necesario que el pacto sea expreso, “sino que basta que conste *ciertamente*, aun no hecho de forma expresa (...) porque en las numerosas veces que el Código habla de que la declaración tiene que ser expresa, lo que normalmente quiere decir no es que haya de ser expresa (...), sino que no ha de ser presunta, o que en la declaración de que se trate conste efectiva o realmente (de verdad, sin género de duda) la voluntad que sea, o que la declaración (para el punto que se pide que sea expresa) contenga especificado el extremo de que se trate, o lo manifieste explícitamente, etc.”. Este autor también entiende así el término “expresamente” del artículo 1132.1º CC, referido a la concesión de la facultad de elección de la prestación al acreedor en las obligaciones alternativas, véase Manuel ALBALADEJO GARCÍA (2010), “Algunas reflexiones sobre la obligación alternativa”, *Revista de Derecho Privado*, p. 6. En idéntico sentido, Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1153”, *op. cit.*, p. 8457, que sostiene que la “regla interpretativa es que, en la duda, la cláusula penal no permite al deudor pagar la pena y liberarse de la obligación”.

En puridad, la multa penitencial o pena de arrepentimiento no es una cláusula penal, sino una obligación facultativa, así lo considera un amplio sector doctrinal²³⁵. Sobre este extremo, es especialmente ilustrativa la STS, 1ª, 21.2.1969 (RJ 967), dictada en un caso en que una inmobiliaria pactó una multa penitencial por importe de 350.000 ptas., que abonaría a los compradores para eximirse de la obligación de entrega de unos locales comerciales con unas características determinadas:

“(…) dejando de merecer aquel nombre [cláusula penal] tanto en el supuesto de que por pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena –en cuyo caso existe más bien una obligación facultativa con cláusula de sustitución, y surge la multa de arrepentimiento o multa *poenitentialis* – (...)”.

En efecto, la multa penitencial o pena de arrepentimiento faculta al deudor para dejar de cumplir la obligación principal pagando en sustitución la pena pactada, sin que la misma guarde relación alguna con los perjuicios derivados del incumplimiento, pues no hay incumplimiento. El deudor ejerce su facultad solutoria y cumple el

²³⁵ Ferran BADOSA COLL (1990), *op. cit.*, p. 182; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), *op. cit.*, p. 159; Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, nota al pie 118; Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, p. 57; Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, p. 51; y María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), *op. cit.*, p. 4. Más recientemente, Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1601: “Cuando la cláusula penal atribuye al deudor la facultad de liberarse de la obligación principal pagando la suma de dinero acordada, su naturaleza de obligación accesoria de una principal, a la que refuerza o asegura, queda desvirtuada”.

contrato mediante el pago de la cantidad pactada, la cual constituye una contraprestación en lugar de una reparación o una sanción²³⁶.

4. Fuentes de la cláusula penal

4.1. Fuentes negociales: el contrato y el testamento. La cláusula penal testamentaria

Si bien la fuente principal de la cláusula penal es el contrato, esta figura también puede establecerse en estatutos sociales y estipularse unilateralmente en testamento u otra disposición de última voluntad (en Derecho sucesorio catalán, en codicilo²³⁷).

Serán cláusulas penales testamentarias aquellas que castiguen el incumplimiento de obligaciones impuestas en testamento (al heredero, legatario o albacea) y no de meros deberes jurídicos, cargas o

²³⁶ Sobre la ausencia de incumplimiento en estos casos y la calificación como contraprestación de la pena de arrepentimiento, véanse la STS, 1ª, 14.2.2000, FD 10º (RJ 1236, MP: Jesús Corbal Fernández) y SAP Las Palmas, Civil, Sec. 4ª, 2.6.2005, FD 2º (JUR 187148, MP: Víctor Manuel Martín Calvo). Ambos argumentos cuestionan la procedencia de la aplicación de la facultad de moderación de la pena del artículo 1154 CC, tal y como veremos en el apartado séptimo de este capítulo. En idéntico sentido, la STS, 1ª, 10.12.2013, FD 3º (RJ 2014\322, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz), que, respecto de la pena pactada por el desistimiento unilateral de la arrendataria de un local de negocio dentro de los cinco primeros años de vigencia del contrato, establece que dicha pena no constituye una cláusula penal y por tanto no cabe su moderación ex artículo 1154 CC.

²³⁷ Véase el artículo 421-20 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuatro del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones (BOE núm. 190, de 7.8.2008).

condiciones²³⁸. Según LACRUZ, el testador puede imponer un gravamen, multa o disminución de la liberalidad al heredero o legatario a título de pena y para el supuesto de que haga o deje de hacer alguna cosa²³⁹, por ejemplo, el pago de los legados y el pago en metálico de la legítima a los descendientes. Las cláusulas penales testamentarias van a constituir siempre verdaderas sanciones o penas de Derecho privado, pues cumplen siempre y en todo caso una función coercitiva o “estrictamente punitiva”²⁴⁰, ya que su finalidad no es la determinación anticipada del resarcimiento.

4.2. Fuentes legales: las cláusulas penales *ex lege*

Además de las fuentes negociales, el contrato, los estatutos sociales y el testamento, la cláusula penal puede tener origen legal, si consideramos que, al margen de la voluntad de las partes, la Ley puede fijar una pena y su contenido para sancionar determinadas conductas en relaciones jurídico-privadas. La jurisprudencia así lo reconoce y hace referencia a las mismas como “cláusulas penales *ex lege*”²⁴¹. Sin embargo, tradicionalmente la doctrina se encuentra dividida en torno a

²³⁸ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 241; y Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, p. 58.

²³⁹ José Luis LACRUZ y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA (1971), *Derecho de Sucesiones*, t. I, Bosch, Barcelona, p. 598.

²⁴⁰ Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, p. 148.

²⁴¹ Véase, por ejemplo, la STS, 1ª, 4.6.1994, FD 3º (RJ), pronunciamiento reiterado por la STS, 1ª, 22.7.2008, FD 5º (4501, MP: Juan Antonio Xiol Ríos). Ambas resoluciones dan esta calificación al recargo por demora previsto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 26 de noviembre, del Contrato de Seguro (BOE núm. 250, de 17.10.1980).

la atribución o no del carácter de cláusula penal a estipulaciones no negociales²⁴².

A mi juicio, tales cláusulas no merecen la calificación de cláusulas penales por no tener su origen en la voluntad privada, razón por la cual no constituyen un remedio negociado frente al incumplimiento y no cumplen con la función esencial de toda cláusula penal: la determinación *ex ante* por las partes de la responsabilidad contractual²⁴³.

El Derecho español cuenta con numerosos ejemplos de las denominadas “cláusulas penales *ex lege*” en las relaciones entre privados. Los ejemplos más destacados son el interés moratorio por

²⁴² En contra, Ramón María ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), *op. cit.*, p. 274: “[la cláusula penal] resulta siempre establecida por la voluntad privada y no por la ley”. En este mismo sentido, Fausto MORENO (1981), “Cláusula penal”, en Buenaventura PELLISÉ PRATS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Editorial Francisco Seix, Barcelona, p. 197; y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 204 y 205. Y, más recientemente, Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, *op. cit.*, p. 8450: “Las *penas* civiles impuestas por las leyes directamente no son cláusulas penales y no se gobiernan por el régimen de éstas; al tratarse de imposiciones legales no pueden servir los criterios de interpretación residual contenidos en los arts. 1152 y 1153, y tampoco tiene sentido proponer la moderabilidad de esta cláusula”. A favor, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), *op. cit.*, p. 158: “es posible que [la pena] nazca unilateralmente (por testamento) y que incluso, incluso, derive de la Ley”. También José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 519 y 523-525, quien afirma la posibilidad que “la ley misma establezca la pena convencional, que en tal caso tiene origen legal”; y Jorge FELIU REY (2014), “Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, núm. 1, p. 174. Otro sector considera que la cláusula penal en sí no tiene origen legal, sino el deber de establecerla, entre otros, Manuel ALBALADEJO (1983), *op. cit.*, p. 451; José Luis LACRUZ (2011), *op. cit.*, p. 267; y Juan GÓMEZ CALERO (1983), *op. cit.*, pp. 25-26: “es posible que la cláusula en cuestión haya sido introducida en el contrato por las partes, no de modo espontáneo, sino en acatamiento a una norma legal que así lo imponga”.

²⁴³ En este sentido, Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, *op. cit.*, p. 8450.

impago en las obligaciones civiles y mercantiles y el anatocismo legal en las civiles (véase apartado tercero de este capítulo). En los apartados siguientes examinamos también las cláusulas penales *ex lege* establecidas en la Ley del Contrato de Seguro (artículo 20.4º) y en la Ley Cambiaria y del Cheque (artículos 58, 59, 108 y 149).

Asimismo, al margen de normas penales y de naturaleza sancionatoria, el ordenamiento español también impone penas pecuniarias por el incumplimiento de determinados deberes de conducta. Ahora bien, su regulación y funcionamiento escapan al régimen del Código Civil:

1. En materia de contratación administrativa, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE núm. 276, 16.11.2011) disciplina las cláusulas penales incluidas en este tipo de contratos para perseguir el incumplimiento del contratista. Su artículo 212 establece la pena máxima en los contratos administrativos, el 10% del presupuesto del contrato, así como una pena moratoria defectiva, 0,20 €/día por cada 1.000 € del precio del contrato. Todo ello sin perjuicio de la regulación de penalidades específicas: una pena de hasta el 50% del importe del subcontrato en caso de quebrantar el contratista las condiciones para la subcontratación (artículo 227); o como la pena consistente en la pérdida del 25% del precio del contrato por retraso en la subsanación de errores de un proyecto de obra (artículo 310.4).

2. En derecho procesal, cabe mencionar la penalización prevista en el artículo 576.1 LEC (intereses de la mora procesal): el incumplimiento de una condena al pago de cantidad líquida de dinero devengará, desde que la resolución fue dictada por el juez de instancia, el interés legal incrementado en dos puntos.
3. En derecho tributario, el artículo 26 de la LGT regula el interés de demora aplicable a aquellos pagos debidos no efectuados a la Administración tributaria, cuyo devengo no está sujeto ni a la intimación de la mora ni a la actuación culposa del obligado tributario. El interés de demora constituye por tanto una pena pecuniaria distinta de las sanciones que integra, junto con los recargos por declaración extemporánea y los recargos del periodo ejecutivo, la deuda tributaria (artículo 58.2 LGT)
4. En derecho de la Seguridad Social, los artículos 27 y 28 de la LGSS prevén recargos por ingreso de las cuotas fuera de plazo y el devengo de intereses de demora, respectivamente.

4.2.1. Ley del Contrato de Seguro

Conforme al artículo 20.4º de la Ley 50/1980, de 26 de noviembre, del Contrato de Seguro (BOE núm. 250, de 17.10.1980):

La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al de interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100;

estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

Este precepto sanciona la mora culpable del asegurador en la reparación del daño con un recargo de hasta el 20% sobre la prestación, siempre y cuando hayan transcurrido tres meses desde la producción del siniestro o cuarenta días desde la recepción de la declaración del siniestro, sin que el asegurador haya procedido a reparar el daño al tomador del seguro, al asegurado, al tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil o al beneficiario en los seguros de vida²⁴⁴.

El recargo previsto en el artículo 20.4º LCS persigue resarcir al acreedor de la prestación por el retraso y estimular a la aseguradora a que cumpla a tiempo su obligación de pago de la indemnización²⁴⁵.

²⁴⁴ Sobre la aplicación de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, véase Begoña ARQUILLO COLET (2007), “Los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro: el tipo de interés aplicable. Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007”, *InDret 3/2007* (www.indret.com).

²⁴⁵ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2005), “Artículo 20. Intereses en caso de mora del asegurador”, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *op. cit.*, p. 480: “La LCS en su artículo 20 establece una disciplina muy especial de la mora (...) cuya finalidad no es simplemente la de resarcir al asegurado (o en su caso al tercer perjudicado) de los daños y perjuicios que haya sufrido por la mora del asegurador, sino que establece una pena legal tendente a que el asegurador cumpla rápidamente con su obligación de pago de la indemnización”.

4.2.2. Ley Cambiaria y del Cheque

La Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (BOE núm. 172, de 19.7.1985) predispone en su articulado dos penas que serán siempre exigibles por el perjudicado a consecuencia de la relación cambiaria sin necesidad de pacto expreso. El fundamento de estas penas *ex lege* reside en la necesidad de dotar de protección a los sujetos intervinientes en el tráfico cambiario con la finalidad de estimular la circulación de efectos (letra, pagaré y cheque).

Por un lado, su artículo 58, en relación con la letra no aceptada o no pagada, faculta al tenedor para exigir el importe nominal de la letra, más los intereses pactados, los gastos realizados (los del protesto y los de las comunicaciones, pero también los honorarios de letrado y procurador, entre otros) y el interés legal incrementado en dos puntos desde el vencimiento.

El tenedor podrá reclamar a la persona contra quien ejercite su acción:

- 1. El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, con los intereses en ella indicados conforme al artículo 6 de esta Ley.*
- 2. Los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos.*
- 3. Los demás gastos, incluidos los del protesto y los de las comunicaciones (...)*

A su vez, el artículo 59 extiende esta facultad a la persona que satisfizo al tenedor el importe de la letra:

El que hubiere reembolsado la letra de cambio podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él:

- 1. La cantidad íntegra que haya pagado.*
- 2. Los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentando en dos puntos, a partir de la fecha de pago.*
- 3. Los gastos que haya realizado.*

Los citados artículos 58 y 59 son aplicables también al pagaré impagado en virtud del artículo 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque, puesto que así lo dispone expresamente este precepto en cuanto a estas acciones por falta de pago de la letra.

Por otro lado, según los artículos 108 y 149 de la Ley Cambiaria y del Cheque, el librador de un cheque sin fondos, además de los conceptos ya indicados para la letra no aceptada o no pagada y el pagaré impagado (importe del cheque, gastos realizados e interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de presentación del cheque), deberá abonar el 10% del importe no cubierto del cheque más la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el tenedor.

Artículo 108:

(...) El librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado, por la suma en él indicada, deberá pagar al tenedor, además de ésta, el 10 % del importe no cubierto del cheque, y la indemnización de los daños y perjuicios.

Artículo 149:

El tenedor puede reclamar de aquél contra quien se ejercita su acción:

- 1. El importe del cheque no pagado.*
- 2. Los réditos de dicha cantidad, devengados desde el día de la presentación del cheque y calculados al tipo de interés legal del dinero aumentados en dos puntos.*
- 3. Los gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones.*
- 4. El 10 % del importe no cubierto del cheque y la indemnización de los daños y perjuicios a que se refiere el último párrafo del artículo 108 cuando se ejercite la acción contra el librador que hubiera emitido el cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado.*

Si comparamos la pena establecida en los artículos 58 y 59 con la establecida en los artículos 108 y 149, observamos que ambas tienen naturaleza moratoria, pues penalizan el retraso en el pago.

Sin embargo, la cláusula penal relativa a la letra y el pagaré (artículos 58 y 59) es menos severa que la relativa al cheque (artículos 108 y 149), ya que, con la sola excepción de los gastos, liquida los daños y perjuicios derivados del retraso en el pago sin que sea necesaria su prueba. En cambio, la pena legal relativa al cheque (artículos 108 y 149) hace compatible el señalado recargo del 10% del importe no cubierto del cheque con la reclamación de daños y perjuicios²⁴⁶.

Los artículos 108 y 149 agravan así la responsabilidad del librador de un cheque frente a la del librador de una letra o un pagaré, pues dejan la puerta abierta a partidas no previstas, siempre y cuando sean probadas por el perjudicado²⁴⁷.

4.2.3. Intereses de la mora procesal

Los intereses de la mora procesal constituyen una cláusula penal de origen legal de naturaleza procesal, pero que comporta una clara afectación de las relaciones entre particulares en tanto que su devengo

²⁴⁶ La principal crítica doctrinal que recibieron los artículos 108 y 109 de la Ley Cambiaria y del Cheque fue que dicha penalización del 10% más la posible indemnización por daños y perjuicios podría haber dado lugar al retraimiento en la emisión de cheques sin la absoluta seguridad de que fueran atendidos, así como a la proliferación de reclamaciones contra aquellas entidades de crédito que no atendieran debidamente los cheques emitidos por su clientela. Véase Julio RODRÍGUEZ PINAR (1986), *Comentarios a la Ley Cambiaria y del Cheque*, Índex, Madrid-Barcelona, p. 122.

²⁴⁷ Este refuerzo de la responsabilidad patrimonial del librador de un cheque sin fondos se añade a la eventual responsabilidad penal agravada en que podría incurrir (artículo 250.1.3° CP). Para Francisco de Sales CAPILLA RONCERO (1989), *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez de la Frontera, Jerez, p. 247, esta previsión de los artículos 108 y 149 de la Ley Cambiaria y del Cheque supone una infracción del principio *non bis in idem*, pues una sanción civil y otra penal castigan un mismo hecho, si bien los bienes jurídicos protegidos son distintos.

a favor del acreedor demandante se inicia en la fecha en que tuvo lugar la condena al pago de una cantidad líquida de dinero en primera instancia. Con arreglo al artículo 576 LEC:

1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto.

3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.

Los intereses procesales de demora, consistentes en el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, son incompatibles con los intereses moratorios contractuales y, por tanto, no se acumulan, de acuerdo con el artículo 576.1 LEC. Ahora bien, cabe señalar que el devengo de tales intereses no se limita a las condenas en el orden civil, sino que el artículo 576.3 LEC extiende su aplicación al resto de órdenes jurisdiccionales, dejando a salvo las especialidades por el impago de cantidades debidas a la Administración tributaria.

Así, podría decirse que el artículo 576 LEC es una aplicación especial del artículo 1108 CC, relativo a los intereses moratorios en las obligaciones civiles, con la salvedad de que uno y otro precepto recaen sobre distintos conceptos, pues la base de los intereses de la mora procesal del artículo 576 LEC incluye, además del capital principal, los intereses moratorios y anatocísticos reconocidos por la sentencia o la resolución judicial de que se trate²⁴⁸.

5. Instituciones afines

En nuestro ordenamiento varias instituciones presentan mayor o menor grado de semejanza con la cláusula penal, hasta el punto que en ocasiones realmente estamos ante una auténtica cláusula penal, a pesar de que reciba un nombre distinto, como ocurre con las arras penales (véase apartado 5.1.) o con el pacto de intereses de incumplimiento (véase apartado 3.3.), y, en cambio, otras veces la similitud es sólo aparente, como en el caso de la multa penitencial (véase apartado 3.4.).

5.1. Arras

Las arras consisten en la entrega de una suma de dinero o de cualquier otra cosa con el fin de confirmar un contrato, garantizar su

²⁴⁸ José Manuel FÍNEZ RATÓN (2003), “Algunos problemas sobre los intereses de la mora procesal”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, pp. 289 y 291-294, autor que añade junto a esta diferencia el hecho de que los intereses de uno y otro artículo (a pesar de mencionar el precepto aplicable bajo la LEC 1881) cumplen finalidades distintas: mientras que los intereses del artículo 1108 CC son un instrumento reparador o indemnizatorio del daño contractual, los intereses de la mora procesal fomentan el cumplimiento voluntario de la condena y protegen al acreedor contra la depreciación monetaria. En mi opinión, no hay tal diferencia en relación con la finalidad a la que responden unos y otros intereses, pues ambos cumplen a la vez las funciones sustitutiva y coercitiva propias de la cláusula penal.

cumplimiento o facultar a los contratantes para resolverlo libremente perdiendo la cantidad entregada. Atendiendo a las finalidades enumeradas, las arras serán, respectivamente, confirmatorias, penales o penitenciales²⁴⁹. Ésta es una distinción clásica en derecho civil español, mantenida por la jurisprudencia y la doctrina, que supera el contenido del artículo 1454 CC²⁵⁰, el cual atribuye a las arras carácter penitencial en los contratos civiles. Sin embargo, el Tribunal Supremo 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 excepcional²⁵¹.

Ahora bien, el Código de Comercio sí recoge las tres modalidades de arras: por un lado, el artículo 83 CCom²⁵², que alude tanto a las arras penitenciales –si el desistimiento es voluntario- como penales –si el

²⁴⁹ Véase Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 470.

²⁵⁰ 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”.

²⁵¹ 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).

²⁵² 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”.

incumplimiento es culpable—²⁵³, y, por otro lado, el artículo 343 CCom²⁵⁴ 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 jurisprudencia es clara cuando establece que las arras penales tienen la naturaleza de cláusula penal según la parte que incumpla, el comprador las pierde o el vendedor debe devolverlas duplicadas, pero ni uno ni otro están facultados para desistir del contrato²⁵⁵. Al respecto, la STS, 1ª, 25.10.2006 (RJ 6704, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) declara²⁵⁶:

²⁵³ Interpretación del precepto sostenida por Juan GÓMEZ CALERO (1983), *op. cit.*, pp. 73-74.

²⁵⁴ 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”.

²⁵⁵ Para Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1996), “Arras de desistimiento y arras penales”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 427-435, 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.

²⁵⁶ En este sentido, véanse también las SSTs, 1ª, 27.6.2007, FD 3º (RJ 3864, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); y 31.5.2002, FD 5º (RJ 7904, MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez). Asimismo, la STS, 1ª, 21.6.2013, FD 3º (RJ 4980, MP: Juan Antonio Xiol Ríos), admite la moderación judicial de las arras penales ex artículo 1154 CC, pero considera que la misma no es aplicable al caso enjuiciado por cuanto el impago del precio pactado en el contrato de compraventa por parte de la sociedad compradora de un local supone un incumplimiento total y, además, se trata a todas luces de un incumplimiento imputable a la deudora, puesto que la dificultad de obtener financiación a resultas de la grave crisis del sector inmobiliario no constituye un supuesto imposibilidad sobrevenida liberatoria, según analiza Ana Laura CABEZUELO ARENAS (2014), “Arras penales confundidas con cláusula penal. No procede practicar una moderación de las arras penales ante el incumplimiento total de unos compradores que se desentenden del pago del precio pretextando dificultades para obtener financiación. 21 de junio de 2013 (RJ 2013, 4980)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, pp. 364-370.

“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).

En consecuencia, el Tribunal Supremo estima que las arras penales son susceptibles de la moderación equitativa prevista por el artículo 1154 CC, así lo afirma la STS, 1ª, 31.10.2006 (RJ 8405, MP: Juan Antonio Xiol Ríos). También aboga por esta solución la mayoría de la doctrina²⁵⁷, aunque hay autores que sostienen lo contrario²⁵⁸.

²⁵⁷ Con anterioridad a la sentencia citada, Beatriz VERDERA IZQUIERDO (2005), *Los elementos definitorios de las arras en el derecho patrimonial*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, p. 217, afirmó que “[e]l único tipo de arras que se podrían moderar por la vía del art. 1154 Cc serían las penales”. En idéntico sentido, a favor de la aplicación analógica del artículo 1154 CC a las arras penales, ya se habían pronunciado Francisco JORDANO FRAGA (1992), *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Civitas, Madrid, p. 187; y Silvia DÍAZ ALABART (1993), “La cláusula penal y las arras”, en *El contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 302. Recientemente, DÍAZ ALABART ha defendido la moderación de las arras penales tanto ex artículo 1154 CC como ex artículo 1103 CC y, asimismo, la viabilidad de la moderación por razones de equidad de las arras penales, aunque la propia autora precisa que no cabe fundamentarla en el artículo 1154 CC vigente porque este precepto no incluye dicha posibilidad, ni siquiera para las cláusulas penales, véase Silvia DÍAZ ALABART (2011), *La cláusula penal*, Reus, Madrid, pp. 108-109. Por último, respecto a la aplicación de los artículos 1152 a 1155 CC a las arras penales, Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, *op. cit.*, p. 8453, destaca que “el efecto señero de esta calificación como «pena convencional» es habilitar al juzgador para practicar la moderación de la pena por retención de cantidades”.

²⁵⁸ En contra, María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003b), “Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las Arras”, *Aranzadi Civil núm. 5/2003* (BIB 2003\554), p. 8: “Otra diferencia radica en la posibilidad de modificar la pena ex art. 1154 CC cuando el incumplimiento ha sido parcial o irregular, facultad cuyo ejercicio no está claro que sea posible en el caso de las arras penales, porque no lo contempla el Código Civil ya que ni siquiera regula esta modalidad de arras”.

Aunque las arras penales son las únicas equiparables a la cláusula penal, hay que señalar 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 segundas²⁵⁹.

5.2. Obligación condicional

De acuerdo con el artículo 1113 CC, las obligaciones condicionales son aquéllas cuyo cumplimiento depende de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. En cambio, la cláusula penal se mueve en el ámbito de la condición puramente potestativa del artículo 1115 CC²⁶⁰, puesto que su exigibilidad depende de la conducta del deudor, cumplir o no, sin condicionamientos externos. Por tanto, la cláusula penal no es una obligación condicional²⁶¹.

El incumplimiento o el cumplimiento defectuoso es una *conditio iuris* de la exigibilidad de la pena, en otras palabras, un presupuesto del

²⁵⁹ Silvia DÍAZ ALABART (1996), “Las arras (I)”, *Revista de Derecho Privado*, p. 37. Además, hay entre cláusula penal y arras otras diferencias tales como que las segundas se caracterizan por su bilateralidad, su necesario origen convencional, la posibilidad de reclamar el daño excedente y consistir siempre en dinero o cosa fungible.

²⁶⁰ Artículo 1115 CC: “Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”.

²⁶¹ En este sentido, Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, pp. 112–113; Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 147; y José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, p. 543. Asimismo, Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, p. 152, combate el carácter condicional de la obligación penal de un modo distinto, pues precisa que no hay condición alguna, ni tan siquiera potestativa: “el deudor, bajo condición potestativa, es libre de realizar el hecho puesto bajo condición, el deudor en la cláusula penal, en cambio, está obligado a cumplir la obligación principal”.

ordenamiento para su eficacia²⁶². Además, la obligación con cláusula penal comprende en realidad dos obligaciones, una principal y otra accesoria, y, a diferencia de la obligación condicional, el cumplimiento de la obligación principal siempre va a poder ser reclamado porque, concurra o no la *conditio iuris*, despliega efectos desde su constitución, a menos que sea sometido a plazo o condición, pero no en virtud de la cláusula penal. Lógicamente, el sometimiento a plazo o condición de la obligación es del todo compatible con garantizar su cumplimiento mediante la estipulación de una cláusula penal.

Asimismo, la obligación con cláusula penal no es en ningún caso una obligación condicional, porque el régimen de la primera es abiertamente opuesto al de la segunda. Así, la accesoriedad de la cláusula penal respecto la obligación principal comporta que la nulidad de dicha cláusula no conlleve la nulidad de la obligación garantizada, pero sí viceversa (artículo 1155 CC), lo que no ocurre con la condición, cuya nulidad determina también la de la obligación de la que forma parte (artículo 1116 CC).

5.3. Obligación facultativa

La diferencia entre la cláusula penal y la obligación facultativa radica en que en la primera el deudor no puede optar por abonar la pena en vez de cumplir la obligación principal. Si así fuera, no estaríamos frente a una cláusula penal, sino frente a una multa penitencial o pena

²⁶² Véanse Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 466; y José Enrique MASIDE MIRANDA (2006), “La cláusula penal”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. I, Colegio de Registradores, Madrid, pp. 507-508.

de arrepentimiento, que faculta al deudor para dejar de cumplir la obligación principal pagando en sustitución la suma pactada, según hemos analizado en el apartado 3.4 anterior.

En cambio, toda obligación facultativa se caracteriza por el *ius variandi* de que dispone el deudor y que utilizará en el momento de cumplimiento. La multa penitencial o dinero de arrepentimiento, que requiere el pacto expreso de las partes, constituye un ejemplo de obligación facultativa²⁶³, pues las posibilidades solutorias son dos y quedan a elección del deudor: el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena²⁶⁴.

Por el contrario, en la cláusula penal, el derecho de opción corresponde al acreedor, legitimado para exigir o bien la ejecución de la prestación debida o bien la pena pactada, puesto que, como veremos más adelante, el acreedor puede optar por la pena hasta la realización de la prestación debida.

5.4. Obligación alternativa

²⁶³ Según Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1989), *op. cit.*, p. 46: la multa penitencial es el ejemplo “más claro que contiene el Código Civil de obligación facultativa”.

²⁶⁴ José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2006), “Sobre las obligaciones facultativas en Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, en Eugenio LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 2, p. 597: “(...) cuando –por haber sido *expresamente* autorizado a ello (art. 1153 C.c.)- el deudor puede cumplir la obligación principal mediante la realización de la pena, la cláusula penal se desnaturaliza totalmente –deja de ser cláusula penal- y acaba convirtiéndose en una obligación facultativa”.

La obligación alternativa, regulada en los artículos 1131 a 1136 CC, difiere de la obligación con cláusula penal en que la primera se compone de un solo vínculo jurídico y la segunda de dos obligaciones, cada una con su propio objeto²⁶⁵. En la obligación alternativa las prestaciones están puestas en un mismo plano, mientras que en la obligación con cláusula penal hay dos obligaciones, una de las cuales subordina su exigibilidad al cumplimiento o incumplimiento de la prestación contenida en la otra²⁶⁶. Esta nota de accesoriedad propia de la cláusula penal comporta la extinción de la obligación penal en caso de extinción de la principal, mientras que la obligación alternativa no se extingue siempre y cuando algunas de las prestaciones sea posible²⁶⁷.

Asimismo, en oposición a lo que sucede en la obligación alternativa, el deudor de una obligación con cláusula penal queda liberado si, sin intervención de culpa, el objeto de la obligación principal resultase de imposible cumplimiento. En cambio, en tal caso, el deudor de una obligación alternativa seguiría debiendo la otra prestación²⁶⁸. Ello otorga a la obligación alternativa una garantía de mayor entidad que la proporcionada por la cláusula penal, aunque la obligación alternativa propiamente no cumple con una función específica de garantía²⁶⁹.

²⁶⁵ Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 387.

²⁶⁶ Joaquín RAMS ALBESA (1982), *Las obligaciones alternativas*, Montecorvo, Madrid, p. 150.

²⁶⁷ Véase José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 543-544.

²⁶⁸ Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, p. 151.

²⁶⁹ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 170.

5.5. Cláusulas de pérdida de derechos

Si bien las cláusulas de pérdida de derechos constituyen una sanción al incumplimiento del deudor, se distinguen claramente de la cláusula penal porque dejan a salvo la indemnización por daños y perjuicios, es decir, más allá de sus efectos, el acreedor que sufre el incumplimiento siempre va a poder reclamar el resarcimiento de conformidad con las reglas de responsabilidad contractual recogidas en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil²⁷⁰.

Un ejemplo de cláusula de pérdida de derechos es el pacto comisorio o resolutorio²⁷¹, al que el artículo 1504 CC alude incidentalmente²⁷², en

²⁷⁰ Véase Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, pp. 389-390, autor a quien cita Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 186-188, para derivar una conclusión errónea a mi parecer, puesto que el pacto comisorio no es una de las formas que puede adoptar la cláusula penal por la sencilla razón que el acreedor conserva su derecho a la indemnización de los daños y perjuicios con arreglo al régimen general de la responsabilidad contractual, incluso en aquellos casos en los que el acreedor retiene una cantidad de dinero en concepto de indemnización, porque tal retención no impide en modo alguno la reclamación del daño excedente. A favor de la procedencia del resarcimiento de los daños y perjuicios causados sin excepción alguna cuando las partes han estipulado un pacto comisorio, Juan GÓMEZ CALERO (1983), *op. cit.*, p. 82.

²⁷¹ En el sentido que le asigna Ramón María MULLERAT BALMAÑA (1971), “El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 24, núm. 2, p. 482, “convención por la que las partes contratantes de un contrato bilateral establecen que la parte que no cumpla con las obligaciones que asume en virtud de aquel contrato pierde los derechos que para ella se derivan del propio contrato”.

²⁷² Artículo 1504 CC: “En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial (...).” Sin embargo, el § 354 BGB (*Verwirkungsklausel*) lo prevé expresamente: “*Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalt geschlossen, dass der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrag verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritt dieses Falles zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt*” (“Si se ha concluido un contrato con la reserva que el deudor debe perder sus derechos contractuales si no cumple sus obligaciones, el acreedor está legitimado a la resolución del contrato al

virtud del cual el vendedor está facultado para resolver el contrato de compraventa por el impago de cualquiera de los plazos pudiendo retener los plazos percibidos en todo o en parte. Otro ejemplo de cláusula de pérdida de derechos es la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de financiación, en cuya virtud acontece la pérdida del beneficio del plazo y la deuda deviene exigible en su totalidad a causa de un incumplimiento del deudor al que los contratantes hayan asignado expresamente este efecto.

5.6. Multas coercitivas

La multa coercitiva es una medida impuesta por un órgano judicial o administrativo tendente a obtener el cumplimiento *in natura* de una obligación (de dar, hacer o no hacer) mediante una sanción pecuniaria fijada por unidad de tiempo²⁷³. La institución (*astreinte*) arranca de la jurisprudencia francesa, concretamente cuando el Tribunal Civil de Cray en una sentencia de 25 de marzo de 1811 ordenó que un difamador pagara una suma de dinero mientras no se retractase. Con posterioridad, la proliferación de esta figura en los distintos ordenamientos europeos condujo a la adopción de la Convención Benelux relativa a la ley uniforme sobre multas coercitivas, hecha en La Haya el 26 de noviembre de 1973, cuyo ámbito de aplicación se limita a las multas coercitivas impuestas por el juez.

producirse este supuesto”, traducción de Albert LAMARCA MARQUÈS (2008), *op. cit.*, p. 109).

²⁷³ Véase Sara ARAGONESES MARTÍNEZ (1985), *Las «astreintes» (su aplicación en el proceso español)*, EDERSA, Madrid, p. 53.

Su semejanza con la pena moratoria es evidente en nuestro Derecho, excepto por su naturaleza no resarcitoria y por su origen, ya que las multas coercitivas siempre serán impuestas por los tribunales o por la Administración, generalmente en el caso que se trate del cumplimiento de actos administrativos²⁷⁴. Por tanto, la multa coercitiva es una figura perteneciente al ámbito del derecho público que resulta ajena al cumplimiento de las obligaciones contractuales, salvo en materia de contratación administrativa²⁷⁵.

Igualmente, las multas coercitivas pueden ser acordadas por el juez para asegurar el cumplimiento de condenas de hacer personalísimo o no hacer en relaciones jurídico-privadas, tal y como disponen los artículos 709 a 711 de la LEC. El destino de dichas multas coercitivas será el Tesoro Público²⁷⁶, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde el acreedor de la obligación es quien percibe el importe de las multas coercitivas dictadas en materia civil.

5.7. Cláusulas de limitación de la responsabilidad

²⁷⁴ Véase el artículo 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27.11.1992). Para un estudio de la multa coercitiva en sede de derecho administrativo, Rafael PIZARRO NEVADO (1991), “La multa coercitiva”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 62, pp. 375-418.

²⁷⁵ Por ejemplo, el artículo 252.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, precepto que autoriza a la Administración para imponer multas coercitivas por importe de 3.000 € diarios al concesionario que, a pesar de haber sido requerido, persiste en el incumplimiento de sus obligaciones.

²⁷⁶ Artículo 711.2 LEC: “Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”.

Las dos figuras, cláusula penal y cláusula limitativa de la responsabilidad, coinciden en que ambas son estipulaciones contractuales que tienen como presupuesto de eficacia la imputabilidad al deudor del incumplimiento y la nota de accesoriedad respecto a las obligaciones contractuales²⁷⁷. Además, una y otra estipulación tienen un efecto idéntico en aquellos casos en los que la suma pactada es inferior al daño derivado del incumplimiento²⁷⁸.

Su diferencia radica, según JORDANO FRAGA, en que “como consecuencia de la [cláusula] penal (...), el acreedor en caso de incumplimiento tiene *siempre* derecho a la suma pactada (...) y *sólo* a esa suma; cuando se trata, en cambio, de la cláusula limitativa, el acreedor que padece el incumplimiento sólo tiene derecho al daño efectivamente sufrido (...) *hasta* el límite fijado”²⁷⁹, sin quedar el acreedor exonerado de la carga de la prueba²⁸⁰.

Por tanto, una cláusula de limitación de la responsabilidad no producirá dos de los efectos propios de la cláusula penal: la cuantificación del daño derivado del incumplimiento contractual y la exoneración de la prueba de dicho daño. De ello resulta que, en comparación con la cláusula penal, la cláusula de limitación de la

²⁷⁷ Manuel GARCÍA AMIGO (1965), *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, p. 118.

²⁷⁸ Antonio ORTÍ VALLEJO (1982), *op. cit.*, p. 300; y José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, p. 530.

²⁷⁹ Francisco JORDANO FRAGA (1984), *op. cit.*, p. 625.

²⁸⁰ Para un análisis más exhaustivo y reciente de la cláusula de limitación de la responsabilidad, véase José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (2005), “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, pp. 25-52.

responsabilidad supone siempre una menor incidencia de la voluntad de las partes sobre el régimen dispositivo de responsabilidad contractual contenido en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

6. Elementos de la cláusula penal

6.1. Causa

RODRÍGUEZ TAPIA²⁸¹ apunta que la causa de la cláusula penal es una obligación principal preexistente o nacida simultáneamente. El carácter accesorio de la cláusula penal queda patente en el artículo 1155 CC, cuyo tenor literal es el siguiente:

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.

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

De acuerdo con Federico DE CASTRO, la causa es desde el ángulo subjetivo “lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico”²⁸². El propósito de los contratantes, o en su caso el del legislador cuando impone una cláusula penal, es el de reforzar la

²⁸¹ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, p. 546.

²⁸² Federico DE CASTRO Y BRAVO (1985), *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, p. 191.

obligación principal – agravando o no la responsabilidad del deudor –, valorar anticipadamente el daño derivado del incumplimiento y eximir al acreedor de su prueba. De todos modos, la doctrina acostumbra a primar la primera de las finalidades mencionadas por encima del resto²⁸³. Así, la causa de la pena convencional es el cumplimiento de la obligación principal y, en definitiva, la obligación principal en sí misma, lo que nos devuelve al planteamiento de RODRÍGUEZ TAPIA, pues sin obligación principal no habría cláusula penal.

Nuestra jurisprudencia igualmente entiende que la causa de la pena convencional es el cumplimiento de una obligación principal por cuanto la STS, 1ª, 2.10.2001 (RJ 7141, MP: Román García Varela), en un caso en que se discute la validez de un tipo de interés moratorio del 30% anual en una póliza de préstamo de 10 de diciembre de 1991, establece que:

“[L]a pena pactada, para que sea viable, requiere que se derive del incumplimiento de una obligación principal, amén de que la cláusula penal es una promesa accesoria y condicionada, que se incorpora a la obligación principal con doble función reparadora y punitiva (STS de 7 de julio de 1963), cuya finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento” (FD 2º).

²⁸³ En este sentido, véanse Antonio ORTÍ VALLEJO (1982), *op. cit.*, pp. 293-294; y Juan José BLANCO GÓMEZ (1996), *op. cit.*, pp. 62-63. Para ambos autores la función jurídica típica de la cláusula penal, esto es, su causa, es la potencial atribución patrimonial a favor del acreedor a fin de presionar la voluntad del deudor e impulsarlo al cumplimiento. Es decir, la causa de la pena convencional es la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento pretende asegurar.

Por último, en relación con la obligación principal cuyo cumplimiento es causa de la cláusula penal, precisar que el término “obligación principal” hace referencia a cualquier obligación cuyo cumplimiento se refuerza, con una cláusula penal, con independencia de su relevancia dentro del contrato. La cláusula penal puede asegurar obligaciones de toda índole y no sólo la prestación primordial del contrato, incluidos los deberes accesorios como los formales o los de información.

6.2. Contenido

La pena convencional consistirá habitualmente en la obligación de entrega de una cantidad de dinero²⁸⁴, aunque no hay inconveniente en que, como cualquier obligación, consista en un dar, un hacer o un no hacer sin connotaciones pecuniarias (artículo 1088 CC). ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU afirman que “la obligación derivada de la pena convencional consistirá en una prestación, de la clase que fuere, a favor del acreedor”²⁸⁵. Ni el Código Civil ni el Código de Comercio limitan el contenido de la cláusula penal, frente a la Ley 518 del Fuero

²⁸⁴ Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, p. 450: “El de que la pena consista en entregar una suma de dinero es, como digo, el caso normal en la realidad”.

²⁸⁵ Ramón María ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), *op. cit.*, p. 277. En idéntico sentido, Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, p. 132; Juan GÓMEZ CALERO (1983), *op. cit.*, p. 129; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), *op. cit.*, pp. 157-158; y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 244; José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, p. 555; Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 457; Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1590; y Jorge FELIU REY (2014), *op. cit.*, p. 188.

Nuevo de Navarra²⁸⁶, que sí lo ciñe al pago de un suma de dinero: “[l]a estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente”.

De igual modo, nada obsta a que la cláusula penal consista en una prestación a favor de tercero²⁸⁷, pues el artículo 1257.II CC²⁸⁸ sólo exige que el tercero haya prestado su consentimiento. Sin embargo, el objeto de una cláusula penal no puede consistir en una prestación a cargo de un tercero, puesto que, en realidad, según el artículo 1822.I CC²⁸⁹, estaríamos ante un contrato de fianza, cuya finalidad también es de garantía y su naturaleza accesoria, pero carente de toda función coercitiva²⁹⁰.

²⁸⁶ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm.. 57-63, de 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de marzo de 1973, respectivamente).

²⁸⁷ En este sentido se han pronunciado también Ramón María ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), *op. cit.*, p. 277; y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 250.

²⁸⁸ “Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”.

²⁸⁹ Artículo 1822.I CC: “Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”.

²⁹⁰ En este sentido, la STS, 1ª, 4.12.1998 (RJ 9615, MP: Francisco Morales Morales), puesto que el Tribunal Supremo niega que la promesa de pago a cargo de una persona distinta del deudor pueda ser calificada de cláusula penal. En estos mismos términos, la mayoría de la doctrina, véase por todos Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 457, autor que define la pena convencional como “aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal”. En contra, Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, *op. cit.*, p. 8450, autor para quien es posible que la obligación penal sea asumida por un tercero.

Admitido el carácter generalmente pecuniario de la pena, LACRUZ²⁹¹ recuerda que su importe se fija libremente, sin tener que guardar relación con los daños efectivos causados, importante diferencia con el *common law*. Por su parte, RUIZ VADILLO²⁹² recomienda acompañar la cláusula penal con una cláusula de estabilización a fin de que el acreedor no vea minorado el valor real de la pena pactada, cuestión de importancia menor en coyunturas económicas no inflacionistas.

6.3. Validez

Por un lado, el artículo 1155.I CC da cuenta de la voluntad del legislador de mantener comunicada la nulidad de la cláusula penal del resto del contrato, pues la solución que adopta es la de la nulidad parcial, sin dejar a las circunstancias del caso la validez del contrato en su conjunto de conformidad con las reglas de ineficacia del Código Civil (artículos 1261 y siguientes CC). Sin embargo, a la luz de la naturaleza accesoria de la cláusula penal, no puede ser otra la solución²⁹³.

Por otro lado, el artículo 1155.II CC fija como presupuesto ineludible para la validez de la cláusula penal la validez de la obligación principal que garantiza, en virtud también de su carácter accesorio.

²⁹¹ José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 268.

²⁹² Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 392.

²⁹³ En contra, Ángel CARRASCO PERERA (2010), *Derecho de Contratos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 704, autor que sostiene que la solución de la nulidad parcial del artículo 1155 CC descansa en la “inconfesada disciplicencia o disgusto” con que el legislador trata a las cláusulas penales.

Ahora bien, como excepción y según sostiene CARRASCO PERERA, la nulidad de la obligación principal no comportaría la de la cláusula penal si la cláusula penal fue pactada para el caso de que la obligación principal fuera declarada nula²⁹⁴.

No obstante, además de este requisito preeliminar de validez previsto por el artículo 1155.II CC ²⁹⁵ y de que la pena debe pactarse siempre con anterioridad al incumplimiento²⁹⁶, hay que tener en cuenta diversas consideraciones sobre la forma y el contenido de la cláusula penal, las cuales analizo a continuación.

6.3.1. Forma

Si la cláusula penal se pacta en el mismo acto que la obligación principal, su constitución seguirá las mismas formalidades que las

²⁹⁴ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1155”, *op. cit.*, p. 8468, autor que cita en apoyo de esta tesis la STS, 1ª, 4.12.1998 (RJ 9615, MP: Francisco Morales Morales), puesto que el Alto Tribunal estima la validez de la promesa de pago del 25% del precio de la compraventa en caso de que el contrato de compraventa fuera ineficaz, a pesar de que el Alto Tribunal insiste en que el artículo 1155 CC no es aplicable por no tratarse de una cláusula penal sino de una promesa autónoma e independiente asumida por un tercero. Si bien la solución es la misma, la validez de la cláusula otorgada para el caso de que la obligación principal sea declarada nula, los propios términos de la sentencia citada impiden mantener que una cláusula penal con este contenido suponga una excepción a la regla general del artículo 1155 CC.

²⁹⁵ En este sentido, Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, pp. 155–159, requiere, en primer lugar, la existencia de una obligación principal válida y, en segundo lugar, la validez de la pena estipulada considerada en sí misma.

²⁹⁶ Ramón María ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), *op. cit.*, p. 274; y Fausto MORENO (1981), *op. cit.*; p. 197; autores que citan a Federico PUIG PEÑA: “la estipulación de la pena debe hacerse en el momento de contraerse la obligación; pero, en principio, no hay obstáculo que se oponga a que se establezca después del nacimiento de la misma, siempre que sea antes de llegar la posibilidad del incumplimiento”. En este sentido, Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, pp. 143-144; Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 412; y José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 267.

exigidas para aquélla, razón por la cual este supuesto no plantea mayor problema.

Sin embargo, si la cláusula penal se pacta con posterioridad a la obligación principal, hay dos corrientes doctrinales al respecto: según la primera de ellas, defendida por LACRUZ y LOBATO²⁹⁷, la cláusula penal ha de cumplir en su constitución las mismas formalidades exigidas para la obligación principal; en cambio, la otra corriente sostiene que para el establecimiento de la cláusula penal rige el principio general de libertad de forma consagrado en el artículo 1278 CC, siendo la prueba de su existencia una cuestión distinta. Ésta es la tesis de GÓMEZ CALERO, secundada por DÁVILA GONZÁLEZ²⁹⁸.

A mi juicio, esta segunda corriente doctrinal es la acertada, puesto que si la obligación principal ha quedado válidamente constituida, la constitución de la cláusula penal en tanto que promesa accesoria no ha de cumplir con las mismas formalidades²⁹⁹.

A su vez, la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo no exige ni que conste la denominación “cláusula penal” ni que el pacto recoja explícitamente que éste es su objeto, pero sí requiere que la cláusula

²⁹⁷ José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 267; y Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, p. 139. Esta corriente doctrinal tiene su fundamento en los artículos 1219 y 1230 CC.

²⁹⁸ Juan GÓMEZ CALERO (1983), *op. cit.*, pp. 124-125; y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 261-263.

²⁹⁹ En este sentido, José Enrique MASIDE MIRANDA (2006), *op. cit.*, pp. 509-510.

penal sea establecida con claridad, de manera que su naturaleza se desprenda de su formulación³⁰⁰.

6.3.2. Contenido

El contenido de la cláusula penal no puede ser contrario a la ley, a la moral, ni al orden público (artículo 1255 CC *in fine*). Sin perjuicio de otras disposiciones de alcance más general (artículos 1271 a 1273 CC), a efectos de determinar la validez material de la cláusula penal hay que estar a lo que establecen las dos leyes siguientes: 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 (BOE núm. 287, 30.11.2007) (en adelante, RDL 1/2007;) y la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908, conocida como Ley Azcárate.

a) Real Decreto Legislativo 1/2007

En la contratación con consumidores, según analizamos en el capítulo dedicado al derecho de consumo, hay que tener en cuenta el artículo 85.6 del RDL 1/2007, que atribuye el carácter de cláusula abusiva a:

Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

³⁰⁰ Entre otras, las SSTS, 1ª, 24.3.1909; y 4.11.1958 (RJ 3432, MP: Francisco R. Valcárcel).

Además, el artículo 62.3 RDL 1/2007 protege especialmente el derecho al desistimiento libre y unilateral del consumidor en los contratos de tracto sucesivo³⁰¹, prohibiendo de manera expresa la ejecución unilateral por el empresario predisponente de las penas estipuladas y la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. En consecuencia, el artículo 87.6 de este texto legal califica tales cláusulas de abusivas porque suponen obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio del derecho a poner fin al contrato por parte del consumidor³⁰².

La declaración judicial de abusividad de cualquier cláusula comporta la sanción de nulidad con arreglo al artículo 83 del mismo texto legal³⁰³,

³⁰¹ Artículo 62.3.II: “El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

³⁰² Artículo 87.6: “Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

³⁰³ Artículo 83: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá

sin perjuicio de los aspectos que son objeto de estudio en el referido capítulo sobre derecho de consumo.

b) Ley Azcárate

El artículo 1.I de la Ley Azcárate declara nulo el préstamo en que se pacten intereses usurarios³⁰⁴, nulidad que su artículo 9 extiende a “*toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido*”.

La Ley Azcárate prevé la nulidad del contrato en su totalidad, incluida la cláusula penal que en él se inserte. Por tanto, la regla de la Ley Azcárate difiere de la regla del artículo 1155.I CC, precepto que adopta la solución de la nulidad parcial a fin de mantener comunicada la nulidad de la cláusula penal del resto del contrato. La cuestión controvertida es determinar si la Ley Azcárate se aplica con preferencia al artículo 1155 CC y, en consecuencia, los contratos de financiación con cláusula penal que estipulen intereses usurarios son íntegramente nulos o, por el contrario, el contrato de financiación ha de reputarse válido y queda suprimida sólo la cláusula penal usuraria³⁰⁵.

siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

³⁰⁴ Artículo 1.I: “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

³⁰⁵ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 560-561, apuesta por la segunda opción. Más discutible es la tesis defendida por Antonio ORTÍ VALLEJO

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicabilidad de la Ley Azcárate a la cláusula penal es oscilante, sin llegar a sentar la Sala Primera un criterio jurisprudencial claro.

La STS, 1ª, 2.10.2001 (RJ 7141, MP: Román García Varela) había rechazado su aplicación a los intereses de demora de un contrato de préstamo por no ser intereses de cumplimiento³⁰⁶. En cambio, la STS, 1ª, 7.5.2002 (RJ 4045, MP: Antonio Gullón Ballesteros) estimó que la Ley Azcárate es aplicable a las cláusulas penales³⁰⁷. En una sentencia posterior, la STS, 1ª, 27.6.2003 (RJ 4266, MP: Francisco Marín Castán), el Alto Tribunal volvió a decantarse por la inaplicabilidad de la Ley Azcárate a las cláusulas penales porque este pacto no presenta analogía alguna con el préstamo de dinero, en virtud de su naturaleza claramente diferenciada³⁰⁸. Esta misma postura ha sido mantenida por la STS, 1ª, 4.6.2009 (RJ 4747, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz),

(1982), *op. cit.*, p. 299, consiste en la aplicación de la Ley Azcárate pero con efecto moderatorio y no de nulidad.

³⁰⁶ “[L]os intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908” (FD 2º).

³⁰⁷ “[H]a de advertirse que por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el art. 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza” (FD 1º).

³⁰⁸ “Lo primordialmente pactado fue, pues, una cláusula penal con función claramente coercitiva o del estímulo al cumplimiento del deudor en lógica contrapartida al plazo que se le concedía para cumplir, de suerte que difícilmente cabe detectar operación alguna equivalente a un préstamo de dinero” (FD 5º).

reiterando que los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales sino de sanción o pena.

No obstante, la mayoría de la doctrina entiende que la Ley Azcárate es aplicable a las cláusulas penales por cuanto los intereses estipulados como moratorios pueden enmascarar una remuneración encubierta³⁰⁹.

6.4. Exigibilidad

El artículo 1152.II CC remite en este aspecto al régimen general de las obligaciones:

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

Antes de examinar los dos requisitos para la exigibilidad de la pena, hay que tener presente un tercero, casi evidente: que el acreedor haya optado por la pena, si la cláusula no establecía una pena cumulativa. MANRESA³¹⁰ lleva a cabo la matización siguiente: “una vez incumplida la obligación, puede optar el acreedor entre pedir la pena o el

³⁰⁹ Véase por todos Silvia DÍAZ ALABART (2011), *op. cit.*, pp. 81-83, autora que cita a Virginia MÚRTULA LAFUENTE (2010), “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Privado*, p. 10: “nos podemos encontrar con acuerdos sobre intereses moratorios que en realidad encubren un interés retributivo, por cuanto se desborda la naturaleza y finalidad de los intereses moratorios, llamando indemnización por incumplimiento a una remuneración encubierta”.

³¹⁰ José María MANRESA (1907), *op. cit.*, p. 240. Y, más recientemente, Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1153”, *op. cit.*, p. 8458: “Aunque el acreedor no puede reclamar el cumplimiento cuando directamente ha exigido el pago de la pena, seguramente sí puede hacer lo contrario, si reclama el cumplimiento, cuando el deudor no cumpla”.

cumplimiento de aquélla; pero con la diferencia de si pide lo primero, no podrá luego exigir lo segundo, puesto que ambos obligados han decidido prescindir de la ejecución de lo pactado, y en cambio, optando por exigir que se cumpla la obligación, podrá pedir, si así no se lleva a cabo, el pago de la pena”. Frente al silencio del CC, tras el incumplimiento, el acreedor puede optar por la pena hasta la realización de la prestación principal³¹¹.

Sin embargo, ALBALADEJO y CABANILLAS SÁNCHEZ precisan que, en virtud de la aplicación analógica del artículo 1124 CC, el acreedor puede reclamar la pena incluso después de haber optado por el cumplimiento de la obligación principal, pero sólo si éste resultare imposible³¹². La pretensión de cumplimiento en forma específica desaparece tanto en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor como en los casos de imposibilidad sobrevenida imputable, a pesar de que los artículos 1182 y 1184 CC establezcan la extinción legal de la obligación sólo para los primeros³¹³.

³¹¹ Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, p. 78: “El C.c. guarda silencio al respecto y la doctrina entiende que la pretensión dirigida a la pena sólo se pierde cuando se recibe la prestación principal, pero no ante el solo hecho de exigirla. Por el contrario, si se exige la pena caduca inmediatamente la pretensión de cumplimiento, porque el que exige una indemnización no puede pretender ya el cumplimiento”.

³¹² Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, p. 476, y Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), *op. cit.*, pp. 159-160, interpretan los artículos 1152 y 1153 CC mediante la aplicación analógica del precepto relativo a la resolución del contrato (artículo 1124 CC), que permite pedir el cumplimiento al acreedor que optó por la resolución, siempre y cuando el cumplimiento resultare imposible. En idéntico sentido, Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (2013), *op. cit.*, p. 1580.

³¹³ Solución que, entre otros, defiende Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA (2004), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores, Madrid, pp. 146-148.

Hay aquí una importante diferencia entre el régimen civil y el mercantil, pues el artículo 56 CCom 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 estipulado:

En el contrato mercantil en que se fijare una pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario.

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, “cumplimiento del contrato” o ”pena prescrita”) comporta que dicho efecto se produzca desde la notificación al deudor de la acción elegida por el acreedor³¹⁴.

Doctrina y jurisprudencia enuncian dos requisitos para la exigibilidad de la pena: subsistencia de los supuestos para los que se pactó e incumplimiento imputable al deudor.

³¹⁴ Juan GÓMEZ CALERO (1983), *op. cit.*, pp. 176-187.

6.4.1. Subsistencia de los supuestos para los que se pactó

La STS, 1ª, 17.3.1986 (RJ 1256, MP: Antonio Fernández Rodríguez) explica que un supuesto ajeno al previsto “hace privar de efecto a la referida cláusula penal” (FD 2º). En el caso enjuiciado, el Alto Tribunal consideró que el transcurso en exceso del período de tiempo pactado para la entrega de una vivienda hacía que la satisfacción de la pena dejara de responder a la voluntad de los contratantes, puesto que la suma estipulada no compensaba en modo suficiente a la parte perjudicada.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación extremadamente restrictiva de la cláusula penal pactada. Así, por ejemplo, la STS, 1ª, 22.4.2009 (RJ 4730, MP: Antonio Salas Carceller) (FD 6º) estima que la pena moratoria estipulada, 60,10 € por cada día retraso, no resulta exigible por cuanto los contratantes previeron que los días de retraso en la entrega de la obra había de computarse una vez transcurridos dieciocho meses desde la obtención de la licencia y que el transcurso de este lapso temporal debía constar en acta notarial. Por tanto, a falta de acta notarial, la pena moratoria no es exigible.

El incumplimiento en que el deudor incurra ha de ser el estipulado en la cláusula penal, puesto que cualquier otro no producirá la eficacia de la pena pactada. Sin embargo, sí que sería exigible la pena cuando el incumplimiento se correspondiera con el previsto por la cláusula penal

pero fuera de menor entidad, caso en el que procedería la moderación de la pena de acuerdo con el artículo 1154 CC.

6.4.2. Incumplimiento imputable al deudor

El artículo 1152.II CC remite a la regulación general sobre incumplimiento de las obligaciones:

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

Así, de acuerdo con los artículos 1101, 1102 y 1105 CC³¹⁵, la pena sólo sería exigible si el deudor incurriese en mora, culpa o dolo, pero no si el incumplimiento se debiera a caso fortuito o fuerza mayor, que hemos de entender como la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento no imputable al deudor³¹⁶. La reciente STS, 1ª, 17.1.2012

³¹⁵ Artículo 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados por los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”.

Artículo 1102 CC: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”.

Artículo 1105 CC: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

³¹⁶ En Derecho español tradicionalmente se distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, distinción superada por la doctrina que unifica ambos conceptos en el ámbito de la responsabilidad contractual, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1996), *op. cit.*, pp. 588-590. La noción de caso fortuito coincide con la de falta de culpa del deudor, esto es, circunstancias imprevisibles de acuerdo con la diligencia prestable, mientras que la noción de fuerza mayor rompe la relación de causalidad con la conducta del deudor porque el carácter ajeno del hecho o evento, que queda fuera del ámbito de control del deudor (las “causas extrañas” del Código Civil francés),

(RJ 287, MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) ha confirmado que la imputabilidad del incumplimiento al deudor es requisito para que le resulte exigible la pena pactada.

En este sentido, la regla general de que la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento no imputable al deudor le exonera de responsabilidad no tiene naturaleza imperativa (artículos 1182 y 1184 CC)³¹⁷. Por ello, el deudor puede asumir la responsabilidad por daños causados fortuitamente, incluso esta responsabilidad es a veces impuesta *ex lege* (por ejemplo, en el contrato de obra inmobiliaria, el artículo 1589 CC asigna el riesgo de la pérdida al deudor antes de la entrega).

Además, CARRASCO PERERA³¹⁸ lleva a cabo una importante distinción entre la prestación principal pecuniaria, cuyo cumplimiento nunca deviene imposible, y “una promesa de cumplir *en todo caso* una deuda específica (dar cosa no genérica, prestar un servicio)”, cuyo cumplimiento puede devenir imposible por caso fortuito o fuerza mayor. La distinción consiste en que la pena pactada para la primera de la obligación principal pecuniaria sería exigible, mientras que la pena pactada para la segunda de ellas no lo sería, ya que su

conlleva la inevitabilidad del hecho o evento, ya sea previsible o no, José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, pp. 174-176.

³¹⁷ Artículo 1182 CC: “Quedarán extinguidas la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”.

Artículo 1184 CC: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

³¹⁸ Ángel CARRASCO PERERA (2010), *op. cit.*, pp. 988-989, autor que fundamenta esta solución en el artículo 1289 CC, en aplicación de la regla de la mayor reciprocidad de intereses para la interpretación de los contratos onerosos.

incumplimiento no es imputable al deudor y, en consecuencia, la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento tiene efecto liberatorio³¹⁹.

Respecto al incumplimiento doloso, según el Tribunal Supremo, tal y como señala GÓMEZ POMAR³²⁰, éste consiste en la “infracción consciente y voluntaria del deber contractual”, sin que sea necesaria la voluntad de dañar³²¹. El Tribunal Supremo, para el que todo incumplimiento voluntario es doloso, considera que la pena convencional es exigible en supuestos de incumplimiento doloso: SSTs, 1ª, 10.6.1969 (RJ 3358, MP: José Beltrán de Heredia y Castaño), 4.7.1988 (RJ 5556, MP: Francisco Morales Morales), 20.2.1989 (RJ 1212, MP: Pedro González Poveda) y 23.5.1997 (RJ 4322, MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes)³²². Por tanto, el incumplimiento doloso no exceptúa la inviabilidad de la reclamación del daño superior a la pena, establecida en el artículo 1152.I CC.

³¹⁹ Criterio seguido por la SAP Madrid, Civil, Sec. 10ª, 13.10.2003 (JUR 2004\87228, MP: Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés), que entendió que la cláusula penal estipulada para el caso de falta de entrega de la vivienda vendida “sea cual fuere la causa del retraso, incluso ajena a la propia Sociedad Cooperativa” no era aplicable a la imposibilidad sobrevenida no imputable a la cooperativa vendedora.

³²⁰ Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, p. 198; y el mismo autor (2007), *op. cit.*, p. 10.

³²¹ SSTs, 1ª, 30.11.1999 (RJ 8439, MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 23.10.1984 (RJ 4971, MP: Jaime De Castro García); y 21.6.1980 (RJ 2726, MP: Jaime de Castro García).

³²² Estas tres últimas resoluciones superan una línea jurisprudencial anterior que afirmaba la inexigibilidad de la cláusula penal ante un incumplimiento doloso. El anterior posicionamiento del Tribunal Supremo sobre este aspecto queda recogido en las SSTs, 1ª, 16.7.1982 (RJ 4249); y 23.10.1984 (RJ 4971, MP: Jaime De Castro García). Pronunciamientos más recientes de la jurisprudencia menor confirman la exigibilidad de la pena en caso de incumplimiento doloso: SAP Córdoba, Civil, Sec. 2ª, 28.10.2002 (JUR 275058, MP: Antonio Puebla Povedano); SAP Madrid, Civil, Sec. 11ª, 28.5.2004 (JUR 227138, MP: Fernando Delgado Rodríguez); y SAP Málaga, Civil, Sec. 6ª, 20.12.2005 (JUR 2006\150507, MP: José Javier Díez Núñez).

Sin embargo, la doctrina clásica entendía que, cuando el incumplimiento de la obligación principal era doloso, el acreedor podía reclamar el importe íntegro de los daños, con independencia de la cantidad estipulada en la cláusula penal. La ineficacia de la cláusula penal derivaba del artículo 1102 CC, que prohíbe la renuncia anticipada a la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo³²³.

Otra postura de la doctrina es la que consiste en entender que una cláusula penal por valor inferior al daño ocasionado por dolo es válida, sin perjuicio de que, probado el incumplimiento doloso, el acreedor reclame el daño excedente no cubierto por la pena pactada³²⁴.

El ordenamiento español carece de una solución específica al respecto, por mucho que la alternativa más respetuosa con la prohibición del

³²³ En este sentido, Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op.cit.*, p. 164; y Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 403. A favor, Ángel CARRASCO PERERA (1983), “Comentario al artículo 1.102 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, p. 468, que interpreta que la prohibición del artículo 1102 CC abarca cualquier fijación de un quantum inferior al resultante de la aplicación de las reglas generales; y Ferran BADOSA COLL (1987), *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia, p. 718, autor que postula la necesaria agravación de la responsabilidad por dolo del deudor, pues observa que “[al deudor] no puede serle jurídicamente indiferente el no querer cumplir”. Tesis también sostenida por Francisco JORDANO FRAGA (1987), *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, pp. 337-338, nota al pie 15. En contra, José Manuel GONZÁLEZ PORRAS (1978), “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)”, *Revista de Derecho Mercantil*, p. 513, quien esgrime que la cláusula penal cumple con la función sustitutiva incluso si hay dolo del deudor, a menos que la pena sea irrisoria.

³²⁴ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 363. Por su parte, José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 572-578, va más allá y defiende la indemnización del daño superior a la pena en cualquier tipo de incumplimiento, ya sea doloso o culposos.

artículo 1102 CC es posibilitar que el acreedor ejerza la acción de daños y perjuicios para reclamar el importe del daño causado por dolo que exceda la pena pactada, siempre y cuando acredite el incumplimiento doloso y el daño real sufrido³²⁵.

Por el contrario, el Derecho alemán compatibiliza expresamente la reclamación de la pena convencional con aquel importe del daño efectivo no cubierto por la misma, pretensión que puede ejercitar el acreedor perjudicado tanto por un incumplimiento doloso como culposo³²⁶. En cambio, el Derecho austriaco se limita a conciliar, aunque de manera explícita, la reclamación de la pena prevista para el supuesto de incumplimiento del plazo o lugar de ejecución de la prestación con la acción de cumplimiento de la misma³²⁷.

Asimismo, en cuanto a la moderación de la pena ex artículo 1154 CC, la prohibición del artículo 1102 CC impediría al juez moderar una pena que no cubra los daños causados dolosamente, puesto que las partes no pueden limitar la responsabilidad por dolo del deudor³²⁸.

³²⁵ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, *op. cit.*, p. 8454. También así lo entendía José María MANRESA (1907), *op. cit.*, p. 239.

³²⁶ § 340.II BGB: “*Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen*” (“Si corresponde al acreedor una pretensión de resarcimiento del daño por incumplimiento, entonces puede reclamar la pena en que se ha incurrido como cuantía mínima del daño. La alegación de un daño adicional no está excluida”, traducción de Albert LAMARCA MARQUÈS (2008), *op. cit.*, p. 107).

³²⁷ § 1336.1 ABGB: “*Wurde die Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen, so kann sie neben der Erfüllung gefordert werden*” (“Si la pena convencional fue prevista para el supuesto de incumplimiento del plazo del plazo o lugar de ejecución de la prestación, podrá ésta exigirse junto con el cumplimiento”, traducción de Ariadna AGUILERA RULL).

³²⁸ Silvia DÍAZ ALABART (2011), *op. cit.*, pp. 106-107.

Supuesto distinto es el de concurrencia de culpas. Si el incumplimiento del deudor se basó en un incumplimiento previo del acreedor de la obligación, entonces la pena no es exigible. En este sentido se han pronunciado las SSTs, 1ª, 5.4.1988 (RJ 2655), 22.6.1989 (RJ 4773) y 13.4.1992 (RJ 3100, MP: Pedro González Poveda)³²⁹.

En cuanto a la exigibilidad de la pena si concurre caso fortuito o fuerza mayor, la regla general es la de la inexigibilidad, ya que el incumplimiento no es imputable al deudor. No obstante, cabe que las partes pacten una cláusula penal para incumplimientos no culpables, adquiriendo ésta una función de cubrimiento del riesgo³³⁰. Una cláusula penal de este tenor es una suerte de aseguramiento y es admitida por la mayoría de la doctrina³³¹, a pesar de que algunos autores sostienen que el montante de la pena debe ser reducido al importe de la prestación principal, con base en el artículo 31 LCS, en virtud del cual se impide una reparación superior al daño efectivo³³².

³²⁹ Sentencias citadas por la STS, 1ª, 25.10.2004 (RJ 6707, MP: Alfonso Villagómez Rodil), que analiza en su FD 1º si la pena convencional no es exigible por la concurrencia de incumplimientos imputables a ambas partes.

³³⁰ Ramón María ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), *op. cit.*, pp. 275 y 283.

³³¹ Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, pp. 472 y 473; José Luis LACRUZ (2011), *op. cit.*, p. 269; Ángel CARRASCO PERERA (1989), “Comentario al artículo 1.105”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, p. 664; Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *op. cit.*, p. 162; Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 402; y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 60 y ss.

³³² En este sentido, José Luis LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 269; y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 62 y 63. Artículo 31.I LCS: “Si la suma asegurada supera notablemente el valor del interés asegurado, cualquiera de las partes del contrato podrá exigir la reducción de la suma y de la prima, debiendo restituir el asegurador el exceso de las primas percibidas. Si se produjere el siniestro, el asegurador indemnizará el daño efectivamente causado”.

Ahora bien, CARRASCO PERERA alerta que este pacto de atribución de riesgos supone el abandono del tipo específico de la cláusula penal porque comporta una renuncia del deudor a los beneficios de los artículos 1152.II y 1154 CC, la inexigibilidad por incumplimientos no imputables y la moderabilidad de la suma pactada, respectivamente³³³.

7. Moderación judicial de la pena

El tenor literal del artículo 1154 CC es el siguiente:

El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

En cuanto a la moderación de la cláusula penal por el juez hay que distinguir dos cuestiones:

- 1) La reducción de la pena convencional en caso de incumplimiento parcial.
- 2) La revisión judicial de la cláusula penal por razones de equidad.

³³³ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, *op. cit.*, p. 8451: “La afirmación anterior no significa que una cláusula «penal» no dependiente del incumplimiento imputable no sea lícita en nuestro Derecho, por impedirlo el art. 1152 II CC. Por supuesto que es posible, pero un pacto de esta clase ya supone el abandono del tipo específico de la cláusula penal, y son pactos de atribución de riesgos del tipo fortuito, que no se deben presumir en la duda, porque suponen una «renuncia» del deudor a los beneficios de los arts. 1152 y 1154”.

En ningún caso cabrá el aumento de la pena ni su supresión. En palabras de ALBALADEJO, “la modificación habrá de ser menos (...) [p]ero la pena no puede ser suprimida totalmente”³³⁴. El artículo 1154 CC únicamente habilita a los tribunales para reducir la cuantía de la pena³³⁵. Sin embargo, la actividad moderadora del juez también comprende la posibilidad de mantener la pena convencional, pues asevera ESPÍN ALBA que “en determinadas circunstancias lo más equitativo es no moderar”³³⁶.

7.1. Reducción de la pena en caso de incumplimiento parcial o irregular

El artículo 1154 CC alude al deber del juez de modificar la pena cuando haya existido un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal.

El cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal es el presupuesto ineludible para la moderación judicial de la pena pactada. La STS, 1ª, 15.2.2012 (RJ 2043, MP: Román García Varela) señala que:

“Según la jurisprudencia de esta Sala, para la aplicación del artículo 1154 del Código Civil, constituye presupuesto

³³⁴ Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, p. 485.

³³⁵ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (1999), *La moderación de la culpa por los tribunales (estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, p. 139. En cambio, el Derecho francés (artículo 1152.II del *Code Civil*) sí permite expresamente que el juez aumente la cláusula penal pactada (“*le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue*”).

³³⁶ Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, pp. 70–71.

primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total” (FD 4º).

No obstante, tal y como señala ALBALADEJO³³⁷: el criterio para moderar la pena consiste en valorar la proporción entre lo cumplido y el total de lo que se debió cumplir para no resultar penado, sin tomar en cuenta ni el grado de culpa del deudor ni tampoco la intensidad del perjuicio sufrido por el acreedor. Por tanto, no cabrá moderación si la pena convencional se previó para un supuesto de incumplimiento parcial o irregular³³⁸. Así lo establece la STS, 1ª, 14.9.2007 (RJ 5307, MP: Clemente Auger Liñán), en un caso en que las partes de un contrato de compraventa inmobiliaria con precio aplazado previeron la pérdida de los desembolsos realizados por el comprador del inmueble en el supuesto de impago de cualquiera de los plazos fijados:

“(…) la obligación, o mandato, que viene establecido en el artículo 1.154 del Código Civil, (…) ha de actuar cuando,

³³⁷ Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, pp. 486-487. Tal y como señala Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (1999), “La moderación judicial de la cláusula penal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, p. 1467: “[N]o se trata de rebajar una pena alta, sino de reducirla en proporción a lo cumplido de la obligación principal”.

³³⁸ En este sentido, la STS, 1ª, 10.5.2001 (RJ 6191, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) reitera “[c]uando la cláusula penal está prevista específicamente para un determinado incumplimiento parcial (o cumplimiento irregular o defectuoso, que es lo mismo) no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial” (FD 4º). También las SSTs, 1ª, 15.10.2008 (RJ 5692, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 25.1.2008 (RJ 223, MP: Clemente Auger Liñán); 17.10.2007 (RJ 7307, MP: Encarnación Roca Trías); 17.7.2007 (RJ 4961, MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares); 20.6.2007 (RJ 3861, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); 23.10.2006 (RJ 6714, MP: Antonio Salas Carceller); 14.6.2006 (RJ 3133, MP: Encarnación Roca Trías); y 20.7.2005 (RJ 5345, MP: Francisco Marín Castán).

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).

La función atribuida por el artículo 1154 CC a los tribunales no es la modificación de los pactos alcanzados por los contratantes, sino completar una posible laguna de los mismos³³⁹. Así lo confirma la STS, 1ª, 1.6.2009 (RJ 3192, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel)³⁴⁰:

“[L]a finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes” (FD 2º).

Es decir, únicamente corresponde al juez moderar la cláusula penal cuando ésta prevea un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento efectivo del deudor, no en el resto de casos. Según

³³⁹ Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1611; Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, p. 154; y María Dolores MAS BADÍA (1995), *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 201-203.

³⁴⁰ En idéntico sentido, las SSTs, 1ª, 3.6.2015 (RJ 2735, MP: Ignacio Sancho Gargallo); 15.4.2014 (RJ 3122, MP: Rafael Saraza Jimena); 17.3.2014 (RJ 1505, MP: Ignacio Sancho Gargallo); 30.4.2013 (RJ 4609, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); 17.1.2012 (RJ 287, MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos); y 1.10.2010 (RJ 7307, MP: Juan Antonio Xiol Ríos). Así, la citada STS, 1ª, 17.3.2014 establece que “la previsión contenida en el artículo 1154 «descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes»” (FD 7º).

GÓMEZ POMAR, “[s]i concurre el supuesto de hecho previsto en toda su extensión, no cabría la intervención judicial moderadora”³⁴¹. Este autor sintetiza así el criterio imperante en el Tribunal Supremo para calificar un incumplimiento de parcial o de total, plasmado en las STSS, 1ª, 5.12.2003 (RJ 8786, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); 29.1.2004 (RJ 154, MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); y 11.5.2004 (RJ 2735, MP: Antonio Gullón Ballesteros). La Sala Primera ha abandonado su postura tradicional en base a la cual calificaba el incumplimiento de parcial si el deudor había llevado a cabo alguna conducta tendente a la realización de la prestación.

En este punto, el artículo 1085 del Proyecto de Código Civil de 1851 presentaba una redacción mucho más clara que el artículo 1154 CC, pues el precepto del proyecto fallido de Código Civil establecía que: “El Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo”³⁴².

La jurisprudencia más reciente considera que la moderación judicial de la pena tiene carácter imperativo³⁴³, aunque con anterioridad se había

³⁴¹ Fernando GÓMEZ POMAR (2007), *op. cit.*, p. 29.

³⁴² Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, p. 1611, nota al pie 88, considera que el ámbito de aplicación del artículo 1154 CC es más amplio que el artículo 1085 del Proyecto de 1851, dado que este último precepto incluye el cumplimiento parcial pero no el cumplimiento irregular, mientras que el artículo 1154 CC comprende ambos.

³⁴³ José Manuel LETE DEL RÍO, Prólogo a la obra de ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, p. 10, alertó sobre la imperatividad de la moderación judicial por incumplimiento parcial con arreglo al artículo 1154 CC: “el problema está en determinar si una reducción excesiva de la pena no estaría desvirtuando su función coercitiva (...) y por tanto, estarían obligándole a preferir otro tipo de garantía más eficaz; es decir, la consideración reiterada de que la moderación de la pena es una obligación del Juez (...) es una contundente limitación de la autonomía privada”.

mostrado vacilante³⁴⁴. El hecho de que la redacción del Proyecto de Código Civil de 1851 fuera radicalmente distinta refuerza este carácter imperativo, pues su artículo 1085 rezaba “El Juez puede modificar (...)”.

Ahora bien, hay discrepancia a la hora de afirmar que dicha modificación procede de oficio. Posicionamiento mayoritario en la jurisprudencia³⁴⁵, pero no en la doctrina, que apunta que la moderación *ex officio* escapa al principio de justicia rogada que rige los intereses privados³⁴⁶. No obstante, algún sector doctrinal entiende que

³⁴⁴ A favor del carácter imperativo, las SSTs, 1ª, 5.12.2007 (RJ 8901, MP: Clemente Auger Liñán); 7.2.2002 (RJ 2887, MP: Jesús Corbal Fernández); 10.5.2001 (RJ 6191, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz); 12.12.1996 (RJ 8976); 8.2.1993 (RJ 690, MP: José Almagro Nosete); 20.10.1988 (RJ 7592, MP: Adolfo Carretero Pérez); y 13.7.1984 (RJ 3981). En contra, las SSTs, 1ª, 30.6.1981 (RJ 2622, MP: Antonio Sánchez Jáuregui); y 20.11.1970 (RJ 4825, MP: José Beltrán de Heredia y Castaño).

³⁴⁵ STS, 1ª, 12.12.1996 (RJ 8976, MP: Alfonso Villagómez Rodil): “Las cláusulas contractuales penales si bien son imperativas, su moderación puede acordarse de oficio, según reiterada jurisprudencia civil (Sentencias de 21 mayo 1948, 3 enero 1964, 13 julio 1984 y 19 febrero 1990 y otras muchas)”. En idéntico sentido, la STS, 1ª, 4.1.2007 (RJ 1101, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel): “La jurisprudencia interpreta literalmente el artículo 1154 del Código Civil (concretamente, la fórmula imperativa «modificará...») y considera que constituye vehículo de un mandato expreso que el Juez ha de cumplir, aunque no sea instado a ello por ninguna de las partes”. Recientemente, a favor de la moderación acordada de oficio por los tribunales, la STS, 1ª, 7.5.2012 (RJ 8004, MP: Juan Antonio Xiol Ríos), que declara conforme a Derecho la moderación de la pena realizada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Madrid, según analiza María Teresa ÁLVAREZ MORENO (2013), “Incumplimiento y resolución del contrato de compraventa de vivienda: moderación de la cláusula penal. Sentencia de 7 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8004)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, p. 136.

³⁴⁶ Antonio ORTÍ VALLEJO (1982), *op. cit.*, p. 318; y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *op. cit.*, p. 468: “(...) ningún precepto de del Código ni de Ley alguna determinan o imponen una aplicación de oficio. Perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio”. Asimismo, Alejandro DÍAZ MORENO (2012), “Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, p. 462, entiende que la imperatividad del artículo 1154 CC impide su derogación por la voluntad de los particulares, pero no implica que el juez

la moderación de oficio por los tribunales no es del todo contraria al principio de justicia rogada, puesto que, aun incluso a falta de una petición expresa por el deudor en este sentido, siempre habrá alguna conducta por parte de éste, pues la oposición del deudor al pago de la pena lleva implícita una solicitud de moderación de la misma³⁴⁷ y la moderación acordada por el juez tendrá su fundamento en las alegaciones formuladas por el deudor y la prueba por él practicada³⁴⁸.

Esta cuestión era problemática en Derecho francés hasta que la reforma del *Code Civil* por la Ley nº 85–1097, de 11 de octubre de 1985 (Diario Oficial de 15.10.1985), dio una nueva redacción a los dos preceptos aplicables para la reducción de la pena, el artículo 1152.II (penas excesivas) y el 1231 (incumplimiento parcial), introduciendo la mención “*même d’office*” (“incluso de oficio”) al texto ya reformado por la Ley nº 75–597, de 9 de julio de 1975 (Diario Oficial de 10.7.1975). En defecto de regulación expresa, tal y como hace el Derecho francés, la doctrina italiana y la portuguesa entienden que la reducción debe ser pedida por el deudor³⁴⁹.

deba proceder de oficio a la moderación de la pena pactada. En cambio, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (1999), *op. cit.*, p. 1474, defiende que “la moderación judicial de la pena convencional ha de realizarse de oficio en defecto de alegación en tal sentido por las partes”. En idéntico sentido, Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1154”, *op. cit.*, p. 8464: “La moderación equitativa es una competencia judicial, no sujeta al principio dispositivo y que no puede ser excluida por la voluntad de las partes, siempre que se diera el supuesto de hecho de la norma”.

³⁴⁷ Silvia DÍAZ ALABART (2007), “La moderación judicial de la cláusula penal”, en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coord.), *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI: memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en La Habana, Cuba, en el período 2001-2007*, p. 611.

³⁴⁸ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, p. 582. En idéntico sentido, José Enrique MASIDE MIRANDA (2006), *op. cit.*, p. 519.

³⁴⁹ Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993), *op. cit.*, p. 93.

Asimismo, según el Tribunal Supremo, el ejercicio de la facultad moderadora no es revisable en casación, ni tampoco la cuantía en que debe moderarse la pena, puesto que se trata de un juicio de equidad³⁵⁰. Por tanto, la revisión casacional de la moderación de la pena exige el cambio previo de calificación de la conducta del deudor, esto es, calificarla de incumplimiento parcial o irregular en lugar de incumplimiento total o viceversa. La STS, 1ª, 10.3.2009 (RJ 2386, MP: Antonio Salas Carceller) señala³⁵¹:

“Esta Sala ha reiterado que el uso de la facultad moderadora establecida en el artículo 1154 del Código Civil así como la decisión sobre la improcedencia de hacer uso de tal facultad, son facultades que no pueden ni deben ser alteradas en vía casacional cuando se basan en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles. Dicha revisión casacional procede, sin embargo, en los supuestos en que lo denunciado es que tal moderación se ha producido pese a no

³⁵⁰ Entre otras, las SSTS, 1ª, 20.12.2006 (RJ 2007\388, MP: Antonio Salas Carceller); 17.6.2004 (RJ 3625, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 5.12.2003 (RJ 8786, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz); y 8.11.2002 (RJ 9691, MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez). La STS, 1ª, 20.9.2006 (RJ 8401, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) señala que “la facultad de moderar equitativamente la pena cuando la obligación se ha incumplido parcialmente o se ha cumplido irregularmente (...) radica en la soberanía de los órganos jurisdiccionales de instancia” (FD 2º). No obstante, la STS, 1ª, 17.3.2014 (RJ 1505, MP: Ignacio Sancho Gargallo) aclara que “[f]rente a la objeción formulada en el escrito de oposición al recurso, de que la facultad moderadora de la pena, contenida en el art. 1154 CC, no es revisable en casación, conviene puntualizar, en la medida que lo que se cuestiona no es el ejercicio de la facultad discrecional de moderación, sino que en este supuesto cupiera ejercitarla, cabe su revisión en casación”.

³⁵¹ Postura confirmada por las SSTS, 1ª, 7.5.2012 (RJ 8004, MP: Juan Antonio Xiol Ríos); 17.1.2012 (RJ 287, MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos); y 1.10.2010 (RJ 7307, MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

concurrir las condiciones legalmente exigidas para ello, esto es que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor» (FD 2º).

En cuanto a la admisibilidad del pacto en contra de las partes, aunque la postura tradicional de la doctrina es negarla, a causa de la naturaleza imperativa del artículo 1154 CC³⁵², QUESADA GONZÁLEZ reconoce igualmente que no cabe la exclusión genérica de esta facultad, pero que las partes pueden lograr un resultado muy similar si establecen la proporción de la pena que debe satisfacerse atendiendo al grado de incumplimiento de la prestación debida³⁵³.

Por último, en relación con la aplicación del artículo 1154 CC en las obligaciones recíprocas, el incumplimiento no resolutorio del acreedor de la pena puede sancionarse con una reclamación ordinaria de daños y perjuicios y, en su caso, la oportuna compensación del monto de la misma con la pena ex artículos 1195 y 1196 CC. Ahora bien, aunque el resultado material sea el mismo, la moderación de la pena con fundamento en el artículo 1154 CC no es la vía correcta en nuestro ordenamiento en el supuesto de incumplimiento no resolutorio del acreedor³⁵⁴. En este sentido se ha pronunciado la STS, 1ª, 29.12.2009

³⁵² Jaime SANTOS BRIZ (2000), “Comentario a los arts. 1152 a 1155 CC”, en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario al Código Civil*, t. 6, Bosch, Barcelona, p. 297: “Dado lo expuesto, en nuestro Derecho no será admisible tal pacto, ya que debe estimarse que una facultad judicial utilizable incluso de oficio no puede quedar al arbitrio de las partes”.

³⁵³ María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), *op. cit.*, p. 38.

³⁵⁴ Silvia DÍAZ ALABART (2011), *op. cit.*, p. 124.

(RJ 2010\406, MP: Antonio Salas Carceller)³⁵⁵, en un caso en que dos arquitectos reclaman a una sociedad promotora los honorarios devengados por los servicios prestados más un 30% de las cantidades a percibir por las fases encargadas que, a consecuencia de la resolución unilateral del contrato por la sociedad promotora, ya no se llevarán a cabo, con arreglo a la cláusula penal contenida en cada una de las hojas de encargo:

“[E]l primero de dichos preceptos [el artículo 1154 CC] sólo autoriza tal moderación por los tribunales cuando la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida y no cuando la penalidad se aplica directa y precisamente ante el supuesto que las partes contemplaron al establecerla, como ocurre igualmente en el caso de las penalizaciones establecidas por razón de morosidad (sentencias de 10 mayo 2001 y 20 de 20 diciembre 2006). Por otro lado, atendido lo anterior, no cabría atenuar los efectos de la penalidad acudiendo a la equidad, pues como el mismo artículo 3.2 del Código Civil señala, la resolución sólo puede descansar exclusivamente en ella cuando la ley así lo ha establecido” (FD 9º).

³⁵⁵ En contra, la STS, 1ª, 10.3.2009 (RJ 2386, MP: Antonio Salas Carceller), que confirmó la moderación de la pena de la Audiencia Provincial, de 634.067,77 € (105.500.000 ptas.) a 390.657,87 € (65.000.000 ptas.), por entender que “la Audiencia atendiendo al criterio de equidad que se encuentra presente en la propia dicción del artículo 1154 Código Civil, en relación con el artículo 3.2 del mismo código, viene en cierto modo a compensar los efectos del incumplimiento de la parte demandada, que determinan la aplicación de la cláusula penal, con los incumplimientos parciales atribuidos a la parte actora, para en definitiva llevar a cabo la moderación de la pena, sin que en consecuencia pueda estimarse infringida la norma cuya vulneración se ha denunciado, por lo que el motivo ha de ser rechazado”.

7.1.1. Un supuesto de moderación patológica: la moderación judicial de penas moratorias ex artículo 1154 CC

De conformidad con la jurisprudencia predominante del Tribunal Supremo desde la STS, 1ª, 29.11.1997 (RJ 8441), tal y como ha quedado expuesto, no cabe al amparo del 1154 CC la moderación de una pena convencional prevista para un supuesto de incumplimiento parcial o irregular. La citada STS, 1ª, 29.11.1997 se expresa con contundencia:

“A dicha cláusula penal moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido

artículo 1154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total” (FD 12º).

En idéntico sentido, resoluciones posteriores, las SSTS, 1ª, 20.12.2006 (RJ 2007\388, MP: Antonio Salas Carceller) y 8.4.2009 (RJ 2894, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) han reafirmado la inmoderabilidad de la pena moratoria, pues insisten en que “esta Sala ha reiterado que no cabe [la moderación de la pena] si el incumplimiento parcial es precisamente contemplado para la cláusula penal, como es el caso de retraso en el cumplimiento para el que se prevé tal cláusula”. Pronunciamientos confirmados a su vez por las SSTS, 1ª, 12.7.2011 (RJ 5112, MP: Francisco Marín Castán), y 17.1.2012 (RJ 287, MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos)³⁵⁶, según las cuales no cabe reducir el importe de las penas moratorias libremente acordado por las partes.

Sin embargo, un sector minoritario de la jurisprudencia considera que el incumplimiento tardío es una forma de cumplimiento irregular y, en consecuencia, la pena moratoria puede moderarse con fundamento en el artículo 1154 CC³⁵⁷. Esta línea minoritaria del Tribunal Supremo

³⁵⁶ Véase Silvia DÍAZ ALABART (2013), “La imposibilidad de moderación de la pena moratoria conforme a la regulación de la cláusula penal en el Código Civil. Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2012 (RJ 2012, 287)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, pp. 71-83. No obstante, esta autora sostiene que la imposibilidad de moderación de la pena moratoria también se funda en que “al no cumplir tempestivamente el incumplimiento es total o absoluto” (p. 82), razón por la cual no cabe la moderación de la pena. No obstante, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo basa la imposibilidad de moderación de la pena moratoria en el hecho que tal incumplimiento parcial o defectuoso es el incumplimiento expresamente previsto por las partes para la exigibilidad de la pena.

³⁵⁷ Entre los pronunciamientos más recientes del Tribunal Supremo en este sentido, las SSTS, 1ª, 12.12.2008 (RJ 8008, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel); 27.4.2005 (RJ 3769, MP: Alfonso Villagómez Rodil); 17.6.2004 (RJ 3625, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); y 27.2.2004 (RJ 1437, MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

estima que el retraso es una modalidad de cumplimiento irregular y, por tanto, confirma las sentencias de instancia que moderan sustancialmente la pena moratoria pactada (reducciones en su mayoría superiores al 50%) con base en la discrecionalidad que el artículo 1154 CC confiere a los tribunales. Esta corriente jurisprudencial no está exenta de crítica, puesto que vulnera el principio de la autonomía privada, ya que abiertamente alcanza una solución contraria a la voluntad original de los contratantes³⁵⁸.

La única excepción posible a la inmoderabilidad de las penas moratorias son aquellas penas moratorias que garantizan obligaciones de tracto sucesivo o de posible división, por el hecho de permitir cumplimientos parciales aceptados por el acreedor y proceder en consecuencia la moderación de la pena moratoria porque el incumplimiento acontecido no es el expresamente previsto por los contratantes³⁵⁹. Un ejemplo de pena moratoria que garantiza una obligación de posible división es el caso resuelto por la STS, 1ª, 2.6.1991 (RJ 4406, MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez), en que el

³⁵⁸ Véase, por todos, Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, pp. 1655-1683, autora que realiza un estudio exhaustivo de la jurisprudencia contradictoria emanada del Tribunal Supremo en relación con la moderabilidad de la pena moratoria y concluye que la solución favorable a su moderabilidad es arbitraria por carecer de sustento legal, ya que no es admisible con arreglo al artículo 1154 CC. Otros autores que han rechazado la moderabilidad de la pena moratoria son Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op. cit.*, pp. 167-168; Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, p. 50; María Dolores MAS BADÍA (1995), *op. cit.*, p. 104; Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (1999), *op. cit.*, p. 1476; y Esther ARROYO I AMAYUELAS (2010), “Artículo 1154 CC”, en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1283. En contra, Germán DE CASTRO VÍTORES (2003), *op. cit.*, pp. 108 y ss., defiende una solución alternativa y opina que sí cabe la moderabilidad de la pena moratoria, ya que el tribunal ha de valorar la adecuación de la misma atendiendo a diversos factores.

³⁵⁹ Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), *op. cit.*, pp. 1655-1656; e Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, pp. 90-94.

contratista había entregado dieciocho sobre un total de treinta viviendas dentro de plazo, razón por la cual la pena moratoria prevista para el retraso en la entrega del total de treinta viviendas debía moderarse proporcionalmente.

7.2. Revisión judicial de la pena por razones de equidad

7.2.1. Vigencia del principio de inmutabilidad de la pena en Derecho español

En el siglo XVIII POTHIER ya defendió en su *Traité des Obligations* (1761)³⁶⁰ que las penas convencionales excesivas debían ser reducidas por el juez con base en la equidad y el equilibrio de las prestaciones. Además, POTHIER argumentaba que el consentimiento del deudor a penas excesivas estaba necesariamente viciado de error:

“[E]l consentimiento que él [el deudor] da a la obligación de una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado en un error y en una ilusión que se ha hecho, no es un consentimiento válido; es por esto que estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir lo más alto los daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la obligación primitiva”³⁶¹.

³⁶⁰ Robert Joseph POTHIER (1974), *Traité des obligations*, vol. I y II, Banchs, Barcelona, p. 328.

³⁶¹ Robert Joseph POTHIER (1993), *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, p. 213.

Ahora bien, el principio de inmutabilidad de la pena se mantiene plenamente vigente en Derecho español, pues el artículo 1154 CC es inaplicable ante un incumplimiento total, dado que este precepto únicamente prevé la moderación de la pena para el caso de incumplimiento parcial de la obligación principal. Ésta ha sido la interpretación tradicional y la que actualmente mantiene el Tribunal Supremo. En este sentido, se han pronunciado las SSTS, 1ª, 10.6.2011 (RJ 4522, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz), 13.2.2008 (RJ 2666, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), 15.10.2008 (RJ 5692, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y 16.10.2008 (RJ 2009\2, MP: Clemente Auger Liñán)³⁶². Sin embargo, esta línea jurisprudencial convivió con otra, ahora abandonada, que GÓMEZ POMAR³⁶³ identifica: “[a]sí, según la postura tradicional del Tribunal Supremo, si el contratante incumplidor (...) había hecho algo en la realización de la prestación, entonces el cumplimiento ya sería calificable de parcial y procedería la moderación”.

El Tribunal Supremo ha recordado en diversas ocasiones que el hecho que la pena resulte desproporcionada o excesiva es irrelevante a efectos de la moderación³⁶⁴, pues, según explica CARRASCO PERERA³⁶⁵,

³⁶² Véanse al respecto las SSTS, 1ª, 5.12.2007 (RJ 8901, MP: Clemente Auger Liñán), 17.10.2007 (RJ 7307, MP: Encarnación Roca Trías), 4.10.2007 (RJ 6797, MP: Antonio Salas Carceller), 14.9.2007 (RJ 5307, MP: Clemente Auger Liñán), 23.7.2007 (RJ 4702, MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y 20.6.2007 (RJ 3861, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

³⁶³ Fernando GÓMEZ POMAR (2007), *op. cit.*, p. 29.

³⁶⁴ Entre otras, las SSTS, 1ª, 29.11.1997 (RJ 8441, MP: Francisco Morales Morales) y 13.7.1984 (RJ 3981, MP: José Beltrán de Heredia y Castaño). Postura que ha sido confirmada de nuevo por la STS, 1ª, 17.1.2012 (RJ 287, MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), la cual compara el artículo 1154 CC con la regulación de la moderación de la pena en el Código Civil francés, italiano y portugués, respectivamente, y afirma que “nuestro sistema, actualmente, no permite al Juez moderar la pena exclusivamente

“[e]n el art. 1154 CC existe un ajuste de la cláusula a un nuevo supuesto de hecho, pero no un juicio de desvalor sobre el contenido de la cláusula”. Esta postura sólo se vio atacada por pronunciamientos puntuales del Alto Tribunal, que seguían los postulados de la STS, 1ª, 5.11.1956 (RJ 3805, MP: Francisco Eyré Varela)³⁶⁶:

“[L]a facultad que a aquélla compete de moderar la aplicación de la pena no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos”.

Sin embargo, en la jurisprudencia menor, algunas Audiencias Provinciales han entendido que las cláusulas penales sustitutivas o liquidatorias han de adecuarse por razones de justicia material al daño efectivamente sufrido, puesto que de otro modo tendría lugar un

por ser «excesiva» (FD 2º). Y, recientemente, la STS, 1ª, 10.3.2014 (RJ 1467, MP: Francisco Javier Orduña Moreno), en un caso sobre la pena por desistimiento unilateral de un contrato de mantenimiento de ascensores (65.540 €) suscrito por la sociedad gestora de una residencia para personas de la tercera edad (Sanitas Residencial, S.L.), ha establecido que “[s]e fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos por negociación, en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes”.

³⁶⁵ Ángel CARRASCO PERERA (2010), *op. cit.*, p. 830, quien con anterioridad señala que “[l]a moderación del art. 1154 CC no proviene de la “dureza” o desequilibrio intrínseco de la cláusula penal, sino de que la circunstancia sobrevenida de un cumplimiento parcial hace desproporcionada la penalización prevista inicialmente”. El mismo autor, CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1154”, *op. cit.*, p. 8465, insiste en que “la «equitatividad» no crea un nuevo e independiente estándar, que deberá aplicarse cuando el supuesto de hecho de la norma esté acreditado. La equitatividad es sólo la medida de la moderación cuantitativa”.

³⁶⁶ Por ejemplo, las SSTs, 1ª, 1.10.1990 (RJ 7460, MP: Jaime Santos Briz) y 26.12.1990 (RJ 10374). Y, más recientemente, la STS, 1ª, 10.12.2009 (RJ 2010\852, MP: Xavier O’Callaghan Muñoz).

enriquecimiento injusto a favor del acreedor cuando el daño efectivo sea muy inferior al monto de la pena (o a favor del deudor cuando el daño efectivo sea muy superior a la pena pactada). Por ello, esta línea jurisprudencial afirma que, en caso de desproporción entre el daño efectivo y el monto de la pena, hay que estar al daño realmente sufrido, salvo pacto expreso en virtud del cual el acreedor podría reclamar la pena bajo cualquier circunstancia³⁶⁷.

Por su parte, un sector minoritario de la doctrina española, liderado por JORDANO FRAGA y RODRÍGUEZ TAPIA, se ha pronunciado a favor de la revisión judicial de la pena por razones de equidad. El primero de ellos sostiene que la finalidad del artículo 1154 CC es corregir todas aquellas cláusulas penales abusivas o desproporcionadas, incluso en caso de incumplimiento total, ya que la alusión al incumplimiento parcial o irregular que hace el precepto es a título ejemplificativo³⁶⁸. Por otro lado, RODRÍGUEZ TAPIA coincide con la postura de

³⁶⁷ Entre otras, la SAP Albacete, Civil, Sec. 2ª, 26.1.2004 (JUR 169153, MP: Mónica García de Yzaguirre); la SAP Álava, Civil, Sec.1ª, 1.7.2004 (JUR 293750, MP: José Jaime Tapia Parreño); la SAP Madrid, Civil, Sec. 10ª, 13.11.2006 (JUR 2007\68754, MP: José González Olleros); la SAP Madrid, Civil, Sec. 10ª, 6.6.2008 (JUR 212066, MP: Ángel Vicente Illescas Rus); la SAP Las Palmas, Civil, Sec. 5ª, 30.11.2012 (AC 2013\1384, MP: Mónica García de Yzaguirre); y la SAP Madrid, Civil, Sec. 12ª, 23.7.2013 (JUR 273849, MP: Ana María Olalla Camarero). Ante la evidencia de que pronunciamientos en este sentido son contrarios a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre la inmodificabilidad de la pena pactada, la SAP Madrid, Civil, Sec. 10ª, 6.6.2008, y la SAP Las Palmas, Civil, Sec. 5ª, 30.11.2012, antes citadas señalan que “[l]a línea general del Tribunal Supremo es de respeto a la cláusula penal pactada. (...) Una vez más, cabe poner de relieve una característica de nuestro Tribunal Supremo consistente en dictar sentencias justas para los casos concretos, aunque se fundamenten sobre doctrinas incorrectas. Lo que podría confirmarse en este caso con la observación de que en ninguna de las sentencias que he ido viendo se había probado por el deudor o por el acreedor, que los daños producidos por el incumplimiento eran muy superiores o muy inferiores a los pactados en la cláusula penal sustitutoria”.

³⁶⁸ Francisco JORDANO FRAGA (1992), *op. cit.*, pp. 199-200.

JORDANO FRAGA y señala que “es [la] desproporción el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena”³⁶⁹. En contra, la doctrina mayoritaria ha señalado siempre la necesidad de una reforma legal previa³⁷⁰ y ha rechazado dicha posibilidad con fundamento en los principios de autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC) y de vinculación de los contratos (artículos 1091 y 1258 CC)³⁷¹.

El Derecho español se aparta en materia de cláusula penal de las distintas propuestas de armonización del Derecho Privado europeo y también de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010), los cuales admiten la moderación judicial de la pena por razones de equidad.

Así, por ejemplo, el artículo 9:509 (2) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos establece la moderación de la cláusula penal excesiva en relación con la cuantía del daño efectivo.

³⁶⁹ José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 582-584. Véase también Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, pp. 103-106.

³⁷⁰ María Dolores MAS BADÍA (1995), *op. cit.*, p. 216: “Esta pena excesiva o manifiestamente excesiva, a cuya revisabilidad se tiende en todo el Derecho comparado, si puede ser reducida por el juez en el nuestro, habrá de serlo por otros caminos distintos a la extensión analógica del art. 1154, pues no es esta la *ratio legis* del precepto”. En el mismo sentido, Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, p. 86: “[a] pesar de los resultados equitativos de esta interpretación, creemos que es muy forzada teniendo en cuenta la legalidad normativa vigente y la doctrina jurisprudencial de los arts. 1.153 y 1.154 CC”.

³⁷¹ Entre otros, Diego ESPÍN CÁNOVAS (1946), *op.cit.*, pp. 164-165, quien además realiza una interpretación sistemática del artículo 1154 CC poniéndolo en relación con el artículo 1153 CC, que permite la pena cumulativa, para sostener un posicionamiento del Código Civil a favor de la agravación de la responsabilidad del deudor que pactó una cláusula penal.

La misma línea es mantenida por los Principios UNIDROIT (2010) en su artículo 7.4.13 (“pago estipulado para el incumplimiento”), cuyo primer apartado reconoce que la pena convencional puede superar el daño efectivo, pero su segundo apartado posibilita su moderación en caso de que la pena fuese “notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

Por último, con el mismo tenor literal que el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT (2010), el artículo III-3:712 del Borrador del Marco Común de Referencia (2009) propone una solución idéntica.

7.2.2. Evolución de los sistemas de derecho continental: abandono del principio de inmutabilidad de la pena

La inmutabilidad de la pena convencional es una regla de Derecho romano que permitía al perjudicado reclamar la suma pactada sin restricción alguna, según Paulo (D. 44, 7, 44, 6). La Compilación de Justiniano (C. 7, 47) limitó el máximo de la cuantía exigible: la pena convencional (*stipulatio poenae*) no podía superar el doble del valor de la prestación. El *ius commune* recibió igualmente las influencias del Derecho canónico, que tildaba de ganancia indebida aquellas sumas que castigaban con severidad el incumplimiento del deudor. En el siglo XIX, el principio de inmutabilidad de la pena retornó con la codificación a los ordenamientos de los distintos países europeos³⁷².

³⁷² Véase Reinhard ZIMMERMANN (1996), *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Paperbacks, Oxford, pp. 95-113.

El *Code Civil* francés (1804) fijaba la inmutabilidad de la pena en su artículo 1152: “[L]orsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre”³⁷³. Este cuerpo legal fue imitado por las legislaciones de los países vecinos (Bélgica, Italia, España y Portugal)³⁷⁴. Sin embargo, tras la modificación del *Code Civil* de 1975³⁷⁵ y la aprobación del Código Civil italiano de 1942³⁷⁶, ambos permiten la disminución de la pena por el juez si ésta es

³⁷³ “Cuando la convención establezca que el que la incumpla pague una cierta suma a título de indemnización, no puede concederse a la otra parte una cantidad mayor o menor”.

³⁷⁴ Para una panorámica de Derecho Comparado, véase Germán DE CASTRO VÍTORES (2009), *op. cit.*, pp. 31-74.

³⁷⁵ La Ley n° 75-597, de 9 de julio de 1975, añadió un segundo párrafo al artículo 1152: “Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite” (“No obstante, el juez podrá moderar o aumentar la pena que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita”). Este artículo abre la posibilidad de que el juez reduzca o aumente la pena si la estima desproporcionada. La Ley n° 75-597 también reformó el artículo 1231, relativo a la moderación de la pena en caso de incumplimiento parcial, e introdujo una referencia expresa al artículo 1152, de modo que el juez puede revisar una misma pena porque ha tenido lugar un incumplimiento parcial y por razones de equidad: “Lorsque l’engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l’intérêt que l’exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l’application de l’article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite” (“Cuando la obligación hubiera sido cumplida en parte, la pena convenida podrá ser disminuida por el juez en proporción del interés que el cumplimiento parcial hubiera proporcionado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1152. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita”). No obstante, la intervención judicial es excepcional, pues la desproporción debe ser manifiesta, constituyendo un abuso de la función coercitiva, y tener además carácter injustificado, apartándose por ejemplo de los usos profesionales de los contratantes, véase Genieève VINEY y Patrice JOURDAIN (2001), *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., LGDJ, París, pp. 486-489.

³⁷⁶ *Articolo 1384 Codice Civile*: “La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”.

“manifiestamente excesiva”. El Código Civil portugués de 1966 también permitió la rebaja judicial de la pena por razones de equidad en su artículo 812: “[a] pena convencional pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva”³⁷⁷. Y, en Bélgica, antes de la reforma de su Código Civil, la jurisprudencia belga empezó a considerar nulas las penas convencionales exorbitantes por ser contrarias al orden público³⁷⁸. Por tanto, la moderación judicial de la pena por razones de equidad es la solución comúnmente adoptada en la actualidad por los ordenamientos europeos, pues es la que también siguen los sistemas germánicos (Alemania, Austria y Suiza)³⁷⁹.

La generalización de la mutabilidad de la pena por razones de equidad quedó patente con su inclusión en la Convención Benelux relativa a la cláusula penal, hecha en La Haya el 26 de noviembre de 1973, cuyo artículo 4 establece que la moderación judicial es una facultad potestativa, que el juzgador sólo podrá ejercer a petición del deudor, y

³⁷⁷ Regulación anticipada por el antiguo Código Civil brasileño de 1916.

³⁷⁸ Véase Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, p. 94. Con anterioridad a la reforma del artículo 1231 del Código Civil belga por la Ley de 23 de noviembre de 1998, la Corte de Casación, en su sentencia de 24 de noviembre de 1972, se había pronunciado en este sentido, sin olvidar que su sentencia de 17 de abril de 1970 ya había declarado que las penas sustancialmente mayores al perjuicio previsible derivado del incumplimiento escapaban al principio de inmutabilidad de la pena.

³⁷⁹ § 343 BGB: “[i]st eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden (...)” (“Si una pena en que se ha incurrido es desproporcionadamente alta, a instancia del deudor, puede reducirse por sentencia a la cantidad adecuada (...)”), traducción de Albert LAMARCA MARQUÈS (2008), *op. cit.*, p. 107), aunque con exclusión de los contratos celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad (§ 348 HGB). Sin establecer un régimen diferenciado para los empresarios, el Derecho austriaco (§ 1336.2 ABGB) y el Derecho suizo (art. 163-3 del *Code des obligations*) acogen la moderación judicial de las penas desproporcionadas.

que tiene como límite el daño efectivo³⁸⁰. Por su parte, la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, prevé igualmente la revisión judicial de la pena que sea manifiestamente excesiva en su artículo 7. Su originalidad radica en la enumeración que hace en su Exposición de Motivos de las circunstancias que el juez debiera tener en cuenta para moderar la pena (el perjuicio previsible, la naturaleza del contrato, la causa del incumplimiento y la buena o mala fe del deudor). La UNCITRAL, en las Normas Uniformes sobre Cláusulas Contractuales por las que se Establece una Suma Convenida en Razón de la Falta de Cumplimiento (A/CN.9/243, anexo I), finalmente también apostó por la revisión judicial de la pena manifiestamente desproporcionada en relación con el daño efectivo (artículo 8)³⁸¹, a pesar de que en fase de proyecto (A/CN.9/218) la redacción de estas normas uniformes de la UNCITRAL exigía además para la moderación que el daño efectivo superase el daño razonablemente previsible en el momento de contratar (artículo G.2)³⁸².

³⁸⁰ “*A la demande du débiteur, le juge peut, si l’équité l’exige manifestement, modérer les effets de la clause pénale, sans pouvoir allouer moins que les dommages et intérêts dus en vertu de la loi*”. Al respecto, véase María Dolores MAS BADÍA (1995), *op. cit.*, pp. 201–203, quien también comenta la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978.

³⁸¹ Artículo 8: “La suma convenida no será reducida por un tribunal judicial o arbitral, a menos que resulte sustancialmente desproporcionada en relación con los daños y perjuicios sufridos por el acreedor”.

³⁸² Artículo G.2: “(...) la suma convenida podrá ser reducida si se demuestra que es manifiestamente desproporcionada en relación con la pérdida sufrida por el acreedor, y si la suma convenida no puede ser considerada razonablemente como una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor”.

En consecuencia, el Derecho español presenta la peculiaridad de ser el único ordenamiento de derecho continental, tanto europeo como latinoamericano, que no ha dado entrada a la equidad como motivo para la reducción de la pena convencional³⁸³. En caso contrario, la función coercitiva de la cláusula penal se vería atenuada, pues la rebaja judicial conduciría a la imposición de penas menores que las previstas por las partes.

Por otro lado, en Derecho civil navarro, la función coercitiva se encuentra especialmente protegida, pues la Ley del Fuero Nuevo de Navarra establece expresamente que “la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial” (Ley 518), excluyendo incluso la reducción de la pena en caso de incumplimiento parcial³⁸⁴.

El único ordenamiento de derecho civil propio vigente que regula aspectos de la cláusula penal es el Fuero Nuevo de Navarra en su Ley 518, cuya prevalencia sobre el Código Civil ha sido confirmada por la STS, 1ª, 25.1.1989 (RJ 125, MP: Jaime Santos Briz) con base en la Ley 2 de la Compilación en relación con el artículo 13.2 CC, doctrina reiterada por las SSTSJ Comunidad Foral Navarra, Sala de lo Civil y

³⁸³ Germán DE CASTRO VÍTORES (2009), “Capítulo 27: Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”, en Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, pp. 563-564: “En el contexto europeo, da la impresión de que es el Código civil español el que permite a la cláusula penal insertada en el contrato desplegar todo su rigor (...) Esto nos sitúa, *prima facie*, en este punto, como un verso suelto respecto del resto de ordenamientos y del criterio que se sugiere en los textos preparatorios de un eventual futuro derecho contractual europeo común, amén de otros de relevancia internacional como los Principios UNIDROIT”.

³⁸⁴ José Ignacio BONET SÁNCHEZ (1996), “La cláusula penal”, en Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, pp. 964-965.

Penal, 27.1.2004 (RJ 2668, MP: Francisco Javier Fernández Urzainqui) y 9.11.2005 (RJ 2006\377, MP: Francisco Javier Fernández Urzainqui). Así pues, una cláusula penal regida por el Fuero Nuevo de Navarra no es susceptible de moderación judicial, excluyéndose la aplicación del artículo 1154 CC.

7.3. Otras vías para la moderación de la pena

7.3.1. El artículo 1103 CC: la facultad judicial de moderación de la responsabilidad derivada de negligencia

La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

El artículo 1103 CC es empleado como fundamento legal por aquéllos que apuestan por la facultad moderadora del juez al margen del incumplimiento parcial o irregular, ya que permite al juez moderar la responsabilidad derivada de negligencia.

Obviamente, esta vía impide la moderación en caso de dolo o mala fe³⁸⁵ y, a diferencia de la moderación prevista en el artículo 1154 CC, no opera de forma automática, sino que queda sujeta a la facultad discrecional del juez de moderar el montante de la indemnización si

³⁸⁵ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (1999), *op. cit.*, p. 139: “el art. 1103 del Código civil (...) limita su ámbito de aplicación a la responsabilidad procedente de negligencia”.

aprecia una desproporción entre el daño causado y la conducta negligente que lo ha ocasionado.

El Tribunal Supremo ha aplicado muy excepcionalmente este artículo para moderar la pena convencional: la STS, Sala Contencioso-Administrativa, 15.12.1978 (RJ 4609, MP: Félix Fernández Tejedor); y la STS, 1ª, 19.2.1990 (RJ 700, MP: Ramón López Vilas). En la primera sentencia, el Tribunal Supremo atenúa la responsabilidad del contratista al que el Ayuntamiento de Madrid encargó la reforma del Parque y Centro de Clasificación de Mendigos porque la obra fue ejecutada en un 90% y, un mes antes de la finalización del plazo de ejecución, el contratista había anunciado de buena fe la suspensión de la obra. En la segunda sentencia, el Alto Tribunal rebaja el montante de la pena pactada ex artículo 1103 CC porque hubo deficiencias en la obra ajenas a la empresa constructora y por la concurrencia de circunstancias excepcionales tales como lluvias persistentes, motivos que facultan al juzgador para moderar la responsabilidad derivada de negligencia en ejercicio de un juicio de equidad.

Sin embargo, la STS, 1ª, 15.2.2012 (RJ 2043, MP: Román García Varela) precisó que la aplicación del artículo 1103 CC requiere también que el incumplimiento sea parcial o irregular, puesto que rechaza su aplicación si el incumplimiento de la obligación principal es total. Así, el Tribunal Supremo concluyó que la moderación de la pena con arreglo al artículo 1103 CC no era procedente porque el incumplimiento había sido total, ya que las dos sociedades optantes no ejercitaron su derecho de opción de compra sobre las fincas y el negocio hotelero girado bajo el nombre de Hotel Meliá Las Palmas, de

modo que Sol Meliá, S.A. podía hacer suyo el importe de 1.050.000 € en concepto de pena.

Ahora bien, poco después, la STS, 1ª, 23.10.2012 (RJ 1542, MP: Ignacio Sancho Gargallo), en un caso relativo a la violación de un pacto de distribución en exclusiva de aceite por parte de la cooperativa productora que da lugar al abono a la distribuidora de una pena equivalente a su facturación anual multiplicada por diez (506.040,80 €), ha señalado que la aplicación del artículo 1103 CC no depende del incumplimiento total o parcial de la obligación principal, sino que la facultad moderadora de la indemnización ex art. 1103 CC no puede operar frente a lo convenido por las partes³⁸⁶:

“Sin embargo, en los casos en que no procede la moderación de la pena ex art. 1154 CC porque el incumplimiento de la obligación a la que va asociada la cláusula penal pactada ha sido total, aunque hubiera debido a una conducta negligente, no tiene cabida la facultad moderadora de la indemnización prevista en el art. 1103 CC. Pero no porque ésta no proceda en caso de incumplimiento total de la obligación, sino porque rige la fuerza vinculante del pacto que, aunque suponga un

³⁸⁶ Sentencia comentada por María Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (2013), “Contrato de exclusividad. Incumplimiento. Moderación de la cláusula penal pactada. Sentencia de 23 de octubre de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, pp. 161-184. Este pronunciamiento del Tribunal Supremo ha sido reiterado en la STS, 1ª, 30.4.2013 (RJ 4609, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), la cual es objeto de comentario por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014), “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013 de 30 de abril de 2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, pp. 35-50, señalando este autor que esta jurisprudencia sobre el artículo 1103 CC descansa en que “la facultad moderadora del juez no puede operar frente a lo acordado por las partes”.

agravamiento de la responsabilidad, constituye una forma de tutela reforzada del crédito, de cuya validez y eficacia debemos partir, salvo que se exceda de los límites legales previstos respectivamente en los arts. 1255 y 1258 CC” (FD 14º).

No obstante, esta vía sí que ha gozado de cierta aceptación entre la doctrina, a pesar de que supone la aplicación de una regla general sobre el incumplimiento contractual, prescindiendo de la voluntad de las partes. Esta extensión del artículo 1103 CC encuentra su apoyo principal en la referencia que realiza el propio precepto a “toda clase de obligaciones”³⁸⁷.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ sólo se muestra favorable a la aplicación del artículo 1103 CC para reducir una pena que sea cumulativa, pero no aquellas penas liquidatorias de los daños y perjuicios, argumentando que únicamente en este segundo supuesto las partes excluyen la aplicación de los artículos 1101 y siguientes CC³⁸⁸. En mi opinión, esta distinción es original pero errónea, ya que una pena de naturaleza sustitutiva o liquidatoria puede cumplir a su

³⁸⁷ Silvia DÍAZ ALABART (1988), “La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 41, núm. 4, pp. 1215-1216: “El artículo 1.154 es inaplicable cuando no se produjo ningún tipo de cumplimiento; en cambio, aún tratándose de un caso extraño, podría ser un supuesto del artículo 1.103”. De hecho, Silvia DÍAZ ALABART (2011), *op. cit.*, p. 140, reitera la idea de que el artículo 1103 CC no requiere para su aplicación del cumplimiento parcial o irregular del deudor y, por ello, afirma que la facultad de moderación de este precepto “[e]s una facultad del Juez que permite solventar perfectamente el problema de las cláusulas penales exorbitantes, aunque no exista ningún tipo de cumplimiento”. También, José Luis LACRUZ BERDEJO (1990), *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 533, y Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 473, quien se sirve además de la ausencia de prohibición expresa de alteración de la pena pactada, a diferencia de lo ocurría en el ya derogado artículo 1152 del Código Civil francés.

³⁸⁸ Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993), *op. cit.*, pp. 117-118.

vez una función coercitiva en la medida que supere el importe del daño efectivo derivado del incumplimiento, por mucho que no sea exigible junto con la prestación debida.

Por último, MAS BADÍA defiende la conveniencia de que el Derecho español se dote de una norma expresa que posibilite la revisión judicial de las penas excesivas, pero reconoce que ese no es el papel que cumple el artículo 1103 CC, pues “el pactar una cláusula penal implica el establecimiento de un sistema distinto al legal que quizá enerve la aplicación de la regla del art. 1103, como propia precisamente del sistema de responsabilidad legal que se ve sustituido por el convencional”³⁸⁹.

7.3.2. El artículo 1258 CC: el principio general de la buena fe

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

El artículo 1258 CC es invocado por entender que la imposición de penas excesivas o desorbitadas es de mala fe, tal y como hace SANTOS

³⁸⁹ María Dolores MAS BADÍA (1995), *op. cit.*, pp. 229-230. En idéntico sentido, a favor de la necesidad de una norma expresa en Derecho español que autorice la revisión judicial de las penas excesivas, DE CASTRO VÍTORES (2009), *op. cit.*, p. 81, y José Manuel DE CARLOS BELTRÁN (2011), “Contratos entre accionistas. Indemnización por incumplimiento. Situación actual. Alternativas contractuales. La cláusula penal”, *Diario La Ley*, número 7579, 1 de marzo de 2011, pp. 1-7.

BRIZ³⁹⁰, pero el principio de buena fe se predica de la ejecución de las obligaciones, no de su estipulación (artículo 7.1 CC)³⁹¹. Es por ello que, acertadamente, QUESADA GONZÁLEZ rebate esta postura argumentando que si en nuestro ordenamiento la fijación de la pena convencional es libre, no puede ser contrario a la buena fe reclamar la totalidad de su importe³⁹². Esta línea ya la sostuvo DÁVILA GONZÁLEZ³⁹³: “si la cuantía de la pena convencional es libre en nuestro Derecho, no parece contrario a la buena fe que se reclame la totalidad de lo pactado. Además, es un fundamento más inseguro de lo que pudiera parecer la moderación según la culpa del deudor”.

Ahora bien, antes de la reforma del artículo 83 del RDL 1/2007 por la Ley 3/2014 – que suprimió la facultad moderadora del juez respecto de los derechos y obligaciones de las partes –, QUESADA GONZÁLEZ remarcaba la excepción de los contratos de adhesión celebrados por consumidores, supuesto amparado en un precepto legal distinto al artículo 1258 CC³⁹⁴. En estos casos, el juez podía con apoyo en la redacción anterior del artículo 83 y en el artículo 85.6 del RDL 1/2007 declarar la nulidad de la cláusula por abusiva y moderar los derechos y obligaciones de las partes. La nulidad prevista en el artículo 83 para aquellas cláusulas abusivas puede predicarse de las cláusulas penales perjudiciales para los consumidores, pues el artículo 85.6 califica

³⁹⁰ Jaime SANTOS BRIZ (2000), *op. cit.*, pp. 296-297.

³⁹¹ Artículo 7.1 CC: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

³⁹² María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), *op. cit.*, p. 45.

³⁹³ Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, pp. 465-466.

³⁹⁴ María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), *op. cit.*, p. 45.

expresamente como abusivas las cláusulas que les imponen indemnizaciones desproporcionadamente altas.

7.3.3. Inexistencia o ilicitud de causa

El argumento del enriquecimiento injusto o sin causa a favor del acreedor en caso de una pena convencional excesiva no encuentra acomodo en la doctrina. Aunque este exceso de la pena no está justificado por su función genérica de garantía, sí lo está por la función coercitiva que unánimemente se le atribuye.

Para salvar el argumento del enriquecimiento injusto en este terreno, MAS BADÍA postula que sí sería admisible en nuestro Derecho reducir una pena excesiva por falta de causa en dos escenarios: en primer lugar, cuando el montante sobrepase incluso la función coercitiva asociada a la cláusula penal; y, en segundo lugar, cuando el acreedor busque enriquecerse injustamente con la cláusula penal en lugar de asegurar el cumplimiento de la obligación principal³⁹⁵. Ambas hipótesis son en la práctica de difícil contraste, pues resulta imposible determinar hasta dónde alcanza en dinero la función coercitiva, así como averiguar la verdadera intención del acreedor en el momento de celebración del contrato.

Por su parte, la jurisprudencia rechaza de pleno el argumento del enriquecimiento injusto, así lo hace en las SSTs, 1ª, 19.2.1985 (RJ 816, MP: Jaime de Castro García) y 26.12.1990 (RJ 10374, MP: Luis

³⁹⁵ María Dolores MAS BADÍA (1995), *op. cit.*, p. 232.

Martínez-Calcerrada y Gómez). En la primera de ellas, el Tribunal Supremo afirma con rotundidad que: “[l]a cuantía mayor o menor de la stipulatio poenae es de todo punto ajena al problema de la posible ilicitud de la causa”, en un caso en que los copropietarios de un edificio cedieron gratuitamente el uso de la primera planta al Ayuntamiento de Carreño (Asturias) durante año y medio, pero establecieron una pena moratoria de 5.000 ptas. (30,05 €) por cada día retraso en la devolución de la planta cedida, razón por la cual el retraso en la devolución de 2.039 días resultó en una penalidad a cargo del Ayuntamiento de 10.195.000 ptas. (61.273,18 €).

El argumento del enriquecimiento injusto o sin causa ha de ser desechado, puesto que no cabe apreciar la existencia de enriquecimiento injusto cuando la pena es reclamada por el acreedor con arreglo a lo pactado en el contrato para un supuesto de hecho determinado, razonamiento que, como veremos, es también válido para negar el abuso de derecho porque la pena convencional sea superior al daño efectivamente sufrido³⁹⁶.

7.3.4. Abuso de derecho

El artículo 7.2 CC ha sido invocado por la doctrina para lograr la minoración de penas convencionales desorbitadas³⁹⁷. Ahora bien, el Tribunal Supremo desestima la alegación del abuso de derecho para disminuir una pena convencional superior al valor del daño. En este

³⁹⁶ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1154”, *op. cit.*, p. 8461.

³⁹⁷ Así, María Dolores MAS BADÍA (1995), *op. cit.*, p. 237. En contra, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (1999), *op. cit.*, p. 1488.

sentido se pronunciaron las SSTS, 1ª, 26.12.1990 (RJ 10374), 4.2.1991 (RJ 704, MP: Matías Malpica González-Elipe) y 28.1.1992 (RJ 271, MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).

En concreto, en la primera de las sentencias citadas, la Sala Primera lleva a cabo el siguiente razonamiento, en un supuesto de un contrato de compraventa de inmueble en que para el caso de resolución las partes fijaron que el comprador tenía un plazo de siete días para desalojar finca, pactando una pena diaria de 100.000 ptas. (601,01 €) por cada día de retraso:

“[H]a de afirmarse que la institución de ese abuso de derecho, en los términos reflejados en nuestro principal Cuerpo de Leyes, responde siempre al ejercicio de un derecho que rebase naturalmente los límites en que está especificado en su contorno, contenido o conjunto de facultades; pero que, en el caso de autos, se ampara, precisamente, en los límites prefijados en la inserción contractual de la misma (...)” (FD 3º).

Así pues, por el hecho de que la pena convencional resulte superior al valor del daño, la reclamación por el acreedor de la pena pactada no puede suponer en ningún caso un abuso de derecho, puesto que precisamente las partes acordaron la procedencia de dicha pena bajo un supuesto de hecho determinado³⁹⁸. En definitiva, la exigibilidad de lo libremente pactado por las partes no constituye abuso de derecho.

³⁹⁸ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1154”, *op. cit.*, p. 8461.

7.3.5. Cláusula *rebus sic stantibus*

De la interpretación del contrato, puede desprenderse que la cláusula penal no pudo abarcar un acontecimiento determinado por su carácter imprevisible³⁹⁹. En tal caso, cabría elevar o disminuir la pena convencional si concurren los otros requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁰⁰:

“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

³⁹⁹ Enrique RUIZ VADILLO (1975), *op. cit.*, p. 411.

⁴⁰⁰ Para un estudio pormenorizado sobre los requisitos de aplicación, véase Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003), *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 253–284; y sobre la positivación de la cláusula *rebus* mediante la reforma del Código Civil proyectada por la Comisión General de Codificación, véase Pablo SALVADOR CODERCH (2009), “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret* 4/2009, autor que señala como uno de los principales efectos de dicha positivación “(...) la desaparición de la primera y fundamental cautela sobre el carácter alegal de la cláusula, tradicionalmente antepuesta por el Tribunal Supremo a cualquier otra consideración sobre su aplicabilidad” (p. 7). Asimismo, sobre la reciente flexibilización en la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, apartándose de la tendencia de aplicación estrictamente excepcional hasta ahora mantenida, véanse Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO (2014), “Hacia una aplicación normalizada de la cláusula «Rebus Sic Stantibus».Comentario a la STS 20 de junio de 2014 (RJ 2014, 3526)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 35, pp. 289-314; y Ángel CARRASCO PERERA (2015), “Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina «rebus sic stantibus»”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, pp. 175-206, comentario sobre una sentencia en que el Alto Tribunal acuerda que no cabe la moderación de la multa penitencial pactada por abandono del arrendatario de un contrato de arrendamiento de edificio destinado a establecimiento hotelero, pero sí la reducción de la renta en un 29% a consecuencia del declive del sector hostelero por razón de la crisis económica.

prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles” STS, 1ª, 25.1.2007, FD 3º (RJ 592, MP: Clemente Auger Liñán).

QUESADA GONZÁLEZ admite la viabilidad teórica de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero advierte sobre la escasa probabilidad de que concurran los requisitos mencionados⁴⁰¹.

La STS, 1ª, 17.3.1986 (RJ 1256, MP: Antonio Fernández Rodríguez) no hace alusión expresa a dicha cláusula, aunque esta sentencia suele citarse como ejemplo de su aplicación porque el Alto Tribunal anuló la cláusula penal estipulada “por no responder ya a la realidad de lo libremente convenido” (FD 2º). En el supuesto enjuiciado, las partes pactaron una pena de 1.000.000 ptas. (6.010,12 €) para asegurar la obligación a cargo del vendedor consistente en la entrega en el plazo máximo de 30 meses de un piso en un edificio a construir. No obstante, dado que el vendedor incumplió su obligación de entrega del inmueble dejando transcurrir con exceso el plazo señalado, el Tribunal Supremo apreció que la compensación convenida había quedado “desfasada”, puesto que la pena pactada “evidentemente respondía al establecimiento de un módulo temporal que para ese período de

⁴⁰¹ María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), *op. cit.*, p. 47. Ésta es también la opinión Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (1999), *op. cit.*, p. 1485, debido a que los requisitos para su aplicación son tan gravosos.

tiempo se entendía adecuada y proporcionalmente compensador” (FD 2º).

8. El tratamiento concursal de la pena convencional

El tratamiento que merece el crédito derivado de una cláusula penal en el seno del concurso viene determinado por la naturaleza indemnizatoria o punitiva de la pena pactada.

Si la pena pactada se limita a satisfacer una función sustitutiva o liquidatoria de los daños derivados del incumplimiento de contrato, el monto de la pena constituye en su totalidad un crédito ordinario en virtud del artículo 89.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10.7.2003; en adelante, LC)⁴⁰².

Por el contrario, cuando la pena pactada tiene una función coercitiva, el importe correspondiente a la medida real del daño se clasificará como crédito ordinario ex artículo 89.3 LC, pero la cuantía que sobrepase tal resarcimiento recibe la consideración de sanción y en consecuencia se clasificará como crédito subordinado, clasificación que tiene dos efectos principales: la privación del derecho de voto en caso de convenio por esta parte del crédito (artículo 122 LC) y, en caso de apertura de la fase de liquidación, la postergación de su pago

⁴⁰² Artículo 89.3: “Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren clasificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados”.

hasta la plena satisfacción de los créditos de cualquier otra clase (artículo 158 LC).

La jurisprudencia menor fundamenta este tratamiento diferenciado de la pena convencional, según tenga o no una función coercitiva, en la interpretación que lleva a cabo del artículo 92.4º LC, pues este precepto enumera todos aquellos créditos del deudor concursado que han de ser clasificados como créditos subordinados. En concreto, el artículo 92.4º LC clasifica como créditos subordinados a “[l]os créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”. La jurisprudencia menor entiende que el término “sanción” también comprende a los créditos derivados de cláusulas penales⁴⁰³. En este sentido, la SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 6.11.2006 (AC 2007\1054, MP: Ignacio Sancho Gargallo)⁴⁰⁴ señala que:

“[l]a dicción legal de “sanción” no se refiere exclusivamente a las impuestas por los poderes públicos, en virtud del ius puniendi del Estado, y a través de un proceso sancionador, sino que también alcanza a la obligación accesoria de carácter

⁴⁰³ La SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 22.1.2007 (AC 1506, MP: Ignacio Sancho Gargallo) equipara a efectos concursales la pena convencional y los recargos tributarios y de la Seguridad Social, resultando aplicable el artículo 92.4º LC: “El recargo y la pena cumplen la misma finalidad, constituyen una garantía de la obligación principal porque su existencia sirve para asegurar al acreedor el cumplimiento y facilitar la exigibilidad del crédito”.

⁴⁰⁴ La cláusula penal en liza imponía al arrendatario el pago a favor del F.C. Barcelona de un importe igual al doble del canon estipulado para el caso de que las instalaciones cedidas no fueran desocupadas en el plazo de 60 días desde la conclusión o resolución del contrato (1.904.990,42 €). La AP de Barcelona atribuye naturaleza indemnizatoria a la primera mitad de la pena, por corresponder su importe con el del canon estipulado, y naturaleza sancionadora a la segunda mitad. Por tanto, la AP de Barcelona clasifica la primera mitad como crédito ordinario y la segunda mitad como crédito subordinado.

pecuniario que penaliza el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación principal, ya sea legal o de origen contractual, como es el caso de la cláusula penal” (FD 2°).

Este planteamiento de la jurisprudencia menor sobre la interpretación del término “sanción” contenido en el artículo 92.4° LC ha sido confirmado por la STS, 1ª, 21.1.2009 (RJ 399, MP: Jesús Corbal Fernández), por incluir el recargo de la Tesorería General de la Seguridad Social por falta de ingreso en plazo dentro del concepto amplio de sanción pecuniaria previsto por este precepto, que no se ciñe a las sanciones impuestas por los poderes públicos a consecuencia de la comisión de infracciones⁴⁰⁵.

Por tanto, en relación con los créditos concursales, rige el criterio de que el crédito dimanante de una pena convencional, distinto de la indemnización de daños y perjuicios, ha de clasificarse como crédito subordinado ex artículo 92.4° LC⁴⁰⁶. No obstante, esta solución encuentra un obstáculo en la necesidad de cuantificar el importe en concepto de daños y perjuicios a fin de distinguirlo del montante que conforma el crédito subordinado⁴⁰⁷. Esta tarea de decidir qué parte de

⁴⁰⁵ En idéntico sentido, la STS, 1ª, 4.4.2011 (RJ 3144, MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

⁴⁰⁶ En apoyo de esta línea de la jurisprudencia menor, la SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 15.5.2009 (JUR 421519, MP: Ignacio Sancho Gargallo), que, respecto de dos contratos de arrendamiento financiero, entendió que el perjuicio derivado de la resolución por incumplimiento de los mismos quedaba compensado por otras partidas (recuperación del coste del bien de las cuotas pendientes de vencimiento, valor residual y comisiones y gastos) de manera que el incremento de este importe, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, en un 4% o en siete cuotas no cumple una función propiamente indemnizatoria sino sancionatoria, con la consiguiente subordinación de estos créditos ex artículo 92.4° LC.

⁴⁰⁷ Excepcionalmente, no hay necesidad de cuantificar el importe de la indemnización de daños y perjuicios cuando los contratantes estipulan expresamente

la pena pactada se imputa al daño preliquidado y qué parte a la sanción al deudor por su incumplimiento corresponde, en primer lugar, a la administración concursal cuando confecciona la lista de acreedores a acompañar al informe provisional ex artículo 75 LC y, en caso de impugnación de la lista de acreedores, esta tarea corresponde al juez del concurso⁴⁰⁸.

Sin embargo, a diferencia de los créditos concursales, aquellos nacidos con anterioridad a la declaración de concurso, el criterio enunciado no opera respecto los créditos nacidos con posterioridad a la declaración de concurso, los denominados créditos contra la masa. Para esta clase de créditos, los tribunales no distinguen entre el importe de la pena convencional que cubre la indemnización de daños y perjuicios y el importe que la excede, sino que los tribunales otorgan la misma clasificación al monto íntegro de la pena pactada. Ello es así porque nuestro sistema legal tutela especialmente los créditos a favor de los contratantes que iniciaron relaciones comerciales o las mantuvieron con el deudor una vez fue declarado en concurso⁴⁰⁹. En consecuencia, si el incumplimiento tuvo lugar tras la declaración de concurso, la pena convencional será calificada en su totalidad como crédito contra la masa, sin que el acreedor vea perjudicado su cobro en modo alguno⁴¹⁰.

la cuantía por dicho concepto y la cuantía en concepto de penalización por incumplimiento de contrato, tal y como sucede en el caso resuelto por la SAP Alicante, Civil, Sec. 8ª, 11.3.2009 (JUR 249707, MP: Enrique García-Chamón Cervera).

⁴⁰⁸ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1152”, *op. cit.*, p. 8452.

⁴⁰⁹ Véase el artículo 84.3 LC, precepto que establece el pago de los créditos contra la masa a su respectivo vencimiento, siendo su pago preferente al de cualquier otra clase de crédito (artículo 154 LC).

⁴¹⁰ En este sentido, la SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 19.6.2009 (JUR 400184, MP: Ignacio Sancho Gargallo).

Otro aspecto relevante del tratamiento concursal de la pena convencional es que, según la jurisprudencia menor, la cláusula penal estipulada para el caso de resolución unilateral no es aplicable cuando la resolución ha sido instada por la administración concursal del deudor concursado al amparo del artículo 61.2.II LC⁴¹¹, precepto que permite a la administración concursal instar judicialmente la resolución de contratos en interés del concurso. En este sentido, la SAP Castellón, Civil, Sec. 3ª, 15.2.2010 (AC 900, MP: Carmen Boldó Roda), establece que la pena pactada en caso de resolución unilateral por el arrendatario de un contrato de renting de maquinaria, la cual consistía en el abono del 90% de las cuotas pendientes no vencidas, no es exigible por cuanto esta cláusula penal abarca los supuestos de finalización voluntaria y anticipada del contrato sin causa justificada, pero excluye el supuesto en que la resolución es solicitada ante el juez del concurso por una persona distinta del arrendatario, la administración concursal, por razón del cese de actividad de la compañía.

9. Valoración de la regulación de la cláusula penal en Derecho español según el análisis económico del Derecho

Según he examinado en el capítulo primero mediante la descripción del denominado “modelo económico básico” y su desarrollo, la clave

⁴¹¹ Ángel CARRASCO PERERA (2013), “Artículo 1155”, *op. cit.*, p. 8469.

está en determinar si la regulación de la cláusula penal en Derecho español sirve a la eficiencia en el sentido de que este remedio ha sido configurado en nuestro ordenamiento de manera tal que logra la transmisión de información contractualmente relevante en beneficio de ambos contratantes.

La respuesta es afirmativa sin lugar a dudas, puesto que el régimen de la cláusula penal en Derecho español permite que el pacto de liquidación anticipada del daño en un contrato opere como un mecanismo de transferencia del riesgo derivado del incumplimiento al contratante que presente una menor aversión al riesgo en relación con el otro contratante. Por tanto, en el momento de celebración del contrato, las situaciones posibles son dos:

- i) El pacto de una suma superior al daño esperado protege el interés de un acreedor que tenga una valoración alta de la prestación. Esta compensación mayor irá acompañada de un incremento del precio del contrato.
- ii) El pacto de una suma inferior al daño esperado protege a un deudor más averso al riesgo que su acreedor, quien tiene una valoración baja de la prestación. Esta pena convencional inferior al daño esperado irá acompañada de una rebaja del precio del contrato, ya que el acreedor asume una porción mayor del riesgo de incumplimiento exonerando al deudor del resarcimiento íntegro del daño.

Este resultado eficiente únicamente puede alcanzarse si los contratantes disponen de poder de disposición sobre la suma estipulada en el pacto de liquidación anticipada, poder de disposición que ha de desenvolverse en una doble dirección: la libertad de estipular una suma superior al daño esperado y la de estipular una suma inferior al mismo. Cualquier restricción de este poder de disposición de los contratantes disminuye la capacidad de este remedio para funcionar como un mecanismo de transferencia del riesgo del incumplimiento.

Salvo en contratos de adhesión con consumidores, el régimen de la cláusula penal en Derecho español constituye un sistema de aplicación literal de la cláusula en que rige el principio de inmutabilidad de la pena pactada. Así, la moderación judicial de la pena ex artículo 1154 CC se reserva sólo para aquellos casos en los que la cláusula penal ha previsto un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento acontecido, sin que quepa la moderación de penas convencionales por el juez cuando concurre el incumplimiento estipulado.

En consecuencia, a diferencia del resto de ordenamientos, el régimen de la cláusula penal en Derecho español impide la revisión judicial de la pena por razones de equidad, tanto de las penas excesivas como de las penas irrisorias. Es más, el Tribunal Supremo, para el que todo incumplimiento voluntario es doloso, considera que la pena convencional es igualmente exigible en supuestos de incumplimiento doloso, que no exceptúa la inviabilidad de la reclamación del daño superior a la pena (artículo 1152.I CC).

El régimen de la cláusula penal bajo Derecho español consigue sustraer del juez la valoración sobre la adecuación o no de la pena al daño efectivo, en consonancia con un remedio que fue adoptado por las partes con el objetivo primario de evitar la prueba del daño derivado del incumplimiento en un un pleito para su cuantificación por un tribunal.

Un sistema de aplicación literal de la pena como el español conlleva que, tras el incumplimiento por el deudor, la renegociación será pareto-óptima porque el deudor incumplidor tiene incentivos para transigir, pues en todo caso este deudor deberá soportar el pago de la pena pactada más sus costes de litigación y una porción sustancial de los generados por el acreedor demandante.

En conclusión, la regulación de la cláusula penal en Derecho español sirve a la eficiencia porque los contratantes gozan de poder de disposición sobre la suma estipulada en el pacto de liquidación anticipada y esta libertad de fijar una pena superior o inferior al daño esperado en el momento de contratar está protegida de la interferencia de los tribunales.

10. La propuesta de reforma del Libro Cuarto del Código Civil

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 (artículo 1150), caballo de batalla de un sector minoritario de la doctrina, que había defendido esta solución contraria a la interpretación del artículo 1154 CC por el Tribunal Supremo⁴¹². 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 (artículo 1149.I).

⁴¹² Francisco JORDANO FRAGA (1992), *op. cit.*, pp. 199-200, y José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 582-584, 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 sostenía que tal posibilidad requería previamente una reforma legislativa.

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 Primera⁴¹³, 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 “pena convencional”, artículos 1149, 1150 y 1151) y emplea el término “atribución” (artículo 1152), quizás poco afortunado por su uso infrecuente en el Derecho español de contratos y obligaciones.

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

Código Civil vigente	Propuesta

⁴¹³ 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 precepto del CC que se ocupa de ellas, pues, en defecto de pacto de las partes, les atribuye carácter confirmatorio en lugar de penitencial.

<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 (artículo 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 pena⁴¹⁴.

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”.

⁴¹⁴ Como he expuesto, este efecto no opera a la inversa en las obligaciones civiles, 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–, aunque el ejercicio de la acción escogida resulte infructuoso, la aplicación analógica del régimen de las obligaciones alternativas (artículos 1131 a 1136 CC, “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).

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 pecuniario⁴¹⁵. En relación con otros ordenamientos europeos (francés, italiano y portugués)⁴¹⁶, la pena cumulativa es una singularidad del Derecho español y la Propuesta opta por mantenerla⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Al respecto, con independencia de que la pena cumulativa sea aquella que se añade a la prestación debida o a la reparación ordinaria, cabe señalar que el cumplimiento por equivalente es subsidiario respecto al cumplimiento en forma específica y que en ambos casos la satisfacción de la pena puede acumularse con el cumplimiento de la obligación principal, ya sea en forma específica o por equivalente.

⁴¹⁶ 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*”. Por el contrario, la UNCITRAL, en sus Normas Uniformes sobre Cláusulas Contractuales por las que se Establece una Suma Convenida en Razón de la Falta de Cumplimiento (A/CN.9/243, anexo I), admite la pena cumulativa siempre que medie el pacto expreso de las partes, su artículo 6 dispone: “1) Si el contrato establece que el acreedor tiene derecho a la suma convenida en razón del retraso en el cumplimiento, tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida. 2) Si el contrato establece que el acreedor tiene derecho a la suma convenida en razón de una falta de cumplimiento distinta del retraso, tendrá derecho al cumplimiento o a la suma convenida. No obstante, si la suma convenida no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por la falta de cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida”. Y su artículo 9 establece: “Las partes podrán disponer en contrario o modificar los efectos de los artículos 5, 6 y 7 de las presentes Normas”.

⁴¹⁷ En contra, Isabel ARANA DE LA FUENTE (2010), “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret 4/2010* (www.indret.com), pp. 8-9, quien interpreta el artículo 1149.I de la Propuesta en el sentido de prohibir la pena cumulativa con fundamento en una interpretación literal del mismo, ya que este

A su vez, la Propuesta ampara la multa penitencial o pena de arrepentimiento (artículo 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 constituye sin embargo una obligación facultativa, ya que el deudor podrá, a su elección, satisfacer la pena o cumplir la obligación principal⁴¹⁸.

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.

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

Código Civil vigente	Propuesta

precepto impide como regla general la reclamación de la pena y el ejercicio de la acción de cumplimiento. Ahora bien, esta autora reconoce que la redacción del 1149.I es poco acertada, pues únicamente compatibiliza la acción de cumplimiento con la pena moratoria, excluyendo las penas previstas para cualquier otro tipo de cumplimiento defectuoso.

⁴¹⁸ María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003a), *op. cit.*, p. 4.

<p><i>Artículo 1152.II: (...) Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.</i></p>	<p><i>Artículo 1148: El acreedor solo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor.</i></p> <p><i>La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor.</i></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 impropio⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Véase LACRUZ BERDEJO (2011), *op. cit.*, p. 269; y CARRASCO PERERA (1989), “Comentario al artículo 1.105”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, p. 664.

La anterior conclusión es cierta sólo 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 entre “indemnización previamente convenida” y “pena convencional”, que arranca del *common law*⁴²⁰ y que se repetirá en las disposiciones que analizo más 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”.

Mientras que para la “pena convencional” regirían los criterios de imputación clásicos del 1101 y 1105 CC, la Propuesta conecta la exigibilidad de la “indemnización previamente convenida” a un sistema basado en la esfera de control de deudor (artículos 1208 y 1209 de la Propuesta), 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)⁴²¹, reproducida por los artículos 8:108(1) de los

⁴²⁰ 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 previsión razonable del daño derivado del incumplimiento, la estipulación será válida (*liquidated damages*); en caso contrario, se trataría de una estipulación nula por estar prohibida (*penalty clause*).

⁴²¹ Artículo 79.1 Convención de Viena: “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

PECL (2000)⁴²², el 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010)⁴²³ y el III-3:104(1) del DCFR (2009)⁴²⁴. 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 contratar⁴²⁵. Una regulación en tal sentido, tendente a la objetivación de la responsabilidad del deudor, se aleja de la tradición cultural de los ordenamientos de derecho continental, a pesar

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”. Así, según expresa Pablo SALVADOR CODERCH (1998), “Artículo 79”, en Luis Díez-Picazo (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, pp. 635-636: “[E]l texto comentado descansa sobre la idea de que la responsabilidad por el incumplimiento existe siempre que éste se deba a obstáculos surgidos dentro del ámbito que, según el contrato, queda bajo el dominio (de la voluntad, esfera de influencia, ámbito de control) del deudor. Este, por así decirlo, «garantiza» su capacidad de cumplir: si quiere limitar su responsabilidad, ha de especificar los impedimentos concretos que habrán de excluirla”.

⁴²² Artículo 8:108(1) PECL: “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.”

⁴²³ Artículo 7.1.7(1) Principios UNIDROIT: “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”.

⁴²⁴ 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*”.

⁴²⁵ Véase Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), *op. cit.*, p. 1740; y, más recientemente, Antonio Manuel MORALES MORENO (2006), *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 51-53: “[E]l deudor gestiona en su ámbito de control la ejecución del contrato y asume el riesgo de lo que en ese ámbito suceda, aunque no de modo absoluto (...)”.

de ser la corriente dominante en los distintos proyectos de armonización del Derecho de contratos.

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

Código Civil vigente	Propuesta
-	<p data-bbox="682 658 1135 1176"><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 éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.</p> <p data-bbox="682 1254 1135 1563">Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella 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 lesionado⁴²⁶.

Asimismo, el artículo 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 principal⁴²⁷. Regla opuesta a la que había sostenido la doctrina frente al silencio del Código Civil: tras el incumplimiento, el acreedor puede optar por la pena hasta la realización de la prestación principal⁴²⁸. La introducción del efecto de

⁴²⁶ Véase Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), *op. cit.*, p. 1020; y Antonio Manuel MORALES MORENO (2006), *op. cit.*, pp. 47-48: “[L]a responsabilidad contractual (indemnización) no tiene una función de reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado; no es en ningún caso (...) un cumplimiento por equivalente de la obligación originaria; es una obligación nacida *ex novo*, conforme a su propio supuesto de hecho, y dirigida a indemnizar los daños causados al acreedor”.

⁴²⁷ En contra, Isabel ARANA DE LA FUENTE (2010), *op. cit.*, p. 9, autora que sostiene que el artículo 1149.I de la Propuesta no impide que el acreedor exija el cumplimiento específico con carácter principal y subsidiariamente, para el caso que la petición de cumplimiento no sea debidamente atendida, reclame la pena pactada. Sin embargo, esta solución no parece coherente con el tenor literal del artículo 1149.I.

⁴²⁸ Véase de nuevo Ana María SANZ VIOLA (1994), *op. cit.*, p. 78.

la extinción de la acción no utilizada, ya sea la reclamación del cumplimiento o de la pena, supondría la unificación del régimen civil y mercantil de la pena convencional, puesto que éste es el efecto previsto por el artículo 56 CCom, salvo que los contratantes hayan pactado lo contrario, aunque la Propuesta no refiere tal posibilidad de pacto en sede civil. Por tanto, tampoco se produciría una unificación completa, pues la regla civil sería imperativa y la mercantil dispositiva.

Así, de conformidad con el 1149.I, el acreedor que reclamó la prestación principal sólo podrá exigir la pena ante la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, esto es, únicamente si la prestación principal deviene imposible⁴²⁹, sea imputable o no esta imposibilidad al deudor⁴³⁰, el acreedor dispone entonces de la acción de reclamación de la pena.

En contraposición a la dudosa conciliación de los remedios frente al incumplimiento del 1149.I, las diferentes propuestas de armonización apuestan por su acumulación: los artículos 8:102 de los PECL

⁴²⁹ Solución del Código Civil vigente de acuerdo con Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *op. cit.*, p. 476, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), *op. cit.*, pp. 159-160, y Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (2013), *op. cit.*, p. 1580, autores que aplican analógicamente el artículo 1124 CC), que permite pedir el cumplimiento al acreedor que optó por la resolución del contrato, siempre y cuando el cumplimiento resultare imposible.

⁴³⁰ En este punto, el 1149.I guarda coherencia con la regulación de la acción de cumplimiento en la Propuesta, que no distingue la imposibilidad imputable de la no imputable (artículo 1192.II.1º) y que constituye en su conjunto un esfuerzo loable de aproximación a la legislación procesal civil (artículos 701 a 711 LEC), en particular, sus artículos 1192, 1193 y 1195. La exclusión de la acción de cumplimiento en determinados supuestos (artículo 1192.II.1º-4º) supondría un acercamiento entre CC y LEC que acabaría de restar sustantividad al cumplimiento por equivalente como remedio intermedio entre el cumplimiento en forma específica y la indemnización de daños y perjuicios. Véase por todos Fernando GÓMEZ POMAR (2007), *op. cit.*, p. 15.

(2000)⁴³¹, 7.4.1 de los Principios UNIDROIT (2010)⁴³² y III-3:102 del DCFR (2009)⁴³³. De hecho, el propio artículo 1190 de la Propuesta acoge también la acumulación de remedios con carácter general:

“En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”.

Es más, el 1149.I excepciona para la cláusula penal la norma general del artículo 1194, la cual deja a salvo cualquier otro remedio que pudiera corresponder al acreedor insatisfecho tras el ejercicio de la acción de cumplimiento:

“El acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce”.

⁴³¹ Artículo 8:102 PECL: “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”.

⁴³² Artículo 7.4.1 Principios UNIDROIT: “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”.

⁴³³ Artículo III-3:102 DCFR: “Los remedios que no son incompatibles pueden acumularse. En particular, un acreedor no será privado de su derecho a una indemnización por daños y perjuicios por recurrir a cualquier otro remedio”.

Por otro lado, el 1149.II de la Propuesta avala la cláusula penal estipulada para el supuesto específico de resolución del contrato, figura altamente recurrente en la contratación pero que todavía no goza de una regulación general en nuestro Código Civil⁴³⁴. 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 el bien entendido que éstas cesan tras la resolución del contrato incumplido.

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 deudor⁴³⁵.

⁴³⁴ 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 esta clase de 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). Asimismo, el artículo 13.2 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico (BOE núm. 300, de 16.12.1998) hace referencia también a la cláusula penal de pactos resolutorios en este ámbito concreto de la contratación sobre inmuebles.

⁴³⁵ En contra, Isabel ARANA DE LA FUENTE (2010), *op. cit.*, pp. 5-8. Esta autora considera que la Propuesta distingue entre dos especies de cláusula penal: la “indemnización convenida”, que se corresponde con la pena sustitutiva o liquidatoria, y la “pena convencional”, que tiene un verdadero carácter punitivo o sancionador. La doctrina española ya se había hecho eco de este planteamiento, en concreto, Isabel ESPÍN ALBA (1997), *op. cit.*, p. 57, reflexionó sobre la necesidad de “una reformulación del texto legal, que partiendo de la problemática jurisprudencial

Ahora bien, según ARANA DE LA FUENTE, con base en la distinción entre “indemnización convenida y “pena pactada”, siendo la primera una pena sustitutiva o liquidatoria y la segunda una pena sancionatoria, el artículo 1149.II determina que la “indemnización convenida” es compatible con la resolución del contrato y la “pena convencional” no lo es, salvo que se trate de una pena moratoria⁴³⁶. Esta solución persigue impedir que la resolución permita al acreedor liberarse de su obligación y, al mismo tiempo, obtener una indemnización igual a la totalidad del interés que el cumplimiento le habría proporcionado. Sin embargo, la agravación de la responsabilidad del deudor mediante la fijación de una cuantía superior al daño causado no implica necesariamente que esta cuantía cubra la totalidad del interés del acreedor en el cumplimiento del contrato.

diera cobijo a dos figuras de cláusula penal: cláusula penal en sentido estricto y cláusula de indemnización sin más”. De acuerdo con ARANA DE LA FUENTE, esta distinción procede del artículo 1 de la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, conexión a mi juicio demasiado remota porque dicho texto no emplea esta terminología y da un tratamiento unitario a la suma pactada. Por otro lado, ARANA DE LA FUENTE justifica esta distinción porque los artículos 1148 y 1149 de la Propuesta establecen un régimen distinto para una y otra respecto de los títulos de imputación (artículo 1148) y la compatibilidad con la resolución del contrato (artículo 1149). Véase Nieves FENOY PICÓN (2011), “La modernización del régimen del incumplimiento de contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 4, pp. 1549-1551, que compara la posición de ARANA DE LA FUENTE con la mantenida por mí en “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret 2/2009* (www.indret.com), p. 9.

⁴³⁶ Isabel ARANA DE LA FUENTE (2010), *op. cit.*, pp. 7-8, a cuyos postulados sobre el artículo 1149 de la Propuesta se adhiere Jorge FELIU REY (2014), *op. cit.*, pp. 200-202.

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

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

La moderación judicial de la pena por razones de equidad representa la mayor novedad de la Propuesta y su inclusión alinea al Derecho español con el resto de ordenamientos europeos⁴³⁷, pues es la solución

⁴³⁷ Según Isabel ARANA DE LA FUENTE (2010), *op. cit.*, pp. 10-14, el acercamiento del ordenamiento español a los restantes ordenamientos europeos es una de los principales motivos a favor de la introducción de la moderación judicial de la pena por razones de equidad. Sin embargo, según señala con acierto María del Mar MÉNDEZ SERRANO (2012), “La cláusula penal. Revisión judicial por razones de equidad”, *Actualidad Civil*, núm. 4, p. 7 (La Ley 295/2012), “(...) no debería considerarse justificado un cambio en este sentido simplemente porque ésta sea la tendencia de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos”. Asimismo, ARANA DE LA FUENTE entiende que el artículo 1150 proporcionaría mayor seguridad jurídica a los contratantes, conclusión que basa en pronunciamientos aislados en que los tribunales han admitido la moderación de penas excesivas. Ahora bien, ARANA DE LA FUENTE reconoce que no tiene clara la conveniencia de modificar el artículo 1154 CC vigente. Por su parte, Jorge FELIU REY (2014), *op. cit.*, pp. 206-210, se muestra crítico con el artículo 1150 de la Propuesta, coincidiendo con los argumentos en contra de la introducción de la moderación de la pena por razones de equidad expuestos por mí en Ignacio MARÍN GARCÍA (2009), “La

comúnmente adoptada por los sistemas germánicos (Alemania, Austria y Suiza) e incorporada luego por Bélgica, Francia, Italia y Portugal.

El precepto del Código Civil vigente impone al juez el deber de modificar la pena cuando haya existido un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. Así, como he examinado arriba, 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. Solamente 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 casos.

La Propuesta se aleja de la línea mantenida por los PECL (2000), cuyo artículo 9:509(2) posibilita la moderación de la cláusula penal excesiva en relación, entre otras circunstancias, con la cuantía del daño efectivo⁴³⁸, pero no de manera exclusiva. En sentido idéntico, el artículo 7.4.13(2) de los Principios UNIDROIT (2010)⁴³⁹ y el III-3:712(2) del DCFR (2009)⁴⁴⁰. La redacción de los tres textos citados

cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret 2/2009* (www.indret.com).

⁴³⁸ Artículo 9:509(2) PECL: “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”.

⁴³⁹ Artículo 7.4.13(2) Principios UNIDROIT: “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”.

⁴⁴⁰ Artículo III-3:712(2) DCFR: “No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada en el contrato u otro acto jurídico puede reducirse a

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. Además, a diferencia de la Propuesta, ninguno de estos textos configura la moderación de la pena como un deber del juzgador, sino que la reducción es facultativa en todos ellos.

10.4.1. 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: los ya citados JORDANO FRAGA y RODRÍGUEZ TAPIA, ambos argumentan que la desproporción entre la pena y el daño sufrido es el verdadero presupuesto objetivo de moderación judicial de la pena⁴⁴¹. En contra, la doctrina mayoritaria ha enfatizado la necesidad de una reforma legal previa⁴⁴². 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 pactada⁴⁴³. Criterio

un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

⁴⁴¹ JORDANO FRAGA (1992), *op. cit.*, pp. 199-200; y RODRÍGUEZ TAPIA (1993), *op. cit.*, pp. 582-584.

⁴⁴² Véase nota al pie 370.

⁴⁴³ 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 conformidad con los § 356(1) del *Restatement of Contracts, Second* (1979) y §2-718(1) *Uniform Commercial Code*, respectivamente.

que no es ajeno al Derecho español de contratos, pues es el empleado en sede de responsabilidad contractual de acuerdo con el artículo 1107 CC⁴⁴⁴.

Recuerdo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contraria a la moderación por razones de equidad es constante, ha llegado incluso a puntualizar que el hecho que la pena sea desproporcionada o abusiva es irrelevante a efectos de la moderación⁴⁴⁵.

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 circunstancias⁴⁴⁶. 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 penal⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Artículo 1107.I CC: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido creer al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”.

⁴⁴⁵ Entre otras, las SSTs, 1ª, 29.11.1997 (RJ 8441, MP: Francisco Morales Morales) y 13.7.1984 (RJ 3981). Y, más recientemente, las SSTs, 1ª, 17.1.2012 (RJ 287, MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) y 10.3.2014 (RJ 1467, MP: Francisco Javier Orduña Moreno).

⁴⁴⁶ Véase por ejemplo la ya mencionada STS, 1ª, 25.1.2007 (RJ 592, MP: Clemente Auger Liñán), cuyo FD 3º enumera los requisitos jurisprudenciales para que una alteración de circunstancias ampare la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Aunque con la Propuesta (artículo 1213) la cláusula *rebus sic stantibus* adquiriría carácter legal y dejaría de ser una doctrina jurisprudencial basada en la equidad, su aplicación se configura como altamente excepcional, Pablo SALVADOR CODERCH (2009), “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴⁷ Si bien la Propuesta introduce en su artículo 1213 una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, en virtud de la cual la cláusula *rebus sic stantibus* dejaría de ser una doctrina basada en

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 BGB⁴⁴⁸, 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, podría llegar a ser incluso sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6 del RDL 1/2007⁴⁴⁹.

la equidad, ésta mantendría su carácter excepcional, tal y como se desprende de la redacción de la regla proyectada, puesto que el principio de vinculación de contractual seguiría siendo el punto de partida (artículo 1243 de la Propuesta), véase Pablo SALVADOR CODERCH (2009), *op. cit.*, pp. 6, 8 y 28-49. El citado artículo 1213 requiere que el cambio de circunstancias comporte la onerosidad excesiva de la ejecución del contrato o bien la frustración del fin del contrato y concede al deudor desfavorecido la revisión como remedio preferente y la resolución como remedio subsidiario. Ahora bien, el precepto propuesto toma en consideración la asignación contractual o legal del riesgo del cambio de circunstancias para determinar si la ejecución de la prestación debida es razonablemente exigible a luz del equilibrio originario de las prestaciones. El tenor literal del artículo 1213 es el siguiente:

“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

⁴⁴⁸ Véase nota al pie 113.

⁴⁴⁹ 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

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 un perito, requisito en Derecho austriaco (§ 1336.2 ABGB)⁴⁵⁰.

10.4.2. Supresión de la moderación por incumplimiento parcial o irregular

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 o irregular, 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 Codificación⁴⁵¹, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán

obligaciones”. Si bien la consecuencia jurídica sería diferente, la moderación de la pena y no la nulidad de la cláusula, la mejor doctrina sostiene que, en la contratación con consumidores, para valorar la desproporción el juez tomará, por un lado, la suma pactada y, por otro, los daños previsibles en el momento de celebración del contrato, es decir, el criterio empleado debería ser el del daño previsible y no el del daño efectivo, véase CAFFARENA LAPORTA (2002), *op. cit.*, pp. 1030-1031.

⁴⁵⁰ § 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), *Grundriß des bürgerlichen Rechts*; t. I, 8ª ed., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, pp. 200-201.

⁴⁵¹ En contra, Isabel ARANA DE LA FUENTE (2010), *op. cit.*, p. 16, quien argumenta que la moderación de la pena por incumplimiento parcial o irregular tiene cabida en el artículo 1150 en la medida que, tal y como sucede normalmente, dicho incumplimiento comporte que la pena pactada sea excesiva o desproporcionada respecto al daño efectivo.

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”).

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

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

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 de preceptos anteriores (artículos 1149 y 1150) la repetición superflua de expresiones equivalentes en nuestro Derecho.

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, como ya he puesto de manifiesto, además de las disposiciones generales del CC (1255, 1271, 1272 y 1273), pueden tener especial incidencia leyes especiales como el RDL 1/2007 y la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908.

10.6. 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 aquélla 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 civil 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 CC⁴⁵², del cual se apartan al atribuir a las arras carácter confirmatorio en los contratos civiles. 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 excepcional⁴⁵³.

⁴⁵² 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”. Por el contrario, el artículo 83 CCom sí recoge las tres modalidades de arras. Como ya he apuntado, según GÓMEZ CALERO (1983), *op. cit.*, pp. 73-74, este precepto alude tanto a arras penitenciales – si el desistimiento es voluntario – como penales – si el incumplimiento es culpable –, y, por otro lado, el artículo 343 CCom 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.

⁴⁵³ 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

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 penal⁴⁵⁴: según la parte que incumpla, el comprador las pierde o el vendedor debe devolverlas duplicadas.

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*) y entorpecer 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.

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).

⁴⁵⁴ En este sentido, las SSTS, 1ª, 27.6.2007 (RJ 3864, MP: Antonio Salas Carceller) y 25.10.2006 (RJ 6704, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz).

10.7. Valoración de la regulación de la cláusula penal en la Propuesta según el análisis económico del Derecho

Como continuación del estudio en este mismo capítulo que afirma la eficiencia de la regulación vigente de la cláusula penal en Derecho español, concluyo que la Propuesta reforma el régimen de este remedio dificultando que sea el medio por el que los contratantes transmitan información contractualmente relevante en beneficio de ambas partes.

Por tanto, la regulación de la cláusula penal contenida en la Propuesta impide que el pacto de liquidación anticipada del daño en un contrato funcione como un mecanismo de transferencia del riesgo derivado del incumplimiento al contratante que, en comparación con el otro contratante, presente una menor aversión al riesgo.

Según expuse en el capítulo segundo, una regulación eficiente de la cláusula penal exige que los contratantes gocen de poder de disposición sobre la suma estipulada en el pacto de liquidación anticipada, poder de disposición que ha de operar en una doble dirección: la libertad de estipular una suma superior al daño esperado y la de estipular una suma inferior al mismo. Tal y como he señalado, cualquier restricción de este poder de disposición de los contratantes disminuye la capacidad de este remedio para funcionar como un mecanismo de transferencia del riesgo del incumplimiento.

Pues bien, la Propuesta restringe este poder de disposición de los contratantes sobre la suma estipulada:

- i) La Propuesta sujeta al escrutinio judicial el pacto de una suma superior al daño esperado, pacto que persigue proteger el interés de un acreedor con una valoración alta de la prestación. El artículo 1150 de la Propuesta impone al juez el deber de reducir las penas que resulten excesivas o desproporcionadas en relación con el daño efectivo. Así, no sólo la introducción de la moderación judicial de la pena por razones de equidad resta eficiencia a este remedio, sino que además esta moderación no es facultativa y este juicio de desproporción tiene en cuenta el daño efectivo en lugar del daño previsible en el momento de celebración del contrato.

- ii) La Propuesta debilita asimismo el pacto de una suma inferior al daño esperado, puesto que su artículo 1147 faculta expresamente 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. De este modo, la Propuesta no impide, pero sí que entorpece que el acreedor asuma una porción mayor del riesgo de incumplimiento exonerando al deudor del resarcimiento íntegro del daño.

En consecuencia, con arreglo a la regulación contenida en la Propuesta, el régimen de la cláusula penal en Derecho español dejaría

de ser un sistema de aplicación literal de la cláusula, en el que ya no rigiría el principio de inmutabilidad de la pena pactada. La Propuesta somete al juez la valoración sobre la adecuación o no de la pena al daño efectivo, frustrándose el objetivo primario de este remedio: soslayar la prueba en juicio del daño derivado del incumplimiento porque su determinación sólo compete a los contratantes.

Bajo este sistema de aplicación literal de la pena sujeta a reducción, el deudor incumplidor tiene menos incentivos para transigir y estará más inclinado a litigar, deseoso de convertir en controvertida la cuantía de la pena.

En conclusión, frente a la eficiencia de la regulación vigente de la cláusula penal en Derecho español, el régimen de la Propuesta disminuye el poder de disposición de los contratantes sobre la suma estipulada porque la pena pactada es susceptible de revisión judicial.

CAPÍTULO III: ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

Tal y como hemos apuntado en el capítulo primero, según el análisis económico del Derecho, está plenamente justificada la intervención judicial de aquellas cláusulas de liquidación anticipada del daño que no resulten del acuerdo real de las partes tras el intercambio de información propio del proceso de formación del contrato, puesto que dichas cláusulas de liquidación anticipada del daño no pueden servir ninguna de las funciones económicas antes referidas.

El ámbito por antonomasia en el que esta clase de estipulaciones no incrementa la eficiencia son las cláusulas penales abusivas en contratos de adhesión con consumidores, puesto que la falta de negociación individual de la cláusula en cuestión imposibilita que la indemnización por incumplimiento se base en la valoración subjetiva de la prestación por el consumidor. En este ámbito, la pena impuesta al consumidor que sólo obedece a la desigualdad en el poder de negociación difícilmente comportará un resultado pareto-óptimo, ya que beneficia al empresario predisponente en perjuicio del consumidor⁴⁵⁵.

Así, la ausencia de un proceso de formación del contrato previo a su celebración y la desigualdad en el poder de negociación de los

⁴⁵⁵ Véase Aristides N. HATZIS (2003), “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, *op. cit.*, pp. 392-394.

contratantes favorecen conductas oportunistas por parte del empresario que, en algunos casos, puede insertar en las condiciones generales pactos de liquidación desproporcionados, que únicamente respondan a la lógica económica de su enriquecimiento a costa de consumidores incautos.

En consecuencia, el consumidor merece la protección del ordenamiento contra estipulaciones de este tenor, que van a perjudicarlo sin ni siquiera haber prestado un consentimiento del todo informado.

Analizamos a continuación las especialidades del régimen de la cláusula penal en la contratación con consumidores, contenidas en los artículos 85.6 y 62.3 del RDL 1/2007, respectivamente.

Cada uno de estos preceptos califica como abusivas determinadas cláusulas suscritas por consumidores por razón de su contenido y dicha calificación lleva aparejada la sanción de nulidad prevista por el artículo 83 del mismo texto legal:

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Este régimen tuitivo de los consumidores procede de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas

abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L-095, de 21.4.1993), que fue transpuesta al Derecho español mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, 14.4.1998) RDL 1/2007 contiene el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El legislador español optó por incorporar la Directiva 93/13 mediante dicha ley, la cual modificó a su vez en virtud de su Disposición Adicional Primera el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, integrado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, 24.7.1984).

1. Indemnización desproporcionadamente alta (artículo 85.6 RDL 1/2007)

En la contratación con consumidores⁴⁵⁶, hay que tener en cuenta el artículo 85.6 del RDL 1/2007, que atribuye el carácter de cláusula abusiva a:

*Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones*⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Para un análisis jurisprudencial de la cláusula penal abusiva a tenor de lo dispuesto en el marco de la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, véase Gemma VIVES MARTÍNEZ (2000), *op. cit.*, pp. 501-556.

⁴⁵⁷ La Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, añadida por la Ley 7/1998, de 13

Este precepto no excluye la función tradicional coertiva de las cláusulas penales, puesto que el abuso reside en la fijación de una indemnización “desproporcionadamente alta” para el consumidor que incumpla una de sus obligaciones contractuales⁴⁵⁸. Por ejemplo, en un caso anterior a la entrada en vigor del RDL 1/2007, la SAP Navarra, Civil, Sec. 3ª, 11.4.2003 (AC 1150, MP: Aurelio Vila Duplá), declaró abusiva la cláusula penal establecida en unos contratos de telefonía móvil predispuestos por Airtel Móviles, S.A., en virtud de la cual el consumidor que incumplía su obligación de devolver los tres teléfonos móviles que había recibido en depósito, por no haber mantenido tales contratos al menos durante un año, debía abonar a la compañía 171.620 ptas. (1.031,46 €)⁴⁵⁹.

de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, calificaba de cláusula abusiva: “La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones”.

⁴⁵⁸ Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009a), “Comentario al artículo 85.6”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 1047.

⁴⁵⁹ La nulidad de la cláusula de liquidación anticipada del daño comporta que la indemnización deba ser fijada de conformidad con el régimen general de responsabilidad contractual, así que la Audiencia Provincial de Navarra acuerda que la indemnización equivaldrá a la cantidad abonada por Airtel Móviles, S.A. para adquirir los tres teléfonos móviles que no le han sido devueltos. Esta solución es conforme con la redacción vigente del artículo 83 del RDL 1/2007, a pesar de que antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, como luego veremos, el artículo 83.2 facultaba a los tribunales para moderar la pena impuesta a un consumidor. Así, por ejemplo, la SAP Pontevedra, Civil, Sec. 1ª, 5.6.2008 (JUR 355552, MP: María Begoña Rodríguez González) declaró abusiva la penalización de 800 € por el retraso en la devolución a un videoclub de tres películas en DVD que habían sido alquiladas, puesto que el lucro cesante por la imposibilidad de alquilar estas películas no puede extenderse más allá de un mes, tiempo suficiente para su reposición, y por tanto rebajó la pena a 225 € (30 días · 2,5 €/día · 3 películas).

Sin embargo, con arreglo al artículo 85.6, la pena cumulativa ha de calificarse como abusiva en la contratación con consumidores, ya que permite al empresario predisponente exigir conjuntamente el pago de la pena y el cumplimiento de la obligación principal⁴⁶⁰. Por tanto, el perjuicio para el consumidor de una pena cumulativa excede con mucho las ventajas que la liquidación anticipada del daño derivado del incumplimiento también le reportan, ventajas que el consumidor sí obtiene en el caso de las penas sustitutivas o liquidatorias.

Ahora bien, ¿qué hemos de entender por “desproporcionadamente alta”? Según expresa CAFFARENA LAPORTA⁴⁶¹, “[d]esproporción significa falta de correspondencia debida de una cosa con otra”, pero ¿cuáles son los términos de la comparación? Tal y como apunta el mencionado autor, por un lado, el juez deberá tomar la cuantía fijada en el contrato y, por otro lado, los daños previsibles en el momento de celebrar el contrato.

Éste es el criterio del § 309.5.a) BGB, que, en sede de condiciones generales de la contratación, prohíbe aquellas cláusulas de liquidación

⁴⁶⁰ 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, p. 1025, autor que incluso señala que la pena cumulativa ha de considerarse abusiva por ser contraria a la buena fe de conformidad con el artículo 82 del RDL 1/2007. Por su parte, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009), *op. cit.*, p. 1047, opina que la pena cumulativa en la contratación con consumidores es “en cualquier caso” abusiva.

⁴⁶¹ Jorge CAFFARENA LAPORTA (2002), *op. cit.* pp. 1030-1031.

de la indemnización impuestas al adherente cuyo montante supere los daños previsibles según el curso normal de las cosas⁴⁶².

Con todo, para la valoración del abuso, nuestros tribunales han prescindido de este criterio de la desproporción entre la cuantía indemnizatoria fijada en el contrato y los daños previsibles en el momento de contratar, puesto que el parámetro de los daños previsibles no se desprende del texto de la Directiva 93/13 ni tampoco de la Propuesta de Directiva emanada de la Comisión (DO C-73, de 24.3.1992)⁴⁶³.

Por tanto, en aplicación del artículo 85.6 (o de la derogada Disposición Adicional Primera de la LGDCU), el criterio aplicado por nuestros tribunales para la valoración del abuso es la desproporción entre la cuantía indemnizatoria fijada en el contrato y los daños efectivamente causados.

⁴⁶² § 309.5.a) BGB: “*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 (...)*” [“También en la medida en que es admisible una divergencia de las disposiciones legales, en condiciones generales de la contratación es ineficaz: (...) 5. (baremación de las pretensiones al resarcimiento del daño) el pacto de una pretensión a tanto alzado del predisponente al resarcimiento del daño o al resarcimiento de una pérdida de valor, si a) el tanto alzado supera los daños esperados o las pérdidas de valor que habitualmente se producen en los supuestos previstos, de acuerdo con el curso normal de las cosas”, traducción de Albert LAMARCA MARQUÈS (2008), *op. cit.*, pp. 91-92].

⁴⁶³ La letra e) del Anexo de la Directiva 93/13 sólo hace referencia a “imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta”, mientras que la Propuesta de Directiva de la Comisión alude a “significativamente superior al perjuicio sufrido por el comerciante”.

Este criterio de la desproporción entre el quantum de la cláusula y el daño efectivo es el empleado por las SSTS, 1ª, 15.4.2014 (RJ 3122, MP: Rafael Saraza Jimena) y 21.4.2014 (RJ 3281, MP: José Antonio Seijas Quintana), mediante las cuales el Pleno resuelve supuestos de hecho idénticos en relación con el contrato de compraventa de vivienda predispuesto por Polaris World Real Estate, S.L. para su promoción inmobiliaria (viviendas destinadas a segunda residencia en una urbanización con campo de golf, centro comercial y otras instalaciones comunes)⁴⁶⁴. Ambas sentencias declaran que no es abusiva la cláusula que establecía que el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública, cuando así fuera requerido por Polaris World Real Estate, S.L., facultaba a la sociedad promotora para resolver el contrato y percibir en concepto de pena convencional las cantidades hasta entonces satisfechas por el comprador (el 40% del precio final).

Si bien hay una diferencia de trato porque el contrato predispuesto no prevé pena convencional alguna a favor de los compradores por razón de un incumplimiento similar de la sociedad promotora⁴⁶⁵, el Tribunal

⁴⁶⁴ Las SSTS, 1ª, 21.2.2014 (RJ 926, MP: José Antonio Seijas Quintana) y 18.6.2015 (RJ 2763, MP: Francisco Marín Castán) resuelven en el mismo sentido supuestos de hecho idénticos a los enjuiciados por el Pleno en las dos sentencias citadas.

⁴⁶⁵ En ambas sentencias, cuatro de los Magistrados de la Sala Primera (José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno y Sebastián Sastre Papiol) formularon voto particular no por el sentido del fallo sino por la fundamentación técnica para alcanzar dicho fallo respecto del carácter no abusivo de la cláusula discutida: según estos cuatro Magistrados, la falta de reciprocidad contractual —esto es, la diferencia de trato entre la vendedora predisponente y los compradores, puesto que la facultad de resolución y la correlativa pena convencional sólo se prevén a favor de la vendedora predisponente con base en el incumplimiento de los compradores, pero no viceversa— comporta el carácter abusivo de la cláusula enjuiciada. No obstante, tras la declaración de abusividad y nulidad de dicha cláusula, procedería igualmente la retención de las

Supremo considera que esta diferencia de trato está justificada y no supone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor que sea contrario a las exigencias de la buena fe, puesto que el perjuicio que podría derivarse para los distintos compradores depende de multiplicidad de factores que dificultan la estandarización de la indemnización por incumplimiento del vendedor mediante una cláusula penal predispuesta⁴⁶⁶:

“para los compradores las consecuencias pueden ser distintas, no solo respecto del vendedor, sino también entre los distintos compradores entre sí, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada comprador, pues pueden ir desde el coste de oportunidad, por haber desechado la adquisición de otra vivienda que se adecuara a sus deseos al decidirse por la vivienda que finalmente no va a serle entregada, hasta la necesidad de pagar el alquiler de una vivienda mientras se consigue adquirir otra si no se tiene vivienda propia o se ha enajenado previamente la que se tenía, el pago del coste de la financiación si se hubiera contratado antes de la consumación de la compraventa o, si el mercado inmobiliario está en auge, el incremento del precio si se adquiere una vivienda de similares

cantidades por la vendedora predisponente “en la medida en que dicha retención queda justificada por la fundamentación técnica del contenido indemnizatorio que ha resultado probado y pertinente”.

⁴⁶⁶ Esta línea jurisprudencial ha sido confirmada por la STS, 1ª, 24.11.2014 (RJ 6000, MP: Eduardo Baena Ruiz), que ha rechazado el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de compraventa de vivienda que faculta a la sociedad promotora a retener el 60% de las cantidades entregadas por el comprador como pena convencional ante la resolución por falta de pago del precio.

características a la que fue objeto del contrato incumplido. Varios de estos elementos pueden variar sustancialmente de un comprador a otro, lo que dificulta la estandarización de la indemnización por incumplimiento del vendedor mediante una cláusula penal predispuesta” (FD 3º, apartado 12).

Para enjuiciar la abusividad de esta cláusula a la luz del artículo 85.6 del RDL 1/2007, el Alto Tribunal compara el montante de la pena convencional⁴⁶⁷ con el importe de los daños efectivamente causados a la sociedad promotora, apreciando que la indemnización no es desproporcionadamente alta en los términos exigidos por el artículo este precepto. De hecho, la cuantía de los daños irrogados a la sociedad promotora superaba las cantidades entregadas a cuenta por los compradores. En este sentido, el daño efectivo a la promotora se componía de las siguientes partidas: la diferencia entre el precio de venta del contrato y el precio inferior obtenido en la venta posterior a un tercero por hallarse el mercado inmobiliario en declive; la comisión abonada por la venta; las cuotas de la comunidad de propietarios; y los intereses del préstamo hipotecario devengados desde la fecha prevista de la venta hasta la venta a un tercero.

Asimismo, las SSTs, 1ª, 15.4.2014 y 21.4.2014 han interpretado el artículo 85.6 del RDL 1/2007 en el sentido de que el empresario predisponente tiene la carga de probar la proporción entre la indemnización prefijada y el perjuicio real sufrido para excluir el carácter abusivo de la cláusula, siempre y cuando el consumidor alegue

⁴⁶⁷ Las cantidades entregadas a cuenta en uno y otro caso fueron 66.596,80 € y 80.541,47 €, respectivamente.

tal desproporción o “cuando de las circunstancias concurrentes se desprenda”⁴⁶⁸.

Por último, en el ámbito de las cláusulas sobre intereses moratorios –las cuales constituyen una pena convencional y, por tanto, quedan sometidas al juicio de abusividad ex artículo 85.6–, nuestros tribunales han tomado como criterio orientativo⁴⁶⁹ para la apreciación de la desproporción el parámetro recogido por el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (BOE núm. 151, de 25.6.2011)⁴⁷⁰. Este parámetro es 2,5 veces el interés legal del dinero, límite máximo fijado por la LCC para el tipo de interés aplicable a los créditos concedidos en forma de descubiertos en cuenta corriente.

No obstante, se trata de un criterio meramente orientador, pues no excluye que el juzgador tome en cuenta otras circunstancias tales como la ausencia de garantías o el tipo de interés remuneratorio, por razón

⁴⁶⁸ En este mismo sentido, la ya citada STS, 1ª, 24.11.2014.

⁴⁶⁹ Véase, por ejemplo, la SAP Lleida, Civil, Sec. 2ª, 30.7.2007 (AC 1872, MP: Ana Cristina Sainz Pereda), que declara abusiva la cláusula que impone intereses moratorios de tarjeta de crédito cuatro veces superior al interés legal del dinero (un 24% frente a un 5,50% en 2001). Del mismo modo, la SAP Castellón, Civil, Sec. 1ª, 12.1.2007 (JUR 239821, MP: Pedro Luis Garrido Sancho), y la SAP Valencia, Civil, Sec. 7ª, 26.1.2006 (AC 764, MP: Alejandro Giménez Murria), en relación con un interés de demora en un contrato de préstamo del 29% y del 19,71%, respectivamente.

⁴⁷⁰ Artículo 20.4: “En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero” (antes el artículo 19.4 de la derogada Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo).

del mayor riesgo que asume el financiador en caso de incumplimiento del consumidor⁴⁷¹.

Por el contrario, con arreglo al artículo 114.III LH –introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios–, rige un límite máximo de tres veces el interés legal del dinero que tiene naturaleza imperativa para los intereses de demora en contratos de préstamo o crédito hipotecario para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda⁴⁷².

La ausencia de una previsión legal que establezca con carácter general un límite al tipo de interés moratorio en contratos de préstamo o crédito sin garantía real ha conllevado que la determinación de la abusividad de tales intereses haya sido delegada al arbitrio de los juzgadores, razón por la cual ha sido empleada una gran variedad de criterios por nuestros tribunales⁴⁷³.

⁴⁷¹ Francisco PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2013), “Capítulo 11.I Los contratos de adhesión”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), t. II, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1872-1873. En idéntico sentido, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009), *op. cit.*, p. 1052.

⁴⁷² Artículo 114.III LH: “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

⁴⁷³ Véase la variedad de criterios empleados por los tribunales para determinar la abusividad de los intereses moratorios en Alicia AGÜERO ORTIZ (2015), “Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!”, *Centro de Estudios de Consumo* (www.uclm.es/centro/cesco), pp. 1-2.

Sin embargo, recientemente, la STS, 1ª, 22.4.2015 (RJ 1360, MP: Rafael Saraza Jimena) ha considerado necesario fijar una limitación precisa a los intereses de demora en los préstamos personales, sin garantía real, suscritos con consumidores, estableciendo que será abusiva la cláusula no negociada individualmente que contenga un tipo de interés moratorio que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. El Alto Tribunal concluye que en estos contratos el tipo de interés moratorio se establece mediante la adición de un porcentaje al tipo de interés remuneratorio y, en este sentido, determina que el mejor criterio normativo es del artículo 576.1 LEC, precepto que para fijar el interés de la mora procesal añade dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, el préstamo personal por importe de 12.729,61 € preveía un tipo de interés moratorio del 21,80% frente a un tipo de interés remuneratorio del 11,80%, esto es, superior en diez puntos porcentuales.

2. Limitación o exclusión del derecho de desistimiento del consumidor (artículos 62.3 y 87.6 RDL 1/2007)

En la contratación con consumidores, el artículo 62.3 del RDL 1/2007 protege el desistimiento libre y unilateral del consumidor en aquellos contratos de tracto sucesivo –ya sean de duración determinada o indeterminada–, prohibiendo expresamente la ejecución unilateral por el predisponente de las penas pactadas y la fijación de indemnizaciones

que no se correspondan con los daños efectivamente causados⁴⁷⁴. Y, seguidamente, el artículo 87.6 del citado texto legal califica tales cláusulas de abusivas⁴⁷⁵, con la consiguiente sanción de nulidad prevista por el artículo 83.

El contenido de ambos preceptos, artículo 62.3 y 87.6 del RDL 1/2007, fueron introducidos en la LGDCU por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 312, 30.12.2006), que transpuso la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales (DOCE L-149, de 11.6.2005). En este sentido, en aplicación de la derogada LGDCU, la jurisprudencia menor había calificado de abusivas las cláusulas que

⁴⁷⁴ Artículo 62.3.II: “El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

⁴⁷⁵ Artículo 87.6: “Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

imponían al consumidor el desembolso de emolumentos exorbitantes por la terminación anticipada de contratos de larga duración⁴⁷⁶.

En los contratos de duración indeterminada, resulta abusiva cualquier cláusula que, mediante la pérdida de cantidades abonadas por adelantado o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados, restrinja el desistimiento libre y unilateral del consumidor. Sin embargo, no sería abusiva la pérdida de cantidades entregadas por el consumidor a consecuencia del pago de los servicios prestados o de gastos efectivamente causados al empresario predisponente⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Véanse, por ejemplo, la SAP Orense, Civil, Sec. 1ª, 15.7.2008 (JUR 353820, MP: Ángela Domínguez-Viguera Fernández), y la SAP Albacete, Civil, Sec. 1ª, 14.9.2007 (JUR 2008\50954, MP: Manuel Mateos Rodríguez), que declaran abusiva la cláusula que impone en un contrato de mantenimiento de ascensores el pago de servicios no prestados por haber desistido los consumidores del contrato, en el primer caso el 50% de la cuotas pendientes y en el segundo caso el 100%.

⁴⁷⁷ Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009b), “Comentario al artículo 87.5 y 87.6”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 1099. En este sentido, la SAP Madrid, Civil, Sec. 11ª, 4.3.2003 (AC 1149, MP: Fernando Delgado Rodríguez), declara que no es abusiva la cuota de inscripción a cargo del usuario prevista en las condiciones generales de la contratación del servicio audiovisual digital con Distribuidora de TV Digital, S.A.: “la cuota de inscripción, entendemos que según su naturaleza jurídica, no constituye ningún depósito o fianza en garantía, sino una contraprestación, que se agota en sí misma considerada, por el alta en los servicios objeto del contrato, práctica habitual en el sector; y remunera el alta de cualquier usuario, incluso de aquel que ya hubiera sido dado de alta y posteriormente hubiera causado la baja, porque representa para la apelada unos trámites administrativos, como son, la introducción de sus datos en los archivos, elaboración de documentación a nombre del abonado, envío del llamado «paquete de bienvenida», gestión de los datos bancarios para el proceso de facturación, etc., y de actuaciones logísticas, integradas por el aviso al instalador para poner en funcionamiento los equipos en el domicilio del cliente, solicitud de equipos y de tarjetas inteligentes; que han de estar coordinadas para la correcta instalación de los equipos y la prestación del servicio” (FD 8º).

Del mismo modo, en los contratos de duración determinada, si el consumidor desiste antes del transcurso del plazo estipulado, la pena impuesta ha de guardar correspondencia con los daños efectivamente causados. En consecuencia, ha de reputarse abusiva la cláusula que establezca una cantidad fija en caso de desistimiento del consumidor, sin tener en cuenta el tiempo que falte para el cumplimiento del plazo estipulado⁴⁷⁸.

Por tanto, frente al artículo 85.6 del RDL 1/2007, que no excluye excluye la función tradicional coercitiva de las cláusulas penales y únicamente exige con carácter general que la indemnización predispuesta por el incumplimiento de un consumidor no sea “desproporcionadamente alta”, el artículo 87.6 limita en mayor medida la fijación de indemnizaciones a favor del empresario predisponente para el supuesto concreto de desistimiento del consumidor porque las mismas siempre han de corresponderse con los daños efectivamente causados. Esta diferencia entre uno y otro artículo del RDL 1/2007 responde a la voluntad del legislador de salvaguardar el derecho del consumidor al desistimiento libre y unilateral.

⁴⁷⁸ Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009b), *op. cit.*, p. 1099. En este sentido, la SAP Barcelona, Civil, Sec. 14ª, 8.11.2007 (JUR 2008\31391, MP: Francisco Javier Pereda Gámez) declara que es abusiva la cláusula penal contenida en un contrato de telefonía móvil que impone al usuario el pago de 500 € en caso de incumplimiento de su compromiso de permanencia de doce meses con un consumo mínimo anual de 500 €. Dado que esta sentencia es anterior a la reforma del artículo 83 del RDL 1/2007 en virtud de la Ley 3/2014, la Audiencia Provincial considera que, tras cuatro meses de consumo, el usuario sólo ha de compensar a la compañía por dos meses adicionales en la cantidad total de 80 €, periodo de tiempo razonable para amortizar la inversión y renovar la clientela.

3. Consecuencias de la declaración de abusividad de las penas convencionales: la prohibición de moderación de las cláusulas abusivas

Las penas convencionales excesivas en la contratación con consumidores son abusivas y, por consiguiente, nulas en virtud de la normativa de protección de los consumidores, en concreto, en virtud del artículo 83 del RDL 1/2007. En consecuencia, estas penas son excesivas por una razón distinta a la de haber existido un cumplimiento parcial, motivo por el cual no resulta aplicable la moderación cuantitativa de la pena prevista en el artículo 1154 CC.

Sin embargo, en la contratación con consumidores, la declaración de abusividad de las penas excesivas ha conducido a nuestros tribunales a dos tipos de resultados⁴⁷⁹:

- (i) Por un lado, la nulidad estricta de la cláusula penal, la cual se tiene por no puesta, privándose al acreedor de toda pretensión con fundamento en la misma. A mi juicio, ésta es la única solución acertada con arreglo al artículo 83 del RDL 1/2007.

- (ii) Por otro lado, la moderación de la pena para ajustarla, en su caso, a los daños efectivamente causados. Esta segunda

⁴⁷⁹ Véase Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009a), *op. cit.*, pp. 1049-1050.

vía limita la eficacia de la cláusula penal pero no la suprime, pues el acreedor quedaría igualmente exonerado de probar el daño. No obstante, en un pleito, esta supuesta exoneración de la prueba del daño se debilita porque, frente a las alegaciones del consumidor, el empresario acreedor debe realizar sus mejores esfuerzos para acreditar la ausencia de desproporción entre la pena y el daño causado.

CARRASCO PERERA estima incorrecta la solución consistente en la moderación cuantitativa de la pena para evitar que el consumidor indemnice en una medida superior al daño real, puesto que esta solución prescinde de la regla de la abusividad y sus efectos según la normativa de protección de los consumidores⁴⁸⁰.

Esta segunda solución es la que alcanza la SAP Guipúzcoa, Civil, Sec. 3ª, 30.3.2000 (AC 823, MP: Juana María Unanue Arratíbel), que reduce a la mitad la cantidad a percibir en concepto de pena por un arquitecto en aplicación de la cláusula de un contrato de arrendamiento de servicios en virtud de la cual el cliente que desista unilateralmente del mismo ha de satisfacer como indemnización el 30% de los honorarios por las fases encargadas (de 150.000 ptas. a 75.000 ptas.).

Por el contrario, resulta ejemplar la SAP La Rioja, Civil, Sec. 1ª, 2.11.2011 (JUR 397812, MP: Fernando Solsona Abad), que descarta que una penalización de 22 € por extravío del ticket de aparcamiento constituya una cláusula penal, por no ser una obligación accesoria de

⁴⁸⁰ Ángel CARRASCO PERERA (2010), *op. cit.*, p. 830.

otra principal, con arreglo a la legislación específica en materia de contratos de adhesión en este ámbito (Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos). Ahora bien, con independencia de la calificación de la cláusula, la Audiencia Provincial declara la nulidad de la penalización con fundamento en su abusividad ex artículos 82.1, 82.4.b), 86.7 y 87.5 RDL 1/2007.

Recientemente, la STS 1ª, 11.3.2014 (RJ 2114, MP: Francisco Javier Orduña Moreno) declara abusiva la condición general contenida en un contrato de mantenimiento de ascensores suscrito con una comunidad de propietarios, en virtud de la cual en caso de desistimiento unilateral la comunidad de propietarios debía abonar el 50% del importe de la facturación pendiente hasta la finalización del contrato (la duración del contrato era de 10 años y se prorrogaba de forma automática por el mismo periodo)⁴⁸¹.

Y, a continuación, el Alto Tribunal señala la imposibilidad de moderar la pena declarada abusiva por cuanto así lo prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación de la

⁴⁸¹ En lógica contraposición a la solución de la STS, 1ª, 10.3.2014 (RJ 1467), también del Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, en un caso sobre la pena por desistimiento unilateral en un contrato de mantenimiento de ascensores suscrito por la sociedad gestora de una residencia para personas de la tercera edad (Sanitas Residencial, S.L.) y por tanto no amparado por la normativa de protección de consumidores, en el que la pena por desistimiento unilateral no era el abono del 50% sino de la totalidad de la facturación pendiente hasta la finalización del contrato. La STS, 1ª, 10.3.2014 establece que “[s]e fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos por negociación (...) la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes”.

Directiva 93/13/CEE, sin perjuicio del contenido indemnizatorio que pueda derivarse de la resolución del contrato:

“En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los artículos 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez "aclarar la eficacia del contrato" declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo 1261 CC), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada” (FD 3º).

En la STS 1ª, 11.3.2014, el Tribunal Supremo remite a la STJUE, Sala Primera, 14.6.2012 (asunto C-618-10, TJCE 143), puesto que dicha Sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁸² sobre la interpretación del artículo 83 del

⁴⁸² En concreto, la Audiencia Provincial de Barcelona debía resolver el recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito, S.A. contra el Auto de 21 de enero de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell, que declaró abusivo un tipo de interés de demora del 29% en un préstamo para la adquisición de un vehículo y lo moderó al 19%.

RDL 1/2007 (en su redacción anterior a la reforma de la Ley 3/2014, de 27 de marzo) conforme al artículo 6.1 de la Directiva 93/13⁴⁸³.

En la citada STJUE 14.6.2012, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que la anterior redacción del artículo 83 del RDL 1/2007⁴⁸⁴ era contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 porque facultaba al juez para integrar el contrato y moderar los derechos y obligaciones de las partes, con base en que el artículo 6.1 no permite que:

“en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor” (apartado 71).

⁴⁸³ Artículo 6.1: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

⁴⁸⁴ La redacción original del artículo 83 del RDL 1/2007, anterior a la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, 28.3.2014), era la siguiente: “1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que:

“A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva” (apartado 73).

En su análisis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene en cuenta que el efecto disuasorio que sobre los empresarios tiene la inaplicación sin más de la cláusula abusiva –y su consiguiente sustitución por el derecho dispositivo– es mucho mayor que el de un régimen que faculte a los jueces para moderar el contenido de las cláusulas abusivas⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Apartado 69 de la STJUE 14.6.2012: “(...) si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”.

Antes de la STJUE 14.6.2012, uno de los supuestos más habituales en que los tribunales hacían uso de la facultad moderadora ex artículo 83.2 del RDL 1/2007 era el de nulidad de las cláusulas que imponían un interés moratorio abusivo en contratos de financiación con consumidores. De este modo, por esta vía de la moderación, los tribunales evitaban la aplicación del artículo 1108 CC, ya que un tipo de interés de demora igual al interés legal del dinero podía llegar a ser inferior incluso al tipo de interés remuneratorio⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), *op. cit.*, p. 1889.

CAPÍTULO IV: EL RÉGIMEN DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL *COMMON LAW*

Los ordenamientos de *common law* distinguen tradicionalmente la *liquidated damages clause*, también denominada *damages clause*, de la *penalty clause*. La primera de ellas está permitida, pues consiste en una evaluación anticipada del daño derivado del incumplimiento que exonera al acreedor de la prueba de los perjuicios efectivamente sufridos. Sin embargo, la *penalty clause* siempre es nula, ya que las estipulaciones *in terrorem* del deudor no son válidas porque son consideradas un instrumento de coacción⁴⁸⁷.

Allan FARNSWORTH señala que el objetivo del Derecho no es disuadir al deudor del incumplimiento del contrato forzando una conducta determinada, sino reparar el incumplimiento compensando al acreedor⁴⁸⁸. La cláusula penal propia de los sistemas latinos y germánicos no puede recibir acogida por los sistemas de *common law*, porque en ellos rige el principio de justa compensación (*principle of just compensation*). En este sentido, son ejemplares dos sentencias, una estadounidense y otra inglesa: la primera, *Jaquith v. Hudson*, 5 Mich. 123 (1858), afirma que los tribunales no permitirán que las partes dejen de lado este principio, ya sea por estipulación expresa o por cualquier

⁴⁸⁷ Véase una breve reseña histórica sobre la prohibición de la pena convencional en los sistemas de *common law* en Germán DE CASTRO VÍTORES (2009), *op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁴⁸⁸ E. Allan FARNSWORTH (2004), *op. cit.*, p. 811.

forma del lenguaje⁴⁸⁹; la segunda, *Addis v. Gramophone Co.*, A.C. 488 (1909), insiste en que los daños derivados del incumplimiento tienen naturaleza resarcitoria y no punitiva⁴⁹⁰. En los sistemas de *common law*, la responsabilidad contractual no constituye un efecto del incumplimiento del contrato ni tampoco una sanción, sino que tiene naturaleza de verdadero cumplimiento por ser contenido de la promesa contractual⁴⁹¹.

De todos modos, a pesar de la prohibición de las *penalty clauses* en todos los sistemas de *common law*, hay diferencias notables entre unos y otros en relación con aspectos particulares del régimen de las *liquidated damages clauses*.

A continuación, examino el tratamiento que los derechos estatales de los Estados Unidos de América y el Derecho inglés dan a esta

⁴⁸⁹ “(...) [C]ourts will not permit the parties by express stipulation, or any form of language, however clear the intent, to set it aside”. En el caso, el señor Hudson reclama al señor Jaquith 1.000 \$, la cantidad estipulada para el incumplimiento de un pacto de no concurrencia por el que Jaquith se comprometía no competir contra Hudson en la ciudad de Trenton durante los tres años siguientes a la disolución de la sociedad que tenían en común. El Tribunal Supremo de Michigan encontró que la suma acordada era razonable y estimó la validez de la cláusula, puesto que los daños eran de difícil determinación —de hecho, los daños probados se limitaron a 18,08 \$—.

⁴⁹⁰ “[D]amages for breach of contract [are] in the nature of compensation, not punishment”. En el caso, la compañía cesa anticipadamente a su representante en Calcuta, el señor Addis, incumpliendo el plazo de preaviso pactado de seis meses. La *House of Lords* recalca que bajo ningún concepto la responsabilidad contractual puede tener naturaleza sancionatoria (*punitive damages*), a pesar de que la conducta de la parte incumplidora sea inaceptable.

⁴⁹¹ Al respecto, son elocuentes las palabras del juez Oliver W. HOLMES, Jr. (1897), “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review*, p. 477: “(...) en *common law* la obligación de cumplir un contrato comporta la previsión de que deberás indemnizar [a la otra parte] si lo incumples,- nada más” (“(...) *the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it,- nothing else*”). Sobre las distintas concepciones de la responsabilidad contractual, véase Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), *op. cit.*, pp. 1737-1740.

institución. TREITEL es crítico con ambos sistemas jurídicos y señala que colocan a las partes en la peor de las situaciones posibles, puesto que no gozan ni de la certidumbre de los sistemas de aplicación literal de la cláusula (España) ni de la flexibilidad de aquéllos con aplicación literal sujeta a reducción (Alemania, Austria, Francia, Italia, Portugal y Suiza)⁴⁹². A su vez, la aplicación selectiva por los tribunales de este tipo de cláusulas es controvertida, no sólo por razones de eficiencia económica, sino también por razones de justicia material⁴⁹³.

Con todo, durante las últimas décadas la tendencia en los ordenamientos de *common law* ha sido la de disminuir la hostilidad contra las cláusulas de liquidación de daños, motivo por el cual en la práctica judicial se ha incrementado el reconocimiento de su validez⁴⁹⁴,

⁴⁹² G. H. TREITEL (1988), *op. cit.*, p. 233.

⁴⁹³ Las razones de eficiencia económica han sido expuestas en el capítulo primero, en su apartado 5.3. En cuanto a las razones de justicia material, véanse Phillip R. KAPLAN (1978), “A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages”, 50 *Southern California Law Review*, pp. 1071-1072, para quien estas cláusulas son sometidas a un escrutinio inusual, sin justificación alguna; y James Arthur WEISFIELD (1990), ““Keep the Change!”: A Critique of the No Actual Injury Defense to Liquidated Damages”, 65 *Washington Law Review*, pp. 993-995, según el cual el test de validez puede dejar al acreedor sin cobertura para determinadas contingencias contra las que se ha asegurado, entre otras, la infracompensación del daño. En los Estados Unidos de América, el tratamiento desigual de casos esencialmente idénticos ha llevado a los autores más escépticos a indagar sobre las verdaderas reglas empleadas por los tribunales en los supuestos de daño superior a la suma pactada, Elizabeth WARREN (1983), “Formal and Operative Rules Under Common Law and Code”, 30 *UCLA Law Review*, pp. 898-935, y de ausencia de daño, Ann MORALES OLAZÁBAL (2004), “Formal and Operative Rules in Overliquidation Per Se Cases”, 41 *American Business Law Journal*, pp. 503-558.

⁴⁹⁴ Así, por ejemplo, en *Walter Motor Truck Co. v. State* 292 N.W.2d 321 (S.D. 1980), la sentencia alude a “la tendencia moderna de no mirar con malos ojos las cláusulas de liquidación de daños” (“*the modern tendency not to look with disfavor upon liquidated damage provisions*”). Otros ordenamientos de *common law*, aunque de manera menos acusada, experimentan también esta tendencia. El Tribunal Supremo de Canadá en *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.* (1978) 83 D.L.R. (3d) 1,15 aseveró que “la facultad [del tribunal] para anular una cláusula penal es una interferencia flagrante en la

aunque por inercia histórica sigan sometidas a un estricto control judicial que, en comparación con el resto de pactos alcanzados por los contratantes, pudiera ser excesivo y cuyas especificidades lo apartan de los parámetros habituales en el examen de validez de las estipulaciones de un contrato⁴⁹⁵.

1. Estados Unidos de América

En los derechos estatales de los Estados Unidos de América, frente al alcance de la autonomía de la voluntad del que gozan las partes en la determinación de los derechos y las obligaciones de un contrato, éstas carecen de poder de disposición sobre los remedios ante su eventual incumplimiento⁴⁹⁶.

autonomía de la voluntad y responde al único propósito de combatir la opresión que sufre la parte obligada al pago“ (*“the power to strike down a penalty clause is a blatant interference with freedom of contract and is designed for the sole purpose of providing relief against oppression for the party having to pay the stipulated sum. It has no place where there is no oppression”*). Este pronunciamiento fue repetido por el *Privy Council* en *Philips Hong Kong v. Attorney General of Hong Kong* (1993) 61 Build. L.R. 41 y por el Tribunal Supremo (*High Court*) de Australia en *Esanda Finance Corporation Ltd. v. Plesing* (1989) 166 C.L.R. 131, 140. Sobre esta tendencia en los derechos estatales de los Estados Unidos de América y en Derecho inglés, véase, por todos, Aristides N. HATZIS (2003), *op. cit.*, p. 388.

⁴⁹⁵ Robert A. HILLMAN (2000), *op. cit.*, pp. 727, 733-735 y 737-738, aboga por la intervención judicial de dichas cláusulas ante eventuales deficiencias en la formación del contrato, pero reconoce que el establecimiento de un régimen diferenciado carece de fundamento: *“In short, agreed damages provisions probably should be treated like any other contract term”* (“En breve, los pactos de liquidación anticipada del daño deben ser tratados probablemente como cualquier otro término contractual”, p. 738).

⁴⁹⁶ E. Allan FARNSWORTH (2004), *op. cit.*, p. 811, y CORBIN ON CONTRACTS (2005), edición revisada, vol. 11, LexisNexis, Newark, § 58.5, p. 427.

Si la suma estipulada en la cláusula es significativamente mayor que la cuantía de los daños, la validez de la cláusula es cuestionable, ya que los tribunales valorarán si ésta tiene un efecto coercitivo sobre el deudor, a quien corresponde la carga de la prueba. Cuando los tribunales aprecian que una cláusula tiene dicho efecto, el montante de la cláusula no es susceptible de moderación, sino que la consecuencia es su nulidad, hecho que abre la puerta a la prueba de los daños, imponiendo su carga sobre el acreedor afectado.

Esta solución supone una anomalía en un sistema jurídico en que está profundamente arraigado el principio de autonomía de la voluntad y en que la jurisprudencia es reacia a examinar la conveniencia de los contratos⁴⁹⁷.

1.1. *Penalty doctrine* en EE.UU.

En 1914, el Tribunal Supremo de Connecticut fijó tres requisitos de validez de las *liquidated damages clauses* en *Banta v. Stamford Motor Co.* 92 A. 665, 667 (Conn. 1914), caso relativo a una pena moratoria de 15 \$ por día de retraso en la entrega de una embarcación valorada en 5.500 \$:

⁴⁹⁷ Joseph M. PERILLO (2009), *Calamari and Perillo on Contracts*, 6ª ed., West Group, St. Paul (Minn.), p. 531. En este sentido, véase también el pronunciamiento de Jackson J. en el caso inglés *Alfred McAlpine Capital Projects Ltd. v. Tilebox Ltd.* [2005] E.W.H.C. 281 (TCC): “[la prohibición de las cláusulas penales] *is an anomaly within the law of contract*”.

1. La cantidad estipulada debe ser razonable, es decir, no enormemente desproporcionada en relación con la pérdida o el daño presumible;
2. Sólo se adelantará la valoración de los daños derivados del incumplimiento si es incierta o difícil de probar;
3. La voluntad de las partes debe ser la de liquidar los daños anticipadamente⁴⁹⁸.

La mencionada sentencia sentó los criterios empleados con posterioridad por la jurisprudencia estadounidense a la hora de analizar si la cláusula de liquidación de daños era válida o, por el contrario, merecía ser anulada por constituir en realidad una *penalty clause*.

Sin embargo, la jurisprudencia que siguió a *Banta v. Stamford Motor Co.* flexibilizó el juicio de razonabilidad de la suma pactada al permitir su valoración no sólo en el momento de contratar (*ex ante*), sino también en el momento del incumplimiento (*ex post*).

El único requisito que no resistió el paso del tiempo fue el tercero, ya que los tribunales estadounidenses prescindieron de las manifestaciones de las partes en el contrato, llevando a cabo un

⁴⁹⁸ (1) “[T]he amount stipulated must be a reasonable one, that is to say, not greatly disproportionate to the presumable loss or injury”; (2) “the damages to be anticipated as resulting from the breach must be uncertain in amount or difficult to prove”; (3) “there must have been an intent on the part of the parties to liquidate them in advance”.

análisis de validez puramente objetivo⁴⁹⁹. FARNSWORTH subraya que “la indagación no se dirige al propósito de las partes, sino a averiguar si mantener la estipulación supondría forzar el cumplimiento de un modo deshonesto”⁵⁰⁰. Más contundente es el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Wisconsin en *Wassenaar v. Panos* 331 N.W.2d 357 (Wis. 1983): “(...) el propósito subjetivo [de las partes] apenas tiene relación con la razonabilidad objetiva de la cláusula”⁵⁰¹. Towne Hotel contrató a Donald Wassenaar como director general durante tres años y se obligó al pago de una indemnización por terminación anticipada del contrato equivalente al importe de los salarios que el directivo

⁴⁹⁹ Tal y como explica Charles T. MCCORMICK (1935), *Handbook on the Law of Damages*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), pp. 606-608, los tribunales dejaron de tomar en cuenta la denominación de la cláusula y los términos empleados por los contratantes, que recurrían a la fórmula rituarial “*liquidated damages but not for a penalty*”. Por otro lado, “[d]e modo significativo, ni el § 356 del *Restatement (Second) of Contracts* ni el § 2-718 del *Uniform Commercial Code* mencionan la intención de las partes” (“*Significantly, neither the Restatement (Second) of Contracts § 356 nor Uniform Commercial Code § 2-718 mention the intention of the parties*”), CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.5, p. 419. Véase también Joseph M. PERILLO (2009), *op. cit.*, p. 532. Es más, el comentario oficial (*Comment c*) del artículo 356 del *Restatement (Second)* señala que, en la determinación de la validez del pacto, no es significativo ni el propósito verdadero de las partes ni tampoco la calificación que éstas hagan de la cláusula (“*Neither the parties’ actual intention as to its validity nor their characterization of the term as one for liquidated damages or a penalty is significant in determining whether the term is valid*”). Aquellas jurisdicciones estadounidenses en las que la intención de las partes tiene relevancia han objetivado su análisis y lo realmente determinante es la suma pactada, motivo por el cual este tercer requisito carece de sustantividad propia, siendo en la práctica un elemento artificioso y redundante, CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.5, pp. 420-425.

⁵⁰⁰ E. Allan FARNSWORTH (2004), *op. cit.*, p. 817: “*the inquiry does not go to what the parties intended but rather to whether the effect of upholding the stipulation would be improperly to compel performance*”. La honestidad en la estipulación de la suma nos devuelve al primer y al segundo de los requisitos: razonabilidad y dificultad de prueba del daño. “Cuanto mayor sea su ignorancia [de las partes] y menor su capacidad de previsión, cálculos absurdos serán exigibles con mayor certeza” (“*The greater their ignorance and the less their ability to foresee, the greater the certainty of enforcement of absurd estimates*”), CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.6, p. 432.

⁵⁰¹ “[S]ubjective intent of the parties has little bearing on whether the clause is objectively reasonable”.

hubiera dejado de percibir a consecuencia del despido. En el examen de validez de dicha cláusula, el Tribunal Supremo de Wisconsin cita la voluntad de las partes de liquidar anticipadamente los daños derivados del incumplimiento, pero lo considera un factor irrelevante para determinar si el pacto tiene naturaleza penal.

1.1.1. Razonabilidad *ex post* o *ex ante*

La razonabilidad de la suma acordada puede valorarse *ex ante*, en el momento de contratar (daño esperado), o *ex post*, en el momento del incumplimiento (daño efectivo). La controversia sobre el momento de valoración ha dado lugar a prácticas judiciales divergentes en las distintas jurisdicciones.

El § 339(1) del *First Restatement of Contracts* (1932) no solucionó esta controversia, pues se abstuvo de hacer referencia a uno u otro criterio, por lo que permitía valorar la razonabilidad de la suma tanto *ex ante* como *ex post*:

*“[T]he damage agreement is not enforceable unless it was a reasonable forecast of the harm and the harm is difficult to estimate”*⁵⁰².

Del mismo modo, el *Restatement of Contracts, Second* (1981), en su § 356(1) tampoco se inclina por ninguno de los dos criterios y, de hecho, recoge ambos de manera alternativa:

⁵⁰² “La cláusula de liquidación de daños no es exigible a menos que constituya una previsión razonable del daño y el daño sea difícil de estimar”.

“Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss”⁵⁰³.

El comentario oficial (*Comment b*) reconoce que la aplicación del criterio del daño efectivo y la del daño esperado conducen a resultados distintos, sin que ello suponga un obstáculo. Así, la suma pactada puede resultar desproporcionada de acuerdo con uno de ellos, pero no con el otro y, por tanto, la cláusula sería plenamente válida.

Uno y otro juicio de razonabilidad conducen a resultados distintos. En abstracto, el juicio de razonabilidad retrospectiva (*ex ante*) es superior porque exige la realización de una predicción hipotética sobre las consecuencias del incumplimiento previsibles en el momento de contratar. Sin embargo, ello obliga a situarse en el momento de celebración del contrato y elaborar luego una hipótesis sobre las posibilidades de un futuro que ya ha ocurrido. La complejidad de dicho ejercicio retrospectivo hace que tal juicio sea incierto porque no parte de un valor preestablecido. Si bien el juicio de razonabilidad *ex post* se presta a discrepancias sobre la valoración del daño, el criterio del daño efectivo es más robusto porque el perjuicio objeto de cuantificación no ofrece lugar a dudas⁵⁰⁴.

⁵⁰³ “Las partes pueden acordar la liquidación de los daños por incumplimiento en una cantidad razonable a la luz del daño esperado o efectivo y de su dificultad de prueba”.

⁵⁰⁴ Véase CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.6, pp. 432-433.

Por su parte, el § 2-718(1) del *Uniform Commercial Code* (2004) brinda una solución idéntica, la cual permite a la parte que sufre el incumplimiento obtener una compensación superior al daño efectivo, siempre y cuando ésta fuera razonable *ex ante*⁵⁰⁵.

*“Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty”*⁵⁰⁶.

El *Uniform Commercial Code* reproduce la regla del *Restatement of Contracts, Second*, y admite tanto el umbral del daño esperado (*ex ante*) como el del daño efectivo (*ex post*), postulado que favorece la validez de esta clase de cláusulas⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Así ocurrió en *Equitable Lumber Corporation v. IPA Land Development Corporation*, 344 NE2d 391 (NY 1976), supuesto en el que el contrato contenía una cláusula a favor del vendedor que le permitía recuperar el 30% de la cantidad cobrada en ejecución de sentencia en concepto de costas judiciales. Las costas sólo fueron del 11%, pero el tribunal estimó que el vendedor tenía derecho al importe pactado porque era una cifra razonable en el momento de contratar. En Derecho español no es admisible una cláusula penal que tenga por objeto el pago de las costas, pues el principio de vencimiento objetivo del artículo 394 LEC tiene carácter imperativo, así lo entiende también Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *op. cit.*, p. 254.

⁵⁰⁶ “Las partes pueden acordar la liquidación de los daños por incumplimiento en una cantidad razonable a la luz del daño esperado o efectivo, su dificultad de prueba, y la inconveniencia o imposibilidad de otro remedio. Un pacto que fije una liquidación de daños irrazonablemente excesiva es nulo por constituir una pena”.

⁵⁰⁷ Joseph M. PERILLO (2009), *op. cit.*, pp. 532-533: “Thus, contrary to prior doctrine, there are two moments at which the liquidated damages clause may be judged rather than just one. This change clearly works in favor of more frequent enforceability of agreed damages clauses” (“Por tanto, en contra de la doctrina anterior, en lugar de uno, hay dos momentos en los que la cláusula de liquidación de daños puede ser enjuiciada. Este cambio opera claramente a favor de la aplicación más frecuente de los pactos de liquidación

Respecto al *Restatement*, el *Uniform Commercial Code* añade un parámetro nuevo: la disponibilidad de otros remedios adecuados frente al incumplimiento, pues la dificultad de prueba del daño constaba ya en el *First Restatement of Contracts*. Este factor adicional, aunque incorporado a los ordenamientos estatales, no tiene en la actualidad una aplicación por los tribunales tan sostenida como la de los otros dos⁵⁰⁸. El propio *American Law Institute* ha declarado que los elementos

anticipada del daño”). En *Arrowhead School Dist. No. 75, Park County v. Khyap* 318 Mont. 103 (2003), el tribunal sostiene que la regla del *Restatement* es incoherente y la sustituye por la doctrina de la unconscionability, que presento en el apartado 1.2. de este capítulo, dudando de la conveniencia de un régimen diferenciado para los pactos de liquidación. La aplicación de la doctrina de la unconscionability presume la validez de la cláusula, impone el deber de alegar su invalidez al deudor incumplidor y convierte la controversia en una cuestión de derecho, fuera del ámbito de decisión de los jurados. En este sentido, véase Robert A. HILLMAN (2000), *op. cit.*, nota al pie 128 y p. 738, a favor del abandono de los tests de validez “ad hoc” y un examen de validez de estas cláusulas basado en las doctrinas generales sobre deficiencias en el proceso de formación del contrato (unconscionability y duress); y Larry A. DIMATTEO (2000), “A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages”, 38 *American Business Law Journal*, p. 733.

⁵⁰⁸ Sin embargo, históricamente los tribunales estadounidenses habían conferido especial importancia al factor adicional que ahora recoge el § 2-718(1) UCC. Ian R. MACNEIL (1962), “Power of Contract and Agreed Remedies”, 47 *Cornell Law Quarterly*, p. 528, afirma: “Las decisiones de los tribunales relativas a la eficacia de los pactos sobre remedios [frente al incumplimiento] permiten llevar a cabo las siguientes generalizaciones: cuando el Derecho proporciona remedios adecuados para la protección de los intereses del acreedor mediante la restitución, la indemnización del daño a la confianza, la restitución y la indemnización del daño a la expectativa, los tribunales denegarán los intentos de las partes para recurrir a otras sanciones. Cuando el Derecho no protege de manera adecuada dichos intereses, los tribunales tenderán a permitir que las partes recurran a estas otras sanciones. (...) [L]a autonomía de la voluntad consiste en la facultad de asegurar tales sanciones adecuadas, pero nada más” (“The decisions of the courts concerning the effect of agreed remedy clauses seem to permit the following generalization: Where the law can and does supply remedies adequate to protect the promisee's reliance, restitution, and expectancy interests, the courts will not enforce attempts by the parties to provide for additional sanctions. Where the law is inadequate to protect those interests, the courts tend to permit the parties to provide for additional sanctions. (...) [F]reedom of contract as the power to secure those adequate sanctions, but to secure nothing more”). En consecuencia, bajo este planteamiento, la liquidación anticipada del daño se configura como un remedio subsidiario y no uno general, pues sólo tiene cabida en

que explicita el § 2-718(1) no son requisitos de validez, sino meros factores a tener en cuenta por el tribunal que valore la licitud de la cláusula⁵⁰⁹.

De acuerdo con la formulación tradicional de la *penalty doctrine*, que arranca con *Banta v. Stamford Motor Co.* (1914), la razonabilidad de la previsión debe valorarse *ex ante*, lo que plantea si la previsión debe ser razonable en cualquier escenario de incumplimiento o sólo en el incumplimiento que efectivamente tiene lugar. La primera opción podría comportar la nulidad de aquella cláusula que prevea una importante suma de dinero para cualquier tipo de incumplimiento sin importar su gravedad (*shotgun* o *blunderbuss clause*). Sin embargo, MCCORMICK ha remarcado que ello equivaldría a conceder al deudor una escapatoria legal basada en incumplimientos hipotéticos distintos del cometido⁵¹⁰. Además, FARNSWORTH sostiene que la respuesta debe ser negativa porque así se desprende de la literalidad del *Restatement of Contracts, Second* y del *Uniform Commercial Code* y porque la tesis contraria se opone al incremento experimentado en el reconocimiento de la

los derechos estatales de Estados Unidos de América si los otros remedios no protegen los intereses del acreedor adecuadamente.

⁵⁰⁹ *Motion Concerning Section 2-718(1)*, 11.5.2001. Con anterioridad, William D. HAWKLAND (1994), *Uniform Commercial Code Series*, vol. 2, Clark Boardman Callaghan, Deerfield (Ill.), § 2-718:04, entendió que el examen de validez de cláusula de liquidación del daño consiste en un único test, el test de razonabilidad, que a su vez comprende diversos elementos (en especial, la desproporción de la suma pactada y la dificultad de prueba del daño). Este autor relaciona la disponibilidad de otros remedios adecuados frente al incumplimiento con la dificultad de prueba del daño y opina que la inclusión de este tercer factor es reiterativa, pues nada añade, sin que quepa derivar la introducción de un elemento nuevo en el mencionado test de razonabilidad.

⁵¹⁰ Charles T. MCCORMICK (1935), *op. cit.*, p. 612: “*The defendant should not be given the loophole of escape that, if he had committed a different breach, the sum named would not have been reasonable*”.

validez de las *liquidated damages clauses*⁵¹¹. Con todo, la validez de la cláusula en cuestión quedaría a salvo en aplicación del criterio alternativo del daño efectivo, en virtud del cual la suma pactada debe ser razonable en atención al daño ocasionado por el incumplimiento acontecido, ignorando el resto de posibilidades⁵¹². Ahora bien, en *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985), el juez POSNER estima que una cláusula cuyo importe no varíe según la gravedad del incumplimiento constituye una *penalty*: Carborundum Co. contrató a Lake River Corp. para que empaquetara y distribuyera la materia prima que le suministrase (Carbo Ferro), pero el suministro mínimo debía alcanzar las 22.500 toneladas, en caso contrario Carborundum Co. abonaría la diferencia a Lake River Corp.

Por otro lado, EISENBERG ha criticado el juicio de razonabilidad *ex ante*, con fundamento en la imposibilidad de las partes de prever todos los escenarios de incumplimiento en el momento de celebración del contrato⁵¹³. Afirmación cierta aunque pierda su fuerza frente a la

⁵¹¹ E. Allan FARNSWORTH (2004), *op. cit.*, p. 816. El argumento de la literalidad también es empleado por Dan B. DOBBS (1993), *Law of Remedies*, 2ª ed., vol. 3, Practitioner Treatise Series, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), p. 252, para quien la redacción del *Restatement* y el UCC no dejan lugar a dudas: “Tales interpretaciones serían incoherentes con el test de razonabilidad avanzado por el *Restatement* y el UCC, que parece tener más en cuenta la razonabilidad de la suma pactada en relación con el incumplimiento efectivamente ocurrido que la razonabilidad en abstracto en relación con todos los incumplimientos posibles (...)” (“*Such approaches would seem inconsistent with tests of reasonableness advanced by the Restatement and UCC, which seems more concerned with reasonableness of the liquidated sum in comparison to the breach that actually occurred rather than the abstract reasonableness in comparison to all breaches that might occur (...)*”).

⁵¹² Véase “Comments, Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code” (1977), 45 *Fordham Law Review*, p. 1358.

⁵¹³ Melvin A. EISENBERG (1995), *op. cit.*, pp. 227-230, autor que ilustra su opinión con un caso inglés, *Kemble v. Farren*, 6 Bing. 141, 19 Eng. Rep. 71 (C.P. 1829), y el caso estadounidense *Lake River Corp. v. Carborundum Co.* (1985). En el primer caso, el

práctica contractual más frecuente en el tráfico: la liquidación anticipada del daño derivado de incumplimientos concretos, sin prejuzgar la capacidad de los contratantes para valorar *ex ante* dicho perjuicio. Asimismo, EISENBERG señala que, aun incluso admitiendo la posibilidad de las partes de anticipar todos los escenarios de incumplimiento en el momento de contratar, los costes de búsqueda y procesamiento de la información hacen que la liquidación anticipada del daño sea una solución contractual ineficiente de la cual las partes deben prescindir⁵¹⁴.

Ahora bien, la mayor discrepancia entre los tribunales tiene lugar en torno a la exigibilidad de la suma pactada en el caso de que el daño efectivo sea inexistente⁵¹⁵:

pacto de liquidación fijaba, con independencia de la parte que lo cometiera, una misma suma (1.000 £) para cualquier incumplimiento (véase un resumen de los hechos en el apartado 2.1. de este capítulo), razón por la cual EISENBERG deduce que los contratantes no anticiparon los escenarios de incumplimiento posibles. El segundo caso, *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, cuyos hechos ya han sido expuestos, también cuestiona la capacidad de valoración anticipada de los contratantes, pues, con arreglo a la cláusula pactada, el incumplimiento del contrato proporcionaba al acreedor un beneficio neto sustancialmente mayor que su ejecución.

⁵¹⁴ Melvin A. EISENBERG (2001), “The Theory of Contracts”, en Peter BENSON (ed.), *The Theory of Contract Law. New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 253-254.

⁵¹⁵ En respuesta a la disparidad de pronunciamientos judiciales, Ann MORALES OLAZÁBAL (2004), *op. cit.*, p. 558, propone el recurso a un juicio de equidad a fin de determinar si la suma pactada es o no exigible cuando el daño es inexistente, solución que según la autora conciliaría los principios de autonomía de la voluntad y de justa compensación. Con anterioridad, James Arthur WEISFIELD (1990), *op. cit.*, pp. 992-993, puso de manifiesto la arbitrariedad en el fallo cuando el deudor invoca la excepción de ausencia de daño efectivo.

1. En un primer grupo de casos, los tribunales sostienen su exigibilidad a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la parte que incumple el contrato.

Así, en *United States v. Bethlehem Steel Co.* 205 U.S. 105 (1907), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América declara válida la cláusula que impone a una acerería el pago al gobierno federal de 35 \$ por día de retraso en la entrega de cada unidad de carros de combate. Aunque la guerra de 1898 contra España ya había finalizado, el sobreprecio que el gobierno estadounidense acordó por la pronta entrega debía disminuir en función del retraso, ya que si no la acerería se enriquecía de manera injustificada.

Del mismo modo, en *Berger v. Shanahan* 142 Conn. 726 (1955), el Tribunal Supremo de Connecticut estima la validez de la cláusula en virtud de la cual un representante de comercio debe retornar a su empleador los 100 \$ semanales que éste le abonó durante 26 semanas en concepto de dietas por haber causado baja voluntaria sin que hubiera transcurrido un año desde la celebración del contrato.

Igualmente, en *Gaines v. Jones* 486 F.2d 39 (8th Cir.1973), la Corte de Apelación Federal resuelve que el Sr. Gaines debe recibir de su empresario 75.000 \$ por haber sido despedido dentro del primer año de duración del contrato, sin estimar desproporcionada esta cantidad según el criterio del daño esperado, pues en el momento de celebración del contrato la

obtención de dichas ganancias por el trabajador era probable, a pesar de que el curso de los acontecimientos fuera finalmente adverso.

2. En un segundo grupo de casos, los tribunales argumentan que este supuesto es una excepción a la regla general y, por ello, la suma pactada no es exigible. Excepción que encontraría apoyo en la ejecución de los contratos de acuerdo con la buena fe, § 205 del *Restatement of Contracts, Second* y el *Uniform Commercial Code* (§ 1-304)⁵¹⁶.

Por ejemplo, en *Norwalk Door Closer Co. v. Eagle Lock & Screw Co.* 220 A.2d 263 (Conn. 1966), el Tribunal Supremo de Connecticut absolvió, con base en la ausencia de daños y no en la nulidad de la cláusula, a la compañía fabricante que había terminado anticipadamente el contrato en virtud del cual se obligaba a la producción de cierrapuertas durante siete años para la sociedad titular de la patente. De hecho, la compañía demandada (*Eagle Lock & Screw Co.*) había sido adquirida por una tercera sociedad que constituyó una filial a la que la sociedad demandante (*Norwalk Door Closer Co.*) encargó la

⁵¹⁶ CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.11, p. 459. Así, el § 205 del *Restatement of Contracts, Second* establece que “[e]very contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement” (“Todo contrato impone a cada parte un deber de buena fe y trato justo en su cumplimiento y ejecución”). Y, por otro lado, el § 1-304 del *Uniform Commercial Code* dispone que “[e]very contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement” (“Cualquier contrato o deber en el marco del *Uniform Commercial Code* impone una obligación de buena fe en su cumplimiento y ejecución”).

producción de cierrapuertas bajo unas condiciones mucho más favorables que las que figuraban en el contrato anterior.

3. En un tercer grupo, los tribunales distinguen entre aquellas situaciones en las que no ha habido daño alguno y aquéllas en las que ha habido un daño de una entidad menor. Ello provoca una discontinuidad acusada entre una y otra situación, porque un daño ínfimo haría que la cuantía estipulada en la cláusula fuera exigible, mientras que la ausencia de daño impediría a la parte que soporta el incumplimiento reclamar la suma pactada. En *Wassenaar v. Panos* (1983), cuyos hechos ya han sido expuestos (véase apartado 1.1 de este capítulo), el Tribunal Supremo de Wisconsin puntualiza que la suma pactada es exigible porque, si bien el perjuicio sufrido es de poca entidad, no se trata de un caso en el que el daño sea inexistente.

El comentario oficial del *Restatement* es ambiguo en este extremo, ya que aboga por la nulidad de la cláusula si el daño es inexistente y la suma pactada cuantiosa, planteamiento que no es óbice para defender la validez de la cláusula en un supuesto en el que no haya daño pero la suma no sea demasiado elevada⁵¹⁷.

⁵¹⁷ El *Comment b* al 356(1) del *Restatement of Contracts, Second*, expresa: “Si, en un caso extremo, no hay dudas de que no habido daño alguno, una estipulación que fije una suma sustancial como indemnización es nula” (“If, to take an extreme case, it is clear that no loss at all has occurred, a provision fixing a substantial sum as damages is unenforceable”).

Asimismo, CALAMARI y PERILLO objetan que el concepto de daño efectivo (*actual loss* o *actual harm*) es confuso⁵¹⁸, pues se preguntan si incluye aquellos daños que el acreedor pudo haber mitigado y también aquéllos imprevisibles, es decir, si el daño efectivo debe calcularse de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad contractual o, por el contrario, el tribunal debe prescindir de las mismas. Los propios autores creen que no hay una respuesta definitiva a estas preguntas⁵¹⁹.

De hecho, la jurisprudencia sobre el concepto de daño efectivo era discordante en los diferentes estados. Así, por ejemplo, en *Equitable Lumber Corporation v. IPA Land Development Corporation* (1976)⁵²⁰, la Corte de Apelación de Nueva York⁵²¹ identificaba el término “daño efectivo” con el que ha ocurrido en lugar de con aquél legalmente indemnizable de conformidad con el régimen ordinario de responsabilidad contractual; mientras que el Tribunal Supremo de Wisconsin, en *Wassenaar v. Panos* (1983), entendió que el daño efectivo comprende tan solo aquellos daños que el acreedor no pudo mitigar,

⁵¹⁸ Joseph M. PERILLO (2009), *op. cit.*, p. 533. En este mismo sentido, “Comments, Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code” (1977), 45 *Fordham Law Review*, p. 1357: “[U]na determinación precisa de lo que los redactores del Código [UCC] quisieron decir con el término “daño efectivo” es poco clara” (“[A] precise determination of what the Code drafters meant by the term “actual harm” is unclear”).

⁵¹⁹ Para un análisis pormenorizado de la regla de previsibilidad del daño en Derecho español (artículo 1107 CC), véase Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *op. cit.*, *in toto*. También en Derecho español, sobre el deber de mitigar el daño, véase Ana SOLER PRESAS (1995), “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1ª de 15 de noviembre de 1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2, pp. 951–969, teniendo en cuenta que el único precepto legal que expresamente lo impone es el artículo 17 de la Ley del Contrato de Seguro: “El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro (...)”.

⁵²⁰ Véase un resumen de los hechos en la nota al pie 505.

⁵²¹ La Corte de Apelación es la última instancia en el Estado de Nueva York.

con independencia de su carácter no indemnizable en el caso de que las partes no hubieran estipulado una *liquidated damages clause*. Finalmente, la solución mayoritaria ha sido la de eximir al acreedor perjudicado del deber de mitigación del daño, según recoge la reciente sentencia *NPS v. Minihane* 451 Mas. 417 (2008)⁵²², en que el Tribunal Supremo de Massachusetts sigue el razonamiento utilizado en otras jurisdicciones, según el cual el pacto de liquidación anticipada del daño libera al acreedor del deber de mitigar el daño, puesto que la cuantía de su indemnización se haya predeterminada⁵²³.

Lógicamente, además de los daños que el acreedor pudo haber mitigado, también forman parte del concepto de daño efectivo aquellos daños imprevisibles. De otro modo, si el daño efectivo sólo abarcara los daños previsibles que se han materializado tras el incumplimiento, la diferencia entre el daño efectivo y el daño esperado se limitaría a la extensión del menoscabo.

A mi juicio, el daño efectivo debiera comprender los daños imprevisibles, pero no aquellos daños que el acreedor pudo evitar⁵²⁴.

⁵²² En *NPS v. Minihane*, la sociedad promotora del estadio del equipo de fútbol de los Patriots (*NPS*) arrendó dos localidades de tribuna al señor Minihane durante diez años, con quien pactó el vencimiento anticipado de las rentas pendientes en caso de impago.

⁵²³ Tal y como señala Dan B. DOBBS (1993), *op. cit.*, p. 248, una de las finalidades del pactos de liquidación anticipada del daño es escapar del régimen ordinario de responsabilidad contractual y permitir así el resarcimiento de determinados daños que, de con acuerdo con las reglas generales, no serían indemnizables.

⁵²⁴ Dicho concepto de “daño efectivo” coincide con la postura de Gregory Scott CRESPI (2005), “Measuring “Actual Harm” for the Purpose of Determining the Enforceability of Liquidated Damages Clauses”, 41 *Houston Law Review*, pp. 1590-1593 y 1605-1606, trabajo anterior a *NPS v. Minihane* (2008). Y, con acierto, CRESPI sostiene que con arreglo al criterio del daño efectivo, la inclusión de los daños imprevisibles no debe significar la inclusión de los daños inciertos, aquéllos cuya

La predeterminación de la cuantía indemnizatoria no libera al acreedor del deber de mitigación, puesto que el daño efectivo es el término de la comparación que permite establecer la razonabilidad de la suma pactada, sin que su magnitud en sí misma llegue a afectar al importe de la indemnización. El concepto de daño efectivo ha de respetar el deber de mitigación del daño a fin de ser coherente con la *penalty doctrine* estadounidense, pues su eliminación haría depender la validez del pacto de liquidación de la conducta del acreedor, quien siempre podría entonces engrosar el daño efectivo para que los tribunales estimen la validez de la suma estipulada.

El aspecto sobre el que hay un posicionamiento casi unánime en la interpretación que los tribunales hacen de los derechos estatales es que la carga de la prueba de la desproporción de la suma pactada corresponde al deudor, ya sea con arreglo al daño esperado o con arreglo al daño efectivo⁵²⁵. DOBBS critica que el *onus probandi* recaiga sobre el deudor, porque ello preserva siempre y en todo caso el efecto

producción en realidad se ignora. Este autor critica la inclusión de los daños inciertos y alerta sobre casos en los que los tribunales aplicaron el criterio del daño efectivo incluyéndolos.

⁵²⁵ Joseph M. PERILLO (2009), *op. cit.*, p. 534. Véase al respecto el pronunciamiento de la Corte de Apelación de Nueva York en el caso *JMD Holding Corp. V. Congress Financial Corporation* 4 N.Y.3d 373 (2005): la sociedad demandante reclama a la entidad financiera la comisión de 600.000 \$ que ésta le había cargado en concepto de comisión por cancelación anticipada de su póliza de crédito de 40 millones \$, pero la sociedad no acredita la desproporción del importe mencionado. No obstante, hay una minoría de derechos estatales que imponen la carga de la prueba al acreedor con base en la presunción de invalidez de los pactos de liquidación. La controversia entre los litigantes puede versar entonces sobre el derecho aplicable, véase *American Multi-Cinema, Inc. v. Southroads, L.L.C.* 115 F. Supp. 2d 1257 (D. Kan. 2000), pues la aplicación del derecho de Oklahoma trasladaría la carga de la prueba al demandante, CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.10, p. 449, nota al pie 2.

principal del pacto de liquidación: eximir al acreedor de la prueba del daño, incluso cuando la cláusula resulta ser inválida⁵²⁶.

1.1.2. Dificultad de prueba del daño

La dificultad de prueba del daño es el segundo factor analizado por los tribunales en el examen de validez de la cláusula. Tal dificultad de prueba ha de apreciarse en el momento de contratar, ya que su existencia justifica el pacto de liquidación de daños. El grado de dificultad de prueba es un aspecto más a tomar en consideración en el juicio de razonabilidad de la cláusula. De nuevo, el Tribunal Supremo de Wisconsin en *Wassenaar v. Panos* (1983) utiliza una expresión esclarecedora sobre el peso de la dificultad de prueba: “[c]uanto mayor sea la dificultad de estimar o probar el daño, mayor es la probabilidad de que la cláusula sea razonable”⁵²⁷.

De este modo, un daño fácilmente liquidable estrecha la horquilla de la cantidad exigible bajo una *liquidated damages clause*. Y viceversa, un daño difícil de valorar blindará la autonomía de voluntad de las partes⁵²⁸. Sin

⁵²⁶ Dan B. DOBBS (1993), *op. cit.*, p. 248, nota al pie 42, autor que cita la ya mencionada sentencia *Wassenaar v. Panos*, en la cual el tribunal señala precisamente que la imposición de la carga de la prueba al deudor tiene este fundamento: “Imponer la carga de la prueba al demandante es coherente con otorgar a la parte que no ha incumplido la ventaja inherente a las cláusulas de liquidación del daño, eliminando la necesidad de probar el daño” (“*Placing the burden of proof on the challenger is consistent with giving the non-breaching party the advantage inherent in stipulated damages clauses of eliminating the need to prove damages*”).

⁵²⁷ “[t]he greater the difficulty of estimating or proving damages, the more likely the stipulated damages will appear reasonable”.

⁵²⁸ El *Comment b* al § 356(1) del *Restatement of Contracts, Second*, precisa: “Si la dificultad de prueba del daño es grande, se permite una latitud considerable en la aproximación del daño esperado o efectivo. Si, por otro lado, la dificultad de prueba es pequeña, la

embargo, la facilidad de prueba del daño no debería invalidar el pacto de liquidación⁵²⁹, a pesar de que en ocasiones la práctica judicial haya tratado la dificultad de prueba del daño como un requisito de validez independiente.

Por ejemplo, en *Walter Implement, Inc. v. Focht* 107 Wash.2d 553 (1987), la compañía demandante arrendó maquinaria agrícola a un agricultor durante cinco años y éste incumplió el contrato al no abonar la renta debida el segundo año, razón por la cual la arrendadora le exigía la cuantía estipulada como *liquidated damages*. El Tribunal Supremo de Washington absolvió al demandado porque los daños, fácilmente calculables, evidenciaban que la suma pactada era desproporcionada. No obstante, la facilidad de prueba del daño *per se* no fue motivo para declarar la nulidad de la cláusula.

Por el contrario, en *Bruce Builders, Inc. v. Goodwin* 317 So.2d 868 (Fla.App.1975), la Corte de Apelación de Florida declara la validez del pacto de liquidación porque los daños no podían determinarse en el momento de celebración de contrato. El comprador de ocho fincas rústicas, por un precio total de 173.800 \$, había entregado al vendedor 7.200 \$ en concepto de arras penales, sin ser posible determinar cuáles

latitud permitida en la aproximación es menor” (“*If the difficulty of proof of loss is great, considerable latitude is allowed in the approximation of anticipated or actual harm. If, on the other hand, the difficulty of proof of loss is slight, less latitude is allowed in that approximation*”).

⁵²⁹ Entre otros, Dan B. DOBBS (1993), *op. cit.*, p. 251, sostiene que ésta es la interpretación correcta del *Restatement*. Asimismo, William D. HAWKLAND (1994), *op.cit.*, § 2-718:03, entiende que al amparo del UCC la dificultad de prueba del daño en el momento de celebración del contrato no es un requisito de validez de la cláusula, pues, a diferencia de la regla en otras jurisdicciones de *common law*, si la suma pactada es razonable, el pacto de liquidación es válido, aunque el daño sea fácilmente calculable. Postura que concuerda con la interpretación que hace el *American Law Institute* en *Motion Concerning Section 2-718(1)*, 11.5.2001.

serían los daños derivados del incumplimiento por parte del comprador, que finalmente fueron inferiores a 5.000 \$, pues el precio de venta a otros compradores sólo fue ligeramente inferior.

Ahora bien, frente a la incertidumbre de los procesos judiciales en el reconocimiento y valoración del daño, los tribunales admiten de forma unánime que la dificultad de prueba del daño comporta que los pactos de liquidación anticipada ahorren costes de transacción a ambas partes y, por tanto, no conculquen el principio de justa compensación⁵³⁰.

En la jurisprudencia, la “dificultad de prueba del daño” ha tomado distintos significados⁵³¹:

1. Dificultad de acreditación de los daños con posterioridad al incumplimiento;
2. Dificultad de identificación de los daños derivados del incumplimiento;
3. Dificultad de averiguación de los daños considerados por las partes en el momento de celebración del contrato;

⁵³⁰ Véase *In re AE Hotel Venture 2005 Bankr.* LEXIS 166 (N.D. Ill. Feb. 16, 2005), cuyo fallo reconoce la validez de la penalización por amortización anticipada de un préstamo (18% del capital pendiente) con fundamento en el principio de justa compensación porque es una previsión razonable y guarda relación con el perjuicio sufrido.

⁵³¹ Tipología establecida por Ian R. MACNEIL (1962), “Power of Contract and Agreed Remedies”, *op. cit.*, p. 502.

4. Ausencia de pautas de valoración de los daños ocasionados por un incumplimiento concreto;

5. Dificultad de previsión de todos los posibles daños que cualquier incumplimiento es susceptible de provocar.

Si el grado de dificultad de prueba del daño es elevado, el tribunal no dejará que el jurado determine el monto. En cambio, el jurado valorará el daño con las debidas instrucciones si su determinación no es excesivamente compleja, pues la dificultad puede residir en la realización de cálculos matemáticos y la utilización de precios de mercado u otros estándares, siendo este grado de dificultad suficiente a efectos de la validez del pacto de liquidación⁵³². En *City of Davenport v. Shewry Corp.* 674 N.W.2d 79 (Iowa 2004), caso en que un municipio financia la construcción de una fábrica metalúrgica con la finalidad de aumentar la recaudación de impuestos y la sociedad financiada se obliga a la creación de un número determinado de puestos de trabajo, pactando que el incumplimiento de dicho objetivo conllevaría el vencimiento anticipado del crédito (150.000 \$), el Tribunal Supremo de Iowa estimó la validez del pacto de liquidación por la dificultad de determinar el importe que el municipio había dejado de recaudar a resultas del incumplimiento.

Por último, la formulación histórica de este segundo factor aludía también a la incertidumbre en la valoración del daño, de acuerdo con el caso arquetípico *Banta v. Stamford Motor Co.* (1914). Sin embargo, este

⁵³² CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.7, pp. 441-444.

aspecto perdió importancia progresivamente hasta desaparecer, de manera que el *First Restatement of Contracts* (1932) hace referencia tan solo a la dificultad de estimar el daño y el *Restatement of Contracts, Second* (1981) y el *Uniform Commercial Code* se limitan a mencionar la dificultad de prueba del daño, cambio sustantivo respecto al régimen anterior, menos favorable a la validez de estas estipulaciones⁵³³.

Más aún, la redacción del § 2-718 propuesta por el Borrador del *Revised Uniform Commercial Code* (2000) —que resultó infructuosa— parecía evidenciar la debilitación de este factor, así como el de la disponibilidad de otros remedios adecuados frente al incumplimiento, pues pretendía restringir la aplicación de ambos a los contratos con consumidores:

*“Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach and, in a consumer contract, in addition the difficulties of proof of loss and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy”*⁵³⁴.

1.2. Vinculación del acreedor al pacto de liquidación cuando el daño es superior a la suma pactada

⁵³³ *Idem*, § 58.7, p. 440.

⁵³⁴ § 2-718 (a) del *Revised Uniform Commercial Code, Discussion Draft*, abril 2000: “Las partes pueden acordar la liquidación de los daños por incumplimiento en una cantidad razonable a la luz del daño esperado o efectivo y además, en contratos con consumidores, de la dificultad de prueba del daño y la inconveniencia o imposibilidad de otro remedio”.

Si el daño sufrido es superior a la suma pactada, la parte perjudicada no puede reclamar una cantidad mayor, pues la cláusula limita la responsabilidad del deudor⁵³⁵.

En consecuencia, serán nulas aquellas cláusulas que permitan recuperar la totalidad del perjuicio mediante el ejercicio de una acción de daños; ya sea por el importe no cubierto por la cláusula, supuesto en que el acreedor acumularía uno y otro remedio, o por el importe íntegro, supuesto en que el acreedor podría escoger entre uno y otro.

De hecho, aceptar la validez de tales cláusulas supondría admitir que una *liquidated damages clause* no tiene porqué consistir en una previsión razonable del daño⁵³⁶.

El pronunciamiento judicial en *MCA Television Ltd. v. Public Interest Corporation* 171 F.3d 1265 (11th Cir.1999), caso relativo a la infracción de derechos de autor en el marco de una licencia de explotación de varios programas de televisión, es claro: el acreedor perjudicado no puede acumular más de un remedio para resarcir los daños derivados de un mismo incumplimiento. También en relación con la reclamación del daño excedente, en *Jarro Building Indus. Corp. v. Schwartz* 54 Misc.2d 13 (Sup.Ct.1967), el tribunal había anulado una cláusula en virtud de la cual la parte perjudicada podía reclamar una compensación del 25%

⁵³⁵ CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.9, p. 446. En este sentido, *Wechsler v. Hunt Health Systems, Inc.* 330 F. Supp. 2d 383 (S.D.N.Y. 2004); y *Blue Mountain Mushroom Co., Inc. v. Monterey Mushroom, Inc.* 246 F. Supp. 2d 394 (E.D.Pa. 2002).

⁵³⁶ Joseph M. PERILLO (2009), *op. cit.*, p. 534.

del precio y, adicionalmente, demandar a la otra parte para reclamar el exceso.

En *Catholic Charities v. Thorpe* 318 Ill.App.3d 304 (2000), el contrato de compraventa de un inmueble concede al vendedor la facultad de elección entre la cantidad entregada como anticipo del precio o reclamar al comprador la indemnización por daños y perjuicios. Según afirma el tribunal, dicha facultad de elección tiene naturaleza penal. Igualmente, en *Dalston Constr. Corp. v. Wallace* 26 Misc. 2d 698 (Dist. Ct. 1960), el tribunal declaró la nulidad de una cláusula que permitía recuperar el 20% del precio o solicitar al deudor la totalidad del daño.

1.3. Pactos de liquidación anticipada del daño con cuantías irrisorias: la entrada de la doctrina de la *unconscionability*

Una cláusula que prevea una cuantía irrisoria puede ser nula por estar viciado el consentimiento de la parte perjudicada (*unconscionable*)⁵³⁷. El

⁵³⁷ El *Comment a* al § 356(1) del *Restatement of Contracts, Second*, especifica: "Una estipulación que fije una cantidad irrazonablemente pequeña como indemnización puede ser nula por vicio del consentimiento" ("*A term that fixes an unreasonably small amount as damages may be unenforceable as unconscionable*"). Asimismo, en el *Comment 1* al § 2-718(1) UCC, solución que apunta el comentario oficial pero que el texto comentado todavía no incluye, véase CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.7, nota al pie 28, p. 438. Para Charles T. MCCORMICK (1935), *op. cit.*, p. 608, autor anterior en el tiempo, la nulidad de las cláusulas que contienen cuantías irrisorias reside igualmente en la desproporción entre la suma pactada y el daño esperado en el momento de celebración del contrato, aunque dicho pacto pudiera ser válido si el propósito de ambos contratantes era la limitación de la responsabilidad (véase al respecto el caso inglés *Cellulose Acetate Silk Co. Ltd. v. Widnes Foundry (1925) Ltd.* [1933] A.C. 20, analizado en el apartado 2.2. de este capítulo). Más allá de la previsión en la cláusula de una cuantía irrisoria, sobre la aplicación de la doctrina de

Restatement of Contracts, Second (§ 208), y el *Uniform Commercial Code* (§ 2-302) establecen la nulidad de aquellas estipulaciones que el tribunal califique como *unconscionable*, pero, más allá de establecer la consecuencia de esta calificación, no contienen definición alguna de esta categoría legal.

La Corte de Apelación Federal del Distrito de Columbia en *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)⁵³⁸ elaboró una definición que ha hecho fortuna: “ausencia de elección significativa por una de las partes junto con términos del contrato irrazonablemente favorables para la otra parte”. Así, para que un tribunal califique de *unconscionable* alguno de los pactos alcanzados por los contratantes, el pacto en cuestión debería reunir dos elementos:

1. El primer elemento, “ausencia de elección significativa”, se considera de tipo procedimental (*procedural unconscionability*) porque comprende la falta de entendimiento y la desigualdad entre el poder de negociación de las partes.

la *unconscionability* a pactos de liquidación anticipada, véase la nota al pie 507, señaladamente Robert A. HILLMAN (2000), *op. cit.*, nota al pie 128 y p. 738.

⁵³⁸ “*Unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party*”. En el caso citado, la compañía vendedora celebró con diversos consumidores mediante condiciones generales sendos contratos de compraventa de mobiliario a plazos con pacto de reserva de dominio e incluyó en los mismos una cláusula en virtud de la cual el impago de una sola de las mensualidades autorizaba a la sociedad a recuperar los bienes vendidos. La Corte de Apelación Federal falló que declarar la nulidad del contrato era conforme a Derecho, pero devolvió el asunto al tribunal de instancia para que determinase si el contrato debía ser calificado de *unconscionable*.

2. El segundo elemento, “términos del contrato irrazonablemente favorables para la otra parte”, es de tipo sustantivo (*substantive unconscionability*) y hace referencia a la injusticia material.

Generalmente, la sola presencia de *procedural unconscionability* no conlleva la nulidad de la estipulación, a pesar de que la concurrencia en solitario de *substantive unconscionability* sí podría fundamentar una declaración de nulidad, pues una negociación justa no legitima un pacto excesivamente gravoso en detrimento de uno de los contratantes y en beneficio del otro. Sin embargo, la práctica judicial más extendida consiste en la ponderación de ambos factores, de modo que “[e]l análisis de forma y de contenido es una escala móvil, más que una verdadera dicotomía. Cuanto más severa sea la cláusula, se requieren menos maquinaciones en la negociación para que presente *unconscionability*”⁵³⁹.

La doctrina de la *unconscionability* se aplica en las jurisdicciones estadounidenses a cualquier contrato, no sólo a aquellos contratos

⁵³⁹ Pronunciamiento del Tribunal Federal de Washington en *Tacoma Boatbuilding Co. Inc. v. Delta Fishing Co., Inc.* 28 U.C.C. Rep. Serv. 26 (W.D. Wash. 1980), que declaró válida la cláusula de limitación de la responsabilidad inserta en un contrato de compraventa de naves por ajustarse a los usos mercantiles (“[t]he substantive/procedure analysis is more of a sliding scale than a trae dichotomy. The harsher the clause, the less 'bargaining naughtiness' that is required to show unconscionability”). Sobre la relación entre *procedural* y *substantive unconscionability*, véase James J. WHITE y Robert S. SUMMERS (2002), *Uniform Commercial Code*, vol. 1, 5ª ed., Thomson-West, St. Paul (Minn.), pp. 315-317, autores que citan casos en los que la concurrencia de manera muy significativa de tan solo el segundo de los elementos fue suficiente para que el tribunal declarara la nulidad del contrato: la compra a un vendedor ambulante de un frigorífico por más del triple del precio de mercado [*Toker v. Westerman* 113 N.J.Super. 452 (N.J.Dist.Cit.1970)] y un préstamo con garantía mobiliaria de 99.000 \$ a un tipo de interés del 200% para sufragar los gastos médicos de los padres del prestatario [*Carboni v. Arrosipide* 2 Cal.App.4th 76 (Cal.App. 1 Dist.1991)].

celebrados por consumidores. En Derecho español, la figura más similar, aunque restringida a los contratos de adhesión en que participan consumidores o usuarios, es la cláusula abusiva, que el artículo 82.1 del RDL 1/2007 define como:

[T]odas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las parte que se deriven del contrato.

Con arreglo al ordenamiento español, la cláusula abusiva también recibe sanción de nulidad, pero no constituye un vicio del consentimiento de los enumerados en el artículo 1265 del Código Civil (error, violencia, intimidación y dolo), ya que se trata de una categoría que introdujo posteriormente la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, ley española que transpuso la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

1.4. Relación de la cláusula de liquidación anticipada del daño con otros remedios

1.4.1. Compatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y el cumplimiento forzoso

En Derecho español el recurso a otro remedio contra el incumplimiento que cubra el mismo supuesto de hecho previsto en la cláusula penal es incompatible con la reclamación de la pena, con la sola excepción de la pena cumulativa (véase apartado 3.2. del capítulo segundo), sin perjuicio del derecho de opción del que goza el acreedor, quien tras el incumplimiento podrá optar entre exigir el cumplimiento de la obligación o la pena, teniendo siempre a su alcance la posibilidad de reclamar la pena si el deudor no ejecuta la prestación principal.

Por el contrario, en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, el cumplimiento forzoso o en forma específica no es un remedio general contra el incumplimiento, pues los tribunales sólo lo acordarán si la indemnización de daños y perjuicios no protege adecuadamente el interés del acreedor, típicamente en los contratos de compraventa de inmuebles y de bienes muebles sin sustitutivos en el mercado (obras de arte u objetos de valor histórico), aunque también, por ejemplo, en caso de pactos de no concurrencia⁵⁴⁰. En el resto de casos, la indemnización de daños y perjuicios es el remedio prioritario⁵⁴¹. En consecuencia, a diferencia del Derecho español de

⁵⁴⁰ Con base en la dificultad de prueba del daño, en los derechos estatales de los Estados Unidos de América los pactos de no concurrencia son especialmente idóneos para que las partes liquiden el daño derivado de su incumplimiento, CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.20, pp. 514-517. Ahora bien, la suma acordada debe variar de manera proporcionada según la duración del incumplimiento: en *Wirth & Hamid Fair Booking v. Wirth* 265 N.Y. 214 (1934), el tribunal aprecia que tal variación no es la adecuada —pérdida por el comisionista de su retribución pendiente en el momento del incumplimiento— y somete la valoración del daño ocasionado por el incumplimiento efectivo a un experto, aunque reconoce que en otro contrato de comisión con un pacto de no concurrencia el cumplimiento en forma específica hubiera sido compatible con la cláusula penal.

⁵⁴¹ Sobre el cumplimiento forzoso en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, véase Dan B. DOBBS (1993), *op. cit.*, pp. 189-201.

contratos y con independencia del efecto de una cláusula de liquidación anticipada del daño, la acción de cumplimiento forzoso es un remedio del que el acreedor generalmente no dispone.

Ahora bien, los tribunales discuten la validez de las llamadas *nonexclusive clauses*, aquéllas que otorgan al acreedor la posibilidad de optar entre la suma pactada u otro remedio. Si el contrato concede al acreedor la facultad de optar entre la suma pactada o el cumplimiento forzoso, el cumplimiento en forma específica habrá de ser estimado por el tribunal que conozca del caso de acuerdo con el régimen general de este remedio. Por tanto, el cumplimiento en forma específica deberá estar realmente al alcance del contratante perjudicado, pues el acuerdo de las partes no altera la disponibilidad de este remedio, que puede ser igualmente otorgado por el tribunal sin necesidad de pacto expreso⁵⁴². El único obstáculo a la obtención del cumplimiento *in natura* sería una estipulación que permita deducir la renuncia al mismo, quedando el deudor liberado mediante el abono de la suma pactada, el equivalente a la multa penitencial de nuestro Derecho⁵⁴³.

Así, en *Brian McDonagh S.C. v. Moss* 151 Ill.Dec. 888 (1990), una médica vulnera el pacto de no competencia postcontractual suscrito con las dos clínicas demandantes, la Corte de Apelación de Illinois resalta que una cláusula de liquidación anticipada del daño no excluye

⁵⁴² CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.19, pp. 511 y 513, aclara además que los tribunales pueden condenar al deudor a la ejecución de la prestación y al pago de una indemnización por el tiempo de incumplimiento transcurrido, como ocurrió en *Wirth & Hamid Fair Booking v. Wirth* (1934), véase nota al pie 540. Cuando los tribunales conocen la acción de cumplimiento específico resuelven en equidad, siendo mayor su grado de discrecionalidad y sin someter la cuestión al jurado.

⁵⁴³ *Idem*, § 58.19, pp. 511 y 513-514.

por sí misma y con independencia de su contenido la obtención del cumplimiento *in natura*, afirmando la disponibilidad de ambos remedios para los acreedores, que deberán optar por uno u otro. De modo similar, en *Stokes v. Moore* 262 Ala. 59 (1955), caso en que un empleado había incumplido el pacto de no concurrencia que tenía con su empleador, el Tribunal Supremo de Alabama reconoció que el contrato concedía al acreedor la facultad de optar entre la suma pactada o el cumplimiento en forma específica, lo que permitía deducir que la cláusula de liquidación anticipada es una *nonexclusive clause*, sin que ello afectara a las normas imperativas relativas a la disponibilidad del remedio del cumplimiento forzoso.

1.4.2. Incompatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y la indemnización de daños y perjuicios

Si el contrato faculta al acreedor para elegir entre la suma pactada y la indemnización general de daños y perjuicios, tal acuerdo es nulo porque tiene naturaleza penal. Los tribunales consideran que una estipulación de este tenor es desproporcionadamente beneficiosa para el acreedor y han llegado incluso a declarar su nulidad invocando la doctrina de la *unconscionability*.

Por ejemplo, en *Schrenko v. Regnante* 27 Mass.App. Ct. 282 (1989), los contratantes pactaron que el acreedor recibiera 16.000 \$ en concepto de arras penales, sin perjuicio de la acción de indemnización de daños

y perjuicios. El tribunal declaró nula tal estipulación por constituir una *penalty*.

1.4.3. Compatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y la restitución

Un pacto de liquidación válido sería incompatible con la indemnización general de daños y perjuicios, pero el acreedor contaría todavía con el cumplimiento forzoso e incluso con la restitución. En los derechos estatales de los Estados Unidos de América, la restitución es un remedio que repone al acreedor el valor de mercado de la contraprestación que realizó confiando en la ejecución de la prestación por el deudor y, por consiguiente, es el remedio apropiado en supuestos de terminación anticipada de contratos de tracto sucesivo más allá del resarcimiento de daños derivados de incumplimientos puntuales o continuos⁵⁴⁴.

En *Entergy Services, Inc. v. Union Pacific R. Co.* 35 F. Supp. 2d 746 (D. Neb. 1999), controversia en torno al incumplimiento de un contrato de transporte de carbón por parte de la transportista demandada, el tribunal declara que el pacto de liquidación es óbice para la concesión de una indemnización mayor a la suma pactada, pero que de su redacción no se deduce la renuncia a otros remedios compatibles con

⁵⁴⁴ CORBIN ON CONTRACTS (2005), *op. cit.*, § 58.9, p. 447. Sobre la determinación del valor de la contraprestación en la restitución, véanse Stanley D. HENDERSON (1971), “Promises Grounded in the Past: the Idea of Unjust Enrichment and the Law of Contracts”, 57 *Virginia Law Review*, pp. 1153-1154, quien diferencia el *quantum merit* del *indebitatus assumpsit* —en la primera de ellas el acreedor solicita al tribunal el valor razonable, mientras que en la segunda especifica un importe—; y Richard CRASWELL (2000), *op. cit.*, p. 142.

el mismo. Tras este pronunciamiento, la demandante solicitó la restitución para resarcir aquellos daños derivados del incumplimiento que no estaban cubiertos por el pacto de liquidación, así se refleja en *Entergy Services, Inc. v. Union Pacific R. Co.* 99 F. Supp. 2d 1080 (D. Neb. 2000), a pesar de que esta sentencia resuelva un conflicto sobre competencia de jurisdicciones.

1.4.4. Compatibilidad entre la cláusula de liquidación anticipada del daño y los remedios específicos previstos por la normativa de protección de consumidores y usuarios

La normativa para la protección de consumidores y usuarios provee remedios específicos que por razones prácticas han desplazado a los remedios tradicionales de *common law*, aunque éstos todavía sean aplicables. En particular, el pacto de liquidación anticipada estipulado a favor de un consumidor podría ser compatible con el resto de remedios a su alcance. No obstante, el grado de protección de estos sujetos varía enormemente entre los distintos estados, con la salvedad de la legislación federal de carácter sectorial –entre otras, la *Consumer Credit Protection Act* (1968), la *Consumer Product Safety Act* (1972) y la *Consumer Products Warranty Act* (1975)⁵⁴⁵–. Igualmente, la inclusión en contratos con consumidores de tales pactos para resarcir los daños ocasionados por incumplimientos del predisponente es inusual.

⁵⁴⁵ *U.S. Code*, Título 15 (*Commerce and Trade*), Capítulos 41, 47 y 50, respectivamente.

2. Inglaterra y Gales

En Derecho inglés la nulidad de la pena también tiene su base en la prohibición de la coacción sobre el deudor, pero el desarrollo moderno de la *penalty doctrine* en Inglaterra y Gales ha sido distinto al de los Estados Unidos de América.

En Derecho inglés el examen de validez de la cláusula de liquidación de daños gravita en torno a la intención de las partes en el momento de contratar, en contraposición a los derechos estatales de los Estados Unidos de América, donde el examen de validez que realizan los tribunales atiende a los factores ya enumerados, la razonabilidad *ex ante* o *ex post* de la suma estipulada y la dificultad de prueba del daño, alejándose en este aspecto de la doctrina sentada por el que fue durante décadas el caso de referencia para los tribunales estadounidenses, *Banta v. Stamford Motor Co.* (1914).

La importancia de la intención de las partes en la determinación de la validez de la cláusula ha llevado a los tribunales ingleses a tener en cuenta la denominación que las partes otorgan a la estipulación, pues estiman que, aunque no es decisivo, tiene cierta relevancia que las partes la designen como “*penalty*” o como “*liquidated damages*”⁵⁴⁶. En cambio, salvo contadas excepciones⁵⁴⁷, esta circunstancia es irrelevante

⁵⁴⁶ G. H. TREITEL (2011), *op. cit.*, § 20-131, p. 1073.

⁵⁴⁷ Entre las mencionadas excepciones, el estado de Georgia, para cuyos tribunales la denominación de las partes es determinante. El Tribunal Supremo de Georgia cambió su postura al respecto en *Liberty Life Ins. Co. v. Thomas B. Hartley Constr. Co.* 258 Ga. 808 (1989), pues en un contrato de compraventa de un inmueble consideró

en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, pues su sistema jurídico es de corte marcadamente espiritualista, como el español (“las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”).

2.1. La averiguación de la intención de las partes mediante la interpretación de los términos del contrato

La voluntad de las partes expresada en el contrato es el elemento capital que será objeto de análisis por los tribunales ingleses para calificar la estipulación de “*liquidated damages*” y, en consecuencia, estimar su validez; o por el contrario, calificarla de “*penalty*”. En Derecho inglés, la extraordinaria importancia de la intención de los contratantes a efectos de estimar la validez de los pactos de liquidación hace necesario examinar las singularidades que la interpretación de los términos del contrato presenta en este ordenamiento.

La intención de las partes se desprende de los términos del contrato que hayan sido válidamente incorporados al mismo mediante uno de los métodos siguientes: firma, notificación previa o simultánea a la celebración del contrato, práctica comercial consolidada entre las partes o usos del tráfico⁵⁴⁸. Los tribunales ingleses determinarán

que la pérdida del pago anticipado del 10% del precio constituía una cláusula plenamente válida a causa de la denominación elegida por las partes, “*liquidated damages*”. En *Oran v. Canada Life Assur. Co.* 194 Ga.App. 518 (1990), la Corte de Apelación de dicho estado aplicó la doctrina sentada en *Liberty Life* y condenó al prestatario a abonar al prestamista el 2% del importe del préstamo porque finalmente el contrato no llegó a celebrarse.

⁵⁴⁸ Véase Hugh BEALE (ed.), *Chitty on Contracts* (2008), 30ª ed., vol. I, Thomson-Sweet & Maxwell, Londres, § 13-002, p. 887. Los dos mecanismos habituales de

objetivamente la voluntad común de las partes a partir del significado de los términos empleados en el contrato, de acuerdo con el uso ordinario o técnico de las palabras, pero con independencia de aquello que las partes quisieron haber significado o pudieron haber entendido. La interpretación de los términos contractuales se llevará a cabo teniendo en cuenta el contrato en su conjunto —esto es, su propósito comercial— y las circunstancias de hecho que rodearon su celebración (“*the factual matrix*”) a fin de discernir el significado que el hombre razonable le habría atribuido en función del contexto en que se inserta⁵⁴⁹.

Me refiero aquí a los términos explícitos del contrato (*explicit terms*), en contraposición a los términos implícitos (*implied terms*), que también

incorporación de términos al contrato son la firma y la notificación previa o simultánea a la celebración del contrato, ya que los otros dos mecanismos dependen de la reiteración de una conducta en la incorporación de términos entre los contratantes o bien en el sector del tráfico en el que se desenvuelven ambos contratantes si son profesionales. La incorporación de términos mediante la notificación a la otra parte está sujeta a tres requisitos: 1) la comunicación de los términos en el momento de celebración del contrato o en un momento anterior; 2) un documento contractual debe recoger los términos o la referencia a los mismos; y 3) la parte que pretende su incorporación ha de haber intentado razonablemente llamar la atención de la otra parte sobre su existencia. En *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] Q.B. 433, la Corte de Apelación estimó que la cláusula que establecía que la devolución tardía de unas fotografías de época conllevaba el pago de 5 £ más IVA por fotografía y día (un importe total de 3.783,50 £) no había quedado incorporada al contrato porque ésta se había comunicado a la otra parte en la nota de entrega que acompañaba el envío de las imágenes.

⁵⁴⁹ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, §§ 12-043 y 12-044, pp. 838-839. Las reglas para la interpretación de los contratos en Derecho inglés contemporáneo quedaron establecidas en *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896, caso en que la *House of Lords* discute el significado de la expresión “*Any claim (whether sounding in rescission for undue influence or otherwise)*” contenido en un formulario por el que un grupo de inversores cedía sus acciones contra una sociedad inmobiliaria a la entidad británica homóloga al Fondo de Garantía de Inversiones español, puesto que este grupo de inversores había ejercitado paralelamente otras pretensiones que podían estimarse coincidentes con las cedidas a la entidad mencionada.

pueden integrar el contenido del contrato y tienen su origen en la ley, la costumbre o la voluntad presunta de los contratantes. Las reglas sobre interpretación de términos explícitos y aquellas relativas a los términos implícitos son distintas, a pesar de las similitudes entre uno y otro proceso, pues ambos persiguen la determinación del contenido del acuerdo de conformidad con el propósito comercial del contrato y las circunstancias que rodearon su celebración. Sin embargo, la incidencia de esta segunda clase de términos es irrelevante en sede de pactos de liquidación anticipada del daño, puesto que las partes han de haberlos previsto expresamente.

En la determinación objetiva de la voluntad común de las partes, los tribunales ingleses deben prescindir de las evidencias que las partes pudieran haber dejado durante la negociación del contrato, puesto que raramente serán indicativas del acuerdo final y, en caso de serlo, no pueden ser tenidas en cuenta porque dificultarían en mayor medida la atribución de significado a los términos del contrato e incrementarían tanto los costes del asesoramiento previo a la celebración como los costes de resolución de conflictos. El número de comunicaciones entre las partes y los documentos preparatorios generados durante la negociación de un contrato puede ser tan elevado que tener estos elementos en cuenta complicaría innecesariamente la tarea de interpretación de los tribunales. Además, ignorar el contenido de las negociaciones favorece el intercambio de información entre los potenciales contratantes y les incentiva a concentrarse en el resultado final: el contrato⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ En este sentido, *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd* [2009] 1 A.C. 1101, disputa sobre la interpretación de uno de los conceptos integrantes del esquema de fijación

2.2. Los cuatro principios sobre penas convencionales del Derecho inglés moderno y su vigencia en la actualidad

Según la intención de las partes interpretada de manera objetiva, la suma pactada será exigible si tiene naturaleza de liquidación anticipada del daño derivado del incumplimiento; pero, si el tribunal la califica de “*penalty*”, el acreedor perjudicado nunca obtendrá un montante superior al daño efectivo. Esta doctrina cuajó en *Astley v. Weldon* (1801) [1775-1802] All ER Rep 606, primer intento de los tribunales ingleses para establecer unas reglas comunes sobre penas convencionales en el Derecho inglés moderno a partir de los casos resueltos en el siglo XVIII.

En realidad, tales reglas resultan de la oposición a los postulados tradicionales de los tribunales de equidad, cuyo rechazo de las penas privadas durante siglos se explica porque éstas fueron utilizadas en los contratos de préstamo como medio para evadir la prohibición de usura y, por extensión, presumían que que la finalidad de cualquier pena convencional era la extorsión de la parte más débil⁵⁵¹.

del precio que conducía a cifras muy dispares: 900.000 £, según los propietarios de la finca, frente a 4,4 millones £, según los promotores. Sin embargo, la *House of Lords* falló a favor de los segundos, puesto que la primera interpretación tenía su fundamento en documentación de las negociaciones, sin apoyo alguno en el contrato finalmente celebrado.

⁵⁵¹ En el siglo XII, los banqueros italianos introdujeron en Inglaterra el *penal bond*, promesa de pago documentada por escrito sujeta a la condición resolutoria de cumplimiento de una obligación distinta. Los jueces ordinarios no podían investigar la causa de la atribución patrimonial, pero los tribunales de equidad advirtieron que este instrumento servía a los prestamistas para esquivar la prohibición de usura. Y,

En *Astley v. Weldon* (1801), los tribunales ordinarios afirman su competencia para declarar ineficaz la suma pactada por incumplimiento de contrato y, con fundamento en la distinción entre “*penalties*” y “*liquidated damages provisions*”, adecuan los postulados de los tribunales de equidad para facilitar la admisión los pactos de liquidación anticipada del daño. *Astley v. Weldon* apunta criterios distintivos que serían aplicados por la jurisprudencia posterior para calificar como pena un pacto de liquidación —por un lado, la desproporción entre la suma pactada y el daño previsible en el momento de celebrar el contrato; y, del otro, la fijación de la misma suma para cualquier tipo de incumplimiento— e insiste en la necesidad de evaluarlo dentro del conjunto de la relación contractual. La reformulación de la doctrina anterior reforzó la autonomía de la voluntad y aumentó la seguridad jurídica en las transacciones comerciales a fin de adaptar el Derecho inglés de contratos al contexto social y económico surgido de la revolución industrial⁵⁵².

En *Astley v. Weldon*, la *Court of Common Pleas* examina un contrato entre un empresario teatral y una actriz, que se compromete a actuar en sus teatros de Gran Bretaña a cambio de un salario semanal de 1 £, 11 chelines y 6 peniques más sus gastos de desplazamiento. Empresario y actriz pactan asimismo el pago de 200 £ en el supuesto que cualquiera

en el siglo XV, ante la generalización del uso de esta promesa accesoria, los tribunales de equidad empezaron a rechazar la ejecución de estos pactos con fundamento en el desequilibrio contractual que producían por constituir un medio de opresión del deudor. Véase esta explicación histórica en Germán DE CASTRO VÍTORES (2009), *op. cit.*, pp. 38-39.

⁵⁵² En este sentido, Patrick S. ATIYAH (1979), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, pp. 414-415.

de los dos incumpla el contrato. Tras sucesivos retrasos y faltas de asistencia de la actriz, el empresario le reclama la suma pactada, pero tan solo obtiene del tribunal de instancia una indemnización de 20 £. Con base en los argumentos arriba señalados, el tribunal de apelación declara que dicho pacto tiene naturaleza penal y, por tanto, no es eficaz.

Para averiguar la intención de las partes en el momento de contratar los tribunales ingleses interpretan las evidencias de conformidad con cuatro principios, sistematizados por Lord Dunedin en *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* [1915] A.C. 79⁵⁵³, los cuales expongo a continuación.

2.2.1. La cantidad es extravagante y desproporcionada en comparación con el mayor daño previsible derivado del incumplimiento

Se trata de una pena si la cantidad es extravagante y desproporcionada en relación con el mayor daño previsible derivado del incumplimiento. El ejemplo clásico de la aplicación de este principio es el histórico caso escocés *Chydebank Engineering Co. v. Don Jose Ramos Isquierdo y Castaneda* [1905] A.C. 6, un contrato de obra que tenía por objeto una construcción valorada en 50 £, pero que contenía una cláusula que imponía al contratista el pago de un millón de libras esterlinas si incumplía el encargo.

⁵⁵³ Los hechos del caso se exponen en el análisis del cuarto de los principios por mantener con éste la relación más estrecha, apartado 2.2.4.

Recientemente, en *Alfred McAlpine Capital Projects Ltd. v. Tilebox Ltd.* [2005] E.W.H.C. 281 (TCC), la *Queen's Bench Division* señala que la razonabilidad de la cuantía pactada ha de valorarse de manera objetiva, dejando a un lado la autenticidad u honestidad de las partes en la estimación del daño: la suma estipulada sólo será irrazonable si guarda una diferencia sustancial respecto al daño previsible en el momento de celebración del contrato⁵⁵⁴. Por ello, en el caso mencionado, el tribunal resuelve que el pago de 45.000 £ semanales por retraso en la entrega de un edificio de oficinas constituye una estimación razonable del daño previsible irrogado por tal incumplimiento.

2.2.2. La falta de pago de una cantidad de dinero comporta el pago de una suma mayor

Se trata de una pena si la falta de pago de una cantidad de dinero comporta el pago de una suma mayor. La formulación de este principio por Lord Dunedin es inexacta, motivo por el cual ha de ser matizado.

Si bien la regla general en *common law* había sido que, salvo pacto expreso para sucesos determinados, la mora en las obligaciones pecuniarias no devengaba interés alguno, la legislación inglesa introdujo dos modificaciones: el interés legal (*statutory interest*), aplicable sólo a retrasos en el pago en contratos de bienes y servicios en que

⁵⁵⁴ “There must be a substantial discrepancy between the level of damages stipulated in the contract and the level of damages which is likely to be suffered before it can be said that the agreed pre-estimate is unreasonable”.

ambas partes actúan en el desarrollo de su actividad⁵⁵⁵; y el interés discrecional (*discretionary interest*), aquél que jueces y árbitros tienen la facultad de conceder como reparación a la parte que sufre un daño contractual o extracontractual⁵⁵⁶. Sin embargo, ante la resistencia palmaria del legislador británico a la eliminación completa de esta regla de *common law*, los tribunales se decantan igualmente por su preservación⁵⁵⁷, pues ya en 1978 la *Law Commission* había recomendado su supresión absoluta⁵⁵⁸.

En la actualidad, la práctica judicial admite los intereses de demora expresamente pactados devengados a partir del incumplimiento, siempre y cuando supongan un incremento modesto de los intereses remuneratorios. Además, en cualquier operación de financiación, ya sea un contrato de préstamo, ya sea cualquier otro tipo de transacción con pago aplazado, el interés moratorio cubre el mayor riesgo de impago que experimenta el acreedor, fundamento que los tribunales

⁵⁵⁵ A diferencia del Derecho español, en que la referencia al interés legal aparece ya en el artículo 316 CCom y en el 1108 CC, en Derecho inglés éste es un concepto introducido por la *Late Payments of Commercial Debts (Interest) Act 1998* (disponible en la web de la *Office of Public Sector Information*, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980020_en_1), norma sustancialmente equivalente a la LMOC, transposición española de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE L-200, de 8.8.2000), posterior en el tiempo a la *Late Payments of Commercial Debts (Interest) Act*.

⁵⁵⁶ La regulación vigente del *discretionary interest* se encuentra en la § 15 de la *Administration of Justice Act 1985* (disponible en la web de la *Office of Public Sector Information*, http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1985/cukpga_19850061_en_1).

⁵⁵⁷ G. H. TREITEL (2011), *op. cit.*, § 20-135, p. 1076.

⁵⁵⁸ *Report on Interest* (1978) Law Com No 88, Cmnd 7229, pp. 8-12. En concreto, la *Law Commission* apuesta por la introducción con carácter general del interés de demora a fin de resarcir al acreedor por el retraso en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, sin necesidad de pacto de los contratantes, pues ésta es la solución mayoritaria en los ordenamientos occidentales (§§ 42-43).

distiguen de la compulsión sobre el deudor porque entienden que constituye una buena razón comercial (“*a good commercial reason*”).

En este sentido, en *Lordsvale Finance plc v. Bank of Zambia* [1996] 3 W.L.R. 688 la *Queen’s Bench Division* acepta en un contrato de préstamo un interés moratorio superior en un punto porcentual al interés remuneratorio con base en la “*good commercial reason*”. En *Jeancharm Ltd. v. Barnet Football Club Ltd.* [2003] E.W.C.A. Civ 58, el tribunal aplica la doctrina del anterior caso citado y concluye que un interés semanal del 5% (un 260% anual) por retraso en el pago del precio en un contrato de suministro es sin lugar a dudas “*a penalty clause in the Dunlop sense*”.

2.2.3. Previsión del pago una misma suma en cualquier escenario de incumplimiento (*multiple breach rule*)

Se trata de una pena si las partes han previsto el pago de la misma suma de dinero en cualquier escenario de incumplimiento, ya sea éste grave o no (*multiple breach rule*). En *Kemble v. Farren*, 6 Bing. 141, 19 Eng. Rep. 71 (C.P. 1829), se discute la validez de una cláusula de este tipo. El *Covent Garden Theater* acordó con un actor el pago de 3 £, 6 chelines y 8 peniques por noche durante cuatro temporadas y ambas partes estipularon que aquél que incumpliera entregaría a la otra parte la cantidad de 1.000 £. El actor incumplió el contrato, pero el tribunal declaró la nulidad de la cláusula por su carácter sumamente genérico, ya que una sola cláusula abarcaba incumplimientos de ambas partes y de cualquier clase.

Sin embargo, son plenamente válidas las cláusulas cuyo montante se determina en función de la gravedad del incumplimiento. La base de cálculo puede ser tan sencilla como 100 £, por cada acre de tierra no devuelto a su estado original, en *Elphinstone v. Monkland Iron & Coal Co.* (1886) 11 App.Cas. 332, o extremadamente compleja, como ocurre en *Philips Hong Kong v. Attorney General of Hong Kong* (1993) 61 Build. L.R. 41, en que la pena moratoria diaria tiene en cuenta el estado de desarrollo del software requerido para supervisar la construcción de una carretera. En *Robophone Facilities Ltd. v. Blank* [1966] 1 W.L.R. 1428 la Corte de Apelación no tuvo reparo en considerar el transcurso del tiempo un criterio de graduación adecuado: si la oficina de correos desistía del contrato de arrendamiento de contestadores automáticos, de siete años de duración, debía abonar a la sociedad arrendadora el 50% de las rentas futuras en el momento del desistimiento.

Ahora bien, la suma siempre ha de graduarse en la dirección correcta: si la depreciación de un bien crece en el tiempo, la compensación por depreciación no puede disminuir a medida que el arrendatario satisfaga más plazos. Éste fue el pronunciamiento de la *House of Lords* en *Bridge v. Campbell Discount Co. Ltd.* [1962] A.C. 600, que estimó irrazonable en un contrato de leasing que la compensación por depreciación decreciera con el paso del tiempo⁵⁵⁹.

Tampoco puede la suma pactada depender de sucesos ajenos al cumplimiento del contrato porque ello supondría su fluctuación

⁵⁵⁹ “*It is a sliding scale of compensation, but a scale that slides in the wrong direction*” (“Se trata de una escala móvil de compensación, pero una escala que opera en la dirección equivocada”).

aleatoria en lugar de su graduación y, por tanto, no habría en realidad liquidación alguna del daño: en *Public Works Commissioner v. Hills* [1906] A.C. 368, el gobierno colonial del Cabo de Buena Esperanza se protegió contra los eventuales defectos en la construcción de tres líneas de ferrocarril a cargo de un mismo contratista mediante la retención del 10% de las cantidades adeudadas una vez completados los distintos tramos.

Aun en algunas ocasiones, los tribunales ingleses han llegado a proteger la eficacia de la cláusula mediante una reinterpretación del contrato, lo que en realidad constituye una moderación de la cuantía pactada, operación *prima facie* vetada en Derecho inglés. Así, en *Webster v. Bosanquet* [1912] A.C. 394, el *Privy Council* razona que el pago de 500 £ por infringir el derecho de tanteo sobre unos campos de té en Ceilán es una estipulación válida, pues debe entenderse —aunque la cláusula no lo establezca ni tampoco permita deducirlo— que la suma fijada comprende la venta de la totalidad de la finca y que, en caso de ventas parciales, la compensación se calculará según la extensión del terreno vendido. Del mismo modo, en *Murray v. Leisureplay plc* [2005] E.W.C.A. Civ. 963, la sociedad debía abonar el salario de todo un año al ejecutivo que había despedido sin causa justificada y sin respetar un preaviso de doce meses, pero la Corte de Apelación descuenta de la compensación pactada el salario percibido tras la comunicación del despido y el correspondiente al período de preaviso que la compañía sí respetó (siete semanas y media).

La *multiple breach rule* no rige en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, dado que el juicio de razonabilidad puede

efectuarse a la luz del daño efectivamente ocasionado por el incumplimiento, hecho que inutiliza este principio para invalidar la cláusula.

2.2.4. La imposibilidad de cálculo del daño en el momento de celebración del contrato es un factor irrelevante

La imposibilidad de calcular los daños en el momento de celebración del contrato no es obstáculo para que una cláusula sea considerada válida. Más aún, en *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* (1915), Lord Dunedin puntualiza que precisamente ésta es la situación en que una cláusula de liquidación de daños es fruto de una auténtica negociación entre las partes⁵⁶⁰.

Al contrario de lo que sucede en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, la dificultad de prueba del daño es un factor irrelevante, pues según la jurisprudencia inglesa es suficiente la voluntad de las partes de ahorrarse los costes asociados a la determinación del daño derivado del incumplimiento, ya sea éste fácilmente estimable en el momento de celebración del contrato o no⁵⁶¹. Por ejemplo, en *Diestal v. Stevenson* [1906] 2 K.B. 345, la *King's Bench Division* reconoce que la finalidad del pacto de liquidación

⁵⁶⁰ “On the contrary, that is just the situation when pre-estimated damage was the true bargain between the parties”.

⁵⁶¹ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, § 26-129, p. 1685: “Even where the consequences of a breach are precisely ascertainable, a sum reserved by the contract may be intended by the parties as an agreed estimate of damage in order to avoid the expense and difficulty of assessment”.

anticipada a razón de un chelín por tonelada de carbón no entregada era evitar la prueba del valor de un bien cuyo precio fluctúa de manera constante.

Ahora bien, en Derecho inglés, la imposibilidad de estimar el daño en el momento de celebración del contrato excepciona la *multiple breach rule* hasta el punto que el mero hecho que se pacte el pago de la misma suma para distintos supuestos de incumplimiento de un contrato no es en ningún modo concluyente para invalidar la cláusula⁵⁶². En *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* (1915), un comerciante de accesorios de automóvil se obligó a pagar 5 £ al suministrador de neumáticos, cubiertas y cámaras por la venta de cada pieza en que se cometiese alguna de las siguientes infracciones: competir con el suministrador, vender a precios inferiores, vender a personas no autorizadas y exhibirlas o exportarlas sin el consentimiento escrito del suministrador. La *House of Lords* estimó la validez de dicha cláusula porque es imposible de prever el daño derivado de cada transacción contraria a este pacto⁵⁶³. En cambio, en *Ford Motor Co. v. Armstrong* [1915] 31 T.L.R. 267, caso muy similar al anterior, el minorista se comprometió con el fabricante al pago de 250 £ por cualquier incumplimiento del contrato de distribución y el tribunal declaró que dicho pacto de liquidación constituía una pena porque la suma era arbitraria y excesivamente elevada, puesto que la estipulación, dado que abarcaba cualquier tipo de incumplimiento, era

⁵⁶² *Idem*, § 26-132, p. 1686: “The mere fact that the same amount is made payable upon the breach of several undertakings of varying importance is by no means conclusive”.

⁵⁶³ “(...) damage from any one sale would be impossible to forecast”.

demasiado generalista para constituir una estimación genuina del daño en el momento de celebración del contrato.

A la imposibilidad de cálculo de los daños en el momento de contratar como excepción a la *multiple breach rule* la jurisprudencia inglesa ha añadido otra: que la suma pactada represente el promedio de los daños probables en los distintos escenarios de incumplimiento, esto es, en términos de probabilidad, el daño esperado. Así, en *English Hop Growers Ltd. v. Dering* [1928] 2 K.B. 174, la Corte de Apelación resolvió que era válida la cláusula que obligaba a un agricultor al pago de 100 £ por acre si no entregaba la cosecha de lúpulo a la sociedad de productores encargada de su comercialización⁵⁶⁴.

2.3. El daño efectivo como límite al resarcimiento del acreedor vinculado a un pacto de liquidación calificado de *penalty*

A diferencia de los derechos estatales de los Estados Unidos de América, el Derecho inglés no se ciñe a tomar el daño efectivo provocado por el incumplimiento como un término de comparación para contrastar la razonabilidad de la suma pactada, sino que el daño

⁵⁶⁴ “El precio de una tonelada puede subir a 240 £, o descender hasta 120 £ o menos, yo no puedo observar que sea irrazonable fijar una compensación de 100 £ a cargo de un hombre que, siendo socio, arriesgue la ruptura del sistema global de la sociedad por competir individualmente en lugar de hacerlo conjuntamente” (“[T]he price of a ton might go up to 240 pounds, or down to 120 pounds or lower, I cannot see anything unreasonable in fixing the damages against a man who, having become a member, risked breaking up the whole system of the company by refusing to join in the pool and entering into individual competition, at 100 pounds an acre brought into the scheme”).

efectivo opera como límite al resarcimiento del acreedor perjudicado sujeto a un pacto de liquidación de naturaleza penal⁵⁶⁵.

Esta solución que, a primera vista, pudiera parecer más rígida ha sido empleada por los tribunales ingleses para escudar pactos de liquidación calificados como penas convencionales. El daño efectivo como límite al resarcimiento del acreedor perjudicado no es un criterio de calificación, sino que la jurisprudencia inglesa ha extendido su aplicación a cláusulas que serían ineficaces con arreglo a los señalados cuatro principios del Derecho inglés en una clara apuesta por flexibilizar el tratamiento de este tipo de acuerdos⁵⁶⁶.

De este modo, en *Jobson v. Jobson* [1989] 1 W.L.R. 1026, la Corte de Apelación, con apoyo en casos precedentes que reinterpreta, salva por esta vía un pacto de liquidación que califica de penal atribuyéndole eficacia parcial, ya que afirma: “[u]na cláusula penal no es eficaz más allá de la suma que iguale el daño efectivo de la parte perjudicada”⁵⁶⁷.

Tal solución hace que la discusión sobre el concepto de daño efectivo cobre mayor importancia. En principio, la única alternativa coherente

⁵⁶⁵ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, § 26-126, p. 1682.

⁵⁶⁶ En este sentido, la *Law Commission* en su *Working Paper No 61* (1975), “Penalty Clauses and Forfeiture of Monies Paid”, pp. 29-30 y 52, desaconsejó que los tribunales rechazaran la eficacia de aquellos pactos de liquidación cuya suma estipulada supera el daño efectivo, puesto que ello produciría una incertidumbre intolerable, sobre todo en la contratación mercantil (propuesta quinta).

⁵⁶⁷ “*A penalty clause will not be enforced beyond the sum which equals the actual loss of the innocent party*”. De acuerdo con el pacto de liquidación anticipada en *Jobson v. Jobson* (1989), el vendedor recuperaría las 62.566 acciones de un club de fútbol mediante el abono de 40.000 £ si el comprador incurría en el impago del segundo plazo o de los siguientes hasta el desembolso del precio total, 351.688 £.

con la aplicación a las penas convencionales del límite del daño efectivo es entender que éste difiere del daño legalmente indemnizable de conformidad con el régimen ordinario de responsabilidad contractual. De no ser así, la protección de la eficacia de la pena pactada quedaría en papel mojado. Sin embargo, no cabe deducir de dicha eficacia parcial que los perjuicios indemnizables abarcarían también los daños imprevisibles y que el deber de mitigación del daño no pesaría sobre el acreedor, a diferencia de lo que sucede en aquellos pactos de liquidación que los tribunales estiman válidos⁵⁶⁸. Por ello, a pesar de la eficacia parcial de la pena, la cuantía indemnizatoria resultante coincide con la obtenida en aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad contractual. En *Jobson v. Johnson* (1989), el otorgamiento de eficacia parcial a un pacto de naturaleza penal persigue su ejecución, ya que, en lugar del pago de una suma de dinero, la pena consiste en la restitución de las acciones de un club de fútbol a su vendedor por un precio notablemente inferior al de compra⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Harvey MCGREGOR (2009), *McGregor on Damages*, 18ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, § 13-015, p. 426: “(...) *it should be appreciated that the concept of a duty to mitigate is entirely foreign to a claim for liquidated damages*”. Así, en *Abrahams v. Performing Right Society* [1995] I.C.R. 1028 CA, un empresario despidió a un trabajador sin respetar el plazo de preaviso pactado de dos años y, de acuerdo con el clausulado del contrato, debía abonarle los salarios de dicho periodo, sin ser deducibles los ingresos que el empleado pudiese obtener por la realización de otro trabajo.

⁵⁶⁹ Harvey MCGREGOR (2009), *op. cit.*, § 13-025, p. 497: “*This suggested distinction between such a limited suit on the penalty and a claim for unliquidated damages ignoring the penalty, which the contracting party is entitled to pursue, is largely academic, with either approach generally producing the same result. The distinction mattered in Jobson v Johnson because the penalty, exceptionally, required not the payment of stipulated sum but the transfer of a stipulated item of property (...)*”.

Por tanto, en este ámbito, además de servir propósitos diferentes, el concepto de daño efectivo en Derecho inglés es distinto al empleado en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, puesto que no alude al daño real ocasionado por el incumplimiento, sino a aquel daño derivado del incumplimiento que sea razonablemente previsible y que la conducta diligente del acreedor no puede evitar⁵⁷⁰.

2.4. Falta de vinculación del acreedor al pacto de liquidación cuando el daño es superior a la suma pactada, excepto que la función del pacto sea la de limitación de la responsabilidad del deudor

La regla tradicional de *common law* impide que la parte perjudicada reclame una compensación mayor a la estipulada, a pesar de que el daño sufrido sea efectivamente superior. En los derechos estatales de los Estados Unidos de América, esta regla está en vigor y los tribunales le atribuyen carácter imperativo⁵⁷¹. Por el contrario, desde *Winter v. Trimmer* [1762] 1 W. Bl. 395⁵⁷², caso en que el tribunal admite que un comerciante prescinda de la cláusula de liquidación de daños que figuraba en el contrato de flete y exija al transportista una compensación que cubra todos los daños ocasionados por su

⁵⁷⁰ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, § 26-129, p. 1685: “The word “damage” must mean “net loss” after taking account of the claimant’s expected ability to mitigate his loss”. Véase el apartado 1.1.1. de este capítulo, que aborda dicha discusión en el seno de los derechos estatales de los Estados Unidos de América.

⁵⁷¹ Veáanse los ya citados *Jarro Building Indus. Corp. v. Schwartz* y *Dalston Constr. Corp. v. Wallace*.

⁵⁷² Otro precedente que los tribunales citan con frecuencia es *Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude* [1915] 3 K.B. 66, caso sobre transporte de carbón muy similar a *Winter v. Trimmer* (1762).

incumplimiento, la jurisprudencia inglesa permite que la parte perjudicada ignore la suma pactada y ejerza una acción de daños para reclamar la totalidad del importe⁵⁷³. Asimismo, el acreedor puede conjugar la reclamación de la suma pactada y el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual por el valor del daño excedente⁵⁷⁴.

El único obstáculo a que el acreedor ejerza una acción de daños con el fin de recobrar el monto íntegro del perjuicio sufrido es que la cláusula tenga una doble naturaleza: sea de liquidación de daños y, a su vez, de limitación de responsabilidad (“*underliquidated damages*”). Ello acontece cuando las partes estipulan deliberadamente una suma inferior al daño previsto, circunstancia que en los derechos estatales de los Estados Unidos de América conllevaría la nulidad del pacto en aplicación del juicio de razonabilidad.

Esta doctrina de los tribunales ingleses se inició en *Cellulose Acetate Silk Co. Ltd. v. Widnes Foundry (1925) Ltd.* [1933] A.C. 20, caso en que el constructor de una planta de recuperación de acetona debía abonar 20 £ por cada semana de retraso en la entrega. La planta se completó 30 semanas después y los daños ascendieron a 5.850 £, frente a la compensación de 600 £ fijada en la cláusula. El tribunal dedujo de este pacto que la voluntad de las partes fue la de limitar la responsabilidad

⁵⁷³ Solución opuesta a la adoptada en Derecho español por el Tribunal Supremo, que defiende que sólo es exigible al deudor la cuantía pactada, incluso aunque el incumplimiento sea doloso: SSTS, 1ª, 20.2.1989 (RJ 1212) y 23.5.1997 (RJ 4322).

⁵⁷⁴ Harvey MCGREGOR (2009), *op. cit.*, § 13-022, p. 495: “(...) *the claimant can neither claim unliquidated damages in addition to the liquidated damages which are designed to deal with the loss that has occurred nor elect to ignore the liquidated damages provision and sue only for unliquidated damages*”. Sobre las vías al alcance del acreedor perjudicado, véanse *Wallace-Turner v. Cole* [1983] 46 P. & C.R. 164 y *Talley v. Wolsey-Neech* [1978] 38 P. & C.R. 45, C.A.

del constructor, ya que en el momento de contratar la cantidad acordada era muy inferior al daño previsible. La preservación de la eficacia de un pacto de este tenor parece la medida más coherente con la finalidad histórica de la *penalty doctrine*: evitar la compulsión del deudor. En cambio, su inejecución resulta perjudicial para el sujeto al que se pretende proteger, puesto que la aplicación de las reglas generales sobre indemnización del incumplimiento agravaría su responsabilidad⁵⁷⁵.

De nuevo, la atribución al pacto de liquidación de una función de limitación de la responsabilidad del deudor y, por consiguiente, la imposibilidad de que el acreedor ejerza una acción de reclamación por el montante total del daño es una cuestión que depende de la interpretación que los tribunales hagan del contrato⁵⁷⁶.

2.5. Compatibilidad con otros remedios: relación entre la cláusula de liquidación anticipada del daño, el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios

El régimen de los remedios contra el incumplimiento contractual en Derecho inglés es esencialmente igual al de los derechos estatales de

⁵⁷⁵ La *Law Commission* en su *Working Paper No 61* (1975), *op. cit.*, pp. 34-36 y 52, mostró su escepticismo sobre la vinculación del acreedor al pacto de liquidación cuando la suma estipulada es inferior al daño efectivo (propuesta octava), con referencia a la paradoja que rodearía a la inejecución del pacto con fundamento en su naturaleza penal, solución que extendería la responsabilidad del deudor, el sujeto al que la *penalty doctrine* ampara.

⁵⁷⁶ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, § 26-142, p. 1691.

los Estados Unidos de América (véase apartado 1.4. de este capítulo), no en vano el diseño del sistema de remedios tradicionales de *common law* es producto de antiguos pronunciamientos de los tribunales ingleses. Por ello, lo referido en relación con los remedios en los derechos estatales de los Estados Unidos de América es trasladable aquí, por mucho que siempre quepan matizaciones de detalle a la luz de casos particulares.

En Derecho inglés, las *nonexclusive clauses* —aquéllas que otorgan al acreedor la posibilidad de optar entre la suma pactada u otro remedio, el cumplimiento forzoso o la indemnización general de daños y perjuicios⁵⁷⁷— no han sido apenas objeto de discusión. Quizás porque la atribución contractual al acreedor de la elección entre la suma pactada y el cumplimiento forzoso no modifica las normas imperativas sobre el segundo de los remedios⁵⁷⁸. Al igual que en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, el único impedimento a la obtención del cumplimiento específico es que el contrato permita al tribunal deducir la renuncia del acreedor al mismo. Por otro lado, la falta de vinculación del acreedor al pacto de liquidación cuando el

⁵⁷⁷ Los derechos estatales de los Estados Unidos de América admiten que estipulaciones de este tenor en que el acreedor pueda optar entre la suma pactada o el cumplimiento específico, pues este remedio puede ser igualmente concedido por el tribunal sin necesidad de pacto expreso. Es decir, el pacto no altera en nada el régimen legal. Sin embargo, los tribunales estadounidenses atribuyen naturaleza penal a la estipulación que confiere al acreedor la posibilidad de elegir entre la suma pactada y la indemnización general de daños y perjuicios.

⁵⁷⁸ Por ejemplo, en aquellos contratos en que la prestación debida y el pago de la suma pactada se configuran como obligaciones alternativas, de manera que el deudor queda liberado mediante la satisfacción de la segunda. Véase Harvey MCGREGOR (2009), *op. cit.*, § 13-119, pp. 551-552.

daño es superior a la suma pactada resta importancia a estipulaciones de este tipo.

Por último, aunque los remedios de *common law* también son aplicables a los contratos con consumidores y usuarios, éstos han sido desplazados por los remedios específicos previstos en su normativa reguladora, uniforme en todo el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y armonizada con el resto de ordenamientos comunitarios. La normativa para la protección de consumidores y usuarios establece un régimen sustantivo adicional a la *penalty doctrine* del Derecho inglés de contratos tradicional⁵⁷⁹ y, por razones obvias, mucho más favorable. Tal y como sucede en Derecho español (artículos 83 y 85.6 de las RDL 1/2007), las cláusulas que impongan una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que incumple sus obligaciones contractuales son ineficaces [*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, SI 1999/2083 disposiciones 5(5).1(e) y 8(1)]⁵⁸⁰.

2.6. Fisuras del Derecho inglés de contratos: las cláusulas penales encubiertas

En Derecho inglés, hay determinados pactos de los contratantes que no están sujetos a la prohibición general de las cláusulas penales, por

⁵⁷⁹ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, § 26-156, p. 1700.

⁵⁸⁰ *Regulation 5(5).1(e)*: “Terms which have the object or effect of (...) requiring any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation”.

Regulation 8(1): “An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer”.

mucho que dichos pactos puedan tener sobre el deudor el efecto *in terrorem* que esta prohibición pretende evitar. A pesar de que estos pactos compartan con la cláusula penal una misma finalidad, compeler el cumplimiento del deudor, el ordenamiento inglés permite tales estipulaciones y, en consecuencia, los contratantes pueden llegar a evadir la regla que prohíbe la fijación de penas convencionales por incumplimiento mediante el recurso a instituciones que por razones históricas gozan todavía de un tratamiento más permisivo. Así, en *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1989), el magistrado Bingham L.J. da razón de la posibilidad de que estos pactos constituyan una cláusula penal encubierta (“*a disguised penalty clause*”)⁵⁸¹.

El uso habitual de estas figuras en algunos sectores del tráfico mercantil para la cuantificación del perjuicio —entre otros, los contratos de transporte marítimo y de compraventa de bienes inmuebles— ha conllevado su aceptación inveterada por los tribunales, aunque ha habido una cierta evolución en la materia tendente a un planteamiento unitario que rompe con “la tradicional incomunicación entre estas figuras y la *penalty rule*”⁵⁸².

Los tribunales ingleses entienden que la regla que prohíbe las penas convencionales es excepcional y que, por ello, merece una aplicación

⁵⁸¹ Véase un resumen de los hechos del caso en la nota al pie 548.

⁵⁸² Germán DE CASTRO VÍTORES (2009), *op. cit.*, p. 44, nota al pie 93. La *Law Commission* en su *Working Paper No 61* (1975), *op. cit.*, señaló las discordancias a que conduce el aislamiento de estas figuras y, de conformidad con esta postura, Harvey MCGREGOR (1993), *Contract Code Drawn Up on Behalf of the English Law Commission*, Giuffrè, Milán, propuso los artículos 447 y 448 en su proyecto de código de contratos.

restrictiva⁵⁸³. Por este motivo, su aplicación queda excluida de aquellas cláusulas en que el pago de una cantidad de dinero, o cualquier otra consecuencia adversa, no depende del incumplimiento de una obligación del contrato.

Las estipulaciones que encubren con mayor probabilidad una cláusula penal son aquéllas que establecen el pago anticipado de una suma monetaria (*deposit clauses*) que, además, puede ser objeto de apropiación en todo o en parte por el contratante que la ha recibido si quien la entregó incumple alguna de sus obligaciones contractuales (*forfeiture clauses*). Así, en *Workers Trust and Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd* [1993] A.C. 573, el *Privy Council* estimó en un contrato de compraventa de una finca que la pérdida de un pago a cuenta del 25% del precio por parte del comprador no constituía una estimación genuina del daño y, por ende, que esta confiscación tenía naturaleza penal. En este pronunciamiento, el *Privy Council* reconoce que en las compraventas inmobiliarias los tribunales suelen admitir la pérdida del pago anticipado del 10% del precio, aunque critique que esta postura no tenga su fundamento en la relación existente entre la cantidad pactada y el perjuicio irrogado al vendedor⁵⁸⁴.

Por el contrario, las cláusulas de vencimiento anticipado (*acceleration clauses*) escapan a la prohibición de las penas convencionales porque el incumplimiento, típicamente el impago de una de las cuotas, no incrementa la responsabilidad del deudor, por mucho que en contratos

⁵⁸³ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, §§ 26-136-26-138, p. 1700.

⁵⁸⁴ G. H. TREITEL (2011), *op. cit.*, § 20-149, p. 1084. Véase Hugh BEALE (1993), “Unreasonable Deposits”, 109 *The Law Quarterly Review*, pp. 524-530.

de financiación estas cláusulas priven al deudor del beneficio del plazo al comportar la restitución inmediata del capital y el abono de intereses, gastos y comisiones que se hayan generado. Los tribunales no atribuirán naturaleza penal a las *acceleration clauses*, siempre y cuando éstas no prevean el pago de intereses no devengados u otro tipo de penalizaciones⁵⁸⁵.

2.7. Sensibilidad creciente de la jurisprudencia inglesa por la teoría del *efficient breach*

El desarrollo reciente del Derecho inglés moderno en materia de pactos de liquidación anticipada exhibe la adaptación progresiva de los principios basados en amparar al deudor para protegerlo de cualquier estipulación susceptible de compelerlo al cumplimiento del contrato.

La jurisprudencia inglesa ha reformulado las reglas de la *penalty doctrine* de antaño y, sin vaciarlas de su fundamento, ha fraguado un régimen flexible y operativo que atiende a la compleja relación de intercambio establecida por las partes mediante el contrato. Así, los tribunales ingleses no han recurrido a la elaboración de ningún test de razonabilidad de la suma pactada ni tampoco han jalonado su método de análisis con excepciones y contraexcepciones, pues la clave es que el pacto de liquidación constituya una estimación genuina del daño en el momento de celebración del contrato⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, § 26-140, pp. 1689-1690. En este sentido, véase la ya citada *Lordsvale Finance plc v. Bank of Zambia* [1996] 3 W.L.R. 688 en relación con *The Angelic Star* [1988] 1 Lloyd's Rep. 122.

⁵⁸⁶ Aristides N. HATZIS (2003), *op. cit.*, p. 387.

Con posterioridad a *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* (1915), la jurisprudencia inglesa ha mantenido el protagonismo de la intención de las partes expresada en los términos del contrato e interpretada objetivamente y, con base en los beneficios del pacto de liquidación para ambos contratantes, ha proporcionado soluciones tendentes a suplir la voluntad de las partes en el momento de contratar: por un lado, el daño efectivo como límite al resarcimiento del acreedor permite la ejecución parcial de cláusulas que de otro modo serían ineficaces; y, por otro lado, la falta de vinculación del acreedor al pacto de liquidación posibilita la reparación integral del daño, a menos que dicho pacto persiga la limitación de la responsabilidad del deudor.

El Derecho inglés salva con este régimen muchas de las discontinuidades en que incurren los derechos estatales de los Estados Unidos de América, donde los tribunales concentran sus esfuerzos en la calificación de la cláusula en vez de templar los efectos que tiene dicha calificación. Incluso, en relación con la calificación de la cláusula, pronunciamientos recientes de los tribunales ingleses parecen haber dado otra vuelta de tuerca, *Murray v. Leisureplay plc* (2005) y *Euro London Appointments Ltd v. Claessens International Ltd* [2006] 2 Lloyd's Rep. 436 C.A., pues ambos ponen de relieve que el pacto de liquidación será calificado de pena sólo si la función predominante es la de disuadir al deudor del incumplimiento en lugar de compensar al acreedor⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ En *Murray v. Leisureplay plc* (2005), apartado 13, cuyos hechos expongo en el epígrafe 2.2.3., la Corte de Apelación hace suyo el siguiente pasaje de *Lordsvale Finance plc v. Bank of Zambia* (1996), en que la *Queen's Bench Division* refunde los principios del inveterado caso *Dunlop* del modo siguiente: “si una estipulación es una

Además de promover la ejecución de los pactos de liquidación y también en sintonía con la teoría del *efficient breach*, los tribunales ingleses han indemnizado una de las partidas tradicionalmente no compensadas por las reglas generales de la responsabilidad contractual: la valoración subjetiva del incumplimiento del contrato (*loss of amenity*). En *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] A.C. 344 y en *Farley v. Skinner* [2002] 2 A.C. 372, la *House of Lords* indemniza el daño moral derivado del incumplimiento contractual en ausencia de pérdida de valor de mercado de la prestación pactada, a pesar de que la satisfacción mental no fuera el objeto principal del contrato⁵⁸⁸.

pena es una cuestión de interpretación que debe ser resuelta preguntando sobre cuál era su función predominante en el momento de celebración del contrato, disuadir a una parte del incumplimiento o compensar a la parte inocente por el mismo” (“*whether a provision is to be treated as a penalty is a matter of construction to be resolved by asking whether at the time the contract was entered into the predominant position was to deter a party from breaking the contract or to compensate the innocent party for breach*”). Aunque no base en él su fallo, la Corte de Apelación repite este mismo planteamiento en *Euro London Appointments Ltd v. Claessens International Ltd* (2006), un contrato de una empresa de trabajo temporal para el suministro de trabajadores establecía que, si el trabajador renunciaba a su puesto durante las primeras 12 semanas, el cliente tenía derecho al reembolso de los honorarios satisfechos y, por otro lado, que el cliente debía satisfacer los honorarios en un plazo de 7 días desde la emisión de la factura. Sin embargo, de acuerdo con Harvey MCGREGOR (2009), *op. cit.*, § 3-018, p. 492, este planteamiento únicamente supone un cambio de terminología.

⁵⁸⁸ En *Ruxley*, indemnización de 2.500 £ por la construcción de una piscina de jardín con 45,72 cm menos de la profundidad especificada. En *Farley*, indemnización de 10.000 £ por la venta de una casa cuyos compradores habían de sufrir el ruido de la circulación aérea, aunque el perito manifestó lo contrario. Ambas sentencias han significado un cambio jurisprudencial respecto a *Watts v. Morrow* [1991] 1 W.L.R. 1421, que condicionó la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento a que el contrato tuviera por objeto principal proporcionar bienestar espiritual (“*Where the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation (...)*”). Véanse Harvey MCGREGOR (2009), *op. cit.*, §§ 3-024-3-026, pp. 71-73; y *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, §§ 26-084 y 26-085, pp. 1650-1651; y Ewan MCKENDRICK y Martin GRAHAM (2002), “The Sky’s the Limit: Contractual Damages for Non-Pecuniary Loss”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, pp. 161-169.

En materia de responsabilidad contractual, el Derecho inglés de contratos ha puesto cada vez más énfasis en la distribución expresa del riesgo derivado del incumplimiento del contrato: en *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc. (The Achilleas)* [2008] U.K.H.L. 48⁵⁸⁹, la *House of Lords* pone un límite adicional a la responsabilidad contractual: el deudor sólo responderá de aquellos daños respecto de los cuales pueda deducirse del contrato que ha asumido el deber de hacerlo.⁵⁹⁰

Si bien es cierto que desde *Hadley v. Baxendale* (1854) la responsabilidad del deudor por incumplimiento se limitaba a las pérdidas razonablemente previsibles (*first limb*) y a aquellas efectivamente previstas por los contratantes (*second limb*)⁵⁹¹, la discusión posterior se centró en el discernimiento del primero de los conceptos: ¿qué debía entenderse por pérdidas razonablemente previsibles? A lo largo del siglo XX, mediante el *test of remoteness*, la jurisprudencia inglesa había fijado unos límites bastante borrosos. Así, en *Victoria Laundry (Windsor)*

⁵⁸⁹ En *The Achilleas*, la devolución de una nave a su propietario con 9 días de retraso por parte de un fletador impidió que la embarcación fuera puesta a disposición de un segundo fletador en la fecha convenida. El segundo fletador aceptó la embarcación pero a un precio de alquiler inferior, puesto que los fletes habían descendido en el mercado. La *House of Lords* resolvió que el primer fletador sólo debía indemnizar al propietario por la diferencia entre el precio de su contrato de alquiler y el precio de mercado durante los 9 días de retraso en la devolución de la nave, ya que no cabía que el primer fletador asumiera las consecuencias derivadas de una caída repentina de los fletes e indemnizara al propietario por la diferencia del precio de alquiler entre el primer y el segundo contrato con el segundo fletador. Véase la discusión sobre la doctrina de la asunción contractual de responsabilidad en *Chitty on Contracts* (2008), *op. cit.*, §§ 26-100C-26-100G, pp. 1663-1666.

⁵⁹⁰ Véase la exposición de la nueva regla de responsabilidad contractual en Derecho inglés que establece este caso en Antonio Manuel MORALES MORENO (2010), *op. cit.*, pp. 142-144.

⁵⁹¹ Véase un resumen de los hechos del caso en la nota al pie 46.

Ltd. v. Newman Industries Ltd. [1949] 2 K.B. 528⁵⁹², la Corte de Apelación empleó el criterio de la clase de pérdida, es decir, los contratantes hubieron de contemplar la producción de pérdidas de una clase determinada como una consecuencia no improbable del incumplimiento, sin requerir que al tiempo de celebración del contrato los contratantes contemplaran la extensión de las pérdidas de dicha clase si éstas seguían el curso ordinario de las cosas. La *House of Lords*, en *Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron II)* [1969] 1 A.C. 350⁵⁹³, fue mucho más restrictiva porque requirió que los contratantes hubieran contemplado que la probabilidad de la pérdida era considerable (“*a real danger*” o “*a serious possibility*”), ya que esta solución promueve el intercambio de información entre las partes sobre los daños inusuales que pueden derivarse del incumplimiento del contrato. De otro modo, cualquiera de los contratantes debería soportar una responsabilidad desproporcionada en relación con el valor del contrato.

En suma, el Derecho inglés reconoce la idoneidad de los pactos de liquidación anticipada para que las partes distribuyan de forma expresa el riesgo derivado del incumplimiento de un contrato.

⁵⁹² En *Victoria Laundry*, el demandado que se demoró 5 meses en la entrega de una caldera a un establecimiento de lavandería y tintorería sólo debe responder por los daños derivados de la alteración de su actividad empresarial habitual, pero no de aquellas pérdidas excepcionales, tales como las ganancias dejadas de obtener a resultas de la imposibilidad de cumplir con unos lucrativos contratos celebrados con el gobierno británico, pues la sociedad demandante no había comunicado la existencia de estos contratos en el momento de contratar.

⁵⁹³ En *The Heron II*, el transportista que entregó 3.000 toneladas de azúcar con 9 días de retraso en el puerto de Basrah responde de las pérdidas ocasionadas a causa del descenso del precio de venta, ya que el porteador de azúcar sabía que en dicha plaza había un importante mercado de esta mercancía. En idéntico sentido, *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd.* [1992] 1 A.C. 233.

3. Valoración de la regulación de los pactos de liquidación anticipada del daño en el *common law* según el análisis económico del Derecho

A partir del “modelo económico básico” expuesto en el capítulo primero, concluyo que la regulación de los pactos de liquidación anticipada del daño en los derechos estatales de los Estados Unidos de América y el Derecho inglés no sirve a la eficiencia, pues en tales ordenamientos este remedio ha sido disciplinado de manera que no favorece la transmisión de información contractualmente relevante en beneficio de ambos contratantes.

De este modo, el régimen de los pactos de liquidación anticipada del daño en el *common law* impide que dichos pactos puedan operar como un mecanismo de transferencia del riesgo derivado del incumplimiento al contratante con una menor aversión al riesgo.

Una regulación eficiente de los pactos de liquidación anticipada del daño requiere que los contratantes gocen de poder de disposición sobre la suma estipulada en el pacto en cuestión, poder de disposición que ha de comprender la libertad de estipular una suma superior al daño esperado y la de estipular una suma inferior al mismo.

Sin embargo, en los ordenamientos de *common law*, los contratantes carecen absolutamente de este poder de disposición sobre la suma

estipulada y, por tanto, este remedio no es apto para funcionar como un mecanismo de transferencia del riesgo del incumplimiento:

- i) Bajo los derechos estatales de los Estados Unidos de América, la suma estipulada ha de superar el juicio de razonabilidad: un juez ha de estimar que la suma estipulada es adecuada, ya sea en relación con el daño esperado en el momento de contratar, o bien en relación con el daño efectivo. En consecuencia, el pacto de liquidación anticipada del daño no resulta útil para proteger el interés de un acreedor que tenga una valoración alta de la prestación.

Asimismo, en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, los pactos de liquidación anticipada del daño con cuantías irrisorias son susceptibles de anulación con fundamento en la doctrina de la *unconscionability*.

- ii) En Derecho inglés, la suma estipulada en un pacto de liquidación anticipada ha de constituir una estimación genuina del daño el momento de celebración del contrato. De nuevo, el pacto de liquidación anticipada del daño tampoco resulta útil para salvaguardar el interés de un acreedor con una valoración alta de la prestación.

Ahora bien, en Derecho inglés, se admite expresamente que los pactos de liquidación anticipada del daño tengan por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor,

esto es, el acreedor asume una porción mayor del riesgo de incumplimiento exonerando al deudor del resarcimiento íntegro del daño.

Con arreglo a estos términos, en las jurisdicciones de *common law*, los tribunales han venido sometiendo a los pactos de liquidación anticipada del daño a un examen específico sobre su validez que, a la práctica, ha supuesto la aplicación selectiva de estos pactos, generando un elevado grado de incertidumbre a los contratantes.

El resultado de este estricto control que ejercen los tribunales será siempre la plena validez del pacto o su nulidad, sin que los tribunales puedan proceder a la moderación de la suma estipulada (si bien, a la práctica, los tribunales ingleses moderan la suma estipulada por la vía de la interpretación de los términos del contrato). Esta discontinuidad incentiva al deudor a incumplir, o cumplir de manera defectuosa, y después litigar.

En conclusión, frente a la eficiencia de la regulación de los pactos de liquidación anticipada en Derecho español, el régimen de tales pactos en los derechos estatales de los Estados Unidos de América y el Derecho inglés es ineficiente, aunque la regulación en Derecho inglés en menor grado porque al menos autoriza que los pactos de liquidación anticipada del daño sea empleados para limitar la responsabilidad del deudor.

CAPÍTULO V: LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT (2010) Y LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

La labor de los juristas que trabajan bajo los auspicios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado resultó en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010, en adelante “Principios UNIDROIT”). Hasta ahora, los Principios UNIDROIT han sido aquéllos que han tenido una mayor aplicación en la práctica, pues no sólo son designados con frecuencia como ley aplicable por las partes en contratos mercantiles, sino que incluso la Sala Primera del Tribunal Supremo los ha mencionado en sus sentencias más recientes⁵⁹⁴.

En paralelo, los esfuerzos de la doctrina a esta orilla del Atlántico no se han dirigido a establecer unas líneas maestras, sino a proporcionar una regulación casi completa sobre las distintas instituciones de Derecho Privado. Por ello, en materia de Derecho de contratos, su ambiciosa labor ha resultado en textos articulados que suministran reglas sobre la práctica totalidad de aspectos, aunque en muchas ocasiones las soluciones que aportan distan de ser originales y

⁵⁹⁴ Véase, por ejemplo, Pilar PERALES VISCASILLAS (2009), “Capítulo 7. Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, pp. 203-207, aunque a veces los Principios UNIDROIT se citan conjuntamente con los PECL y la Convención de Viena de 1980.

creativas, reproduciendo las normas de derecho positivo vigentes en la mayoría de ordenamientos. Con mejor o peor fortuna, su tarea ha consistido en la codificación del Derecho contractual europeo y en la manifestación de las reglas comunes a muchas legislaciones nacionales.

En relación con las propuestas de regulación del Derecho Privado europeo, ni están todas las que son, ni son todas las que están. Los proyectos de armonización que analizo a continuación son los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000, en adelante PECL)⁵⁹⁵, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (2001, en adelante ACEC)⁵⁹⁶, y el Borrador del Marco Común de Referencia (2009, en adelante DCFR)⁵⁹⁷. Todos ellos son fruto de la iniciativa de diversos grupos de académicos: la comisión liderada por Ole LANDO y Hugh BEALE; la Academia de Pavía bajo la dirección de Giuseppe GANDOLFI; y los equipos que forman el *Study Group on a European Civil*

⁵⁹⁵ Ole LANDO y Hugh BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (2000), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston. Tras los Principios UNIDROIT, los PECL son la propuesta normativa que goza de mayor reconocimiento por los tribunales españoles, así la STS, 1ª, 17.12.2008, FD 3º (RJ 2009\675, MP: Encarnación Roca Trías) expresa: “el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil”. Asimismo, véase la aplicación de los PECL por el Alto Tribunal en pronunciamientos posteriores, las SSTS, 1ª, 25.5.2009, FD 3º (RJ 2417, MP: Encarnación Roca Trías), 16.12.2009, FD 9º (RJ 2010\859, MP: Encarnación Roca Trías) y 7.1.2010, FD 4º (RJ 154, MP: Encarnación Roca Trías).

⁵⁹⁶ Giuseppe GANDOLFI (coord.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre Premier* (2001), Giuffrè, Milán.

⁵⁹⁷ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL GROUP y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (2009), Sellier, Munich. El artículo relativo a cláusula penal del DCFR (artículo III-3:712) reproduce literalmente la regulación que de la misma hace el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT.

Group y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, respectivamente⁵⁹⁸.

Históricamente, no ha habido una verdadera voluntad política de unificar el Derecho de contratos en el seno de la Unión Europea, a pesar de que desde el año 2010 ha habido varias señales de cambio. Por ejemplo, la aprobación por la Comisión Europea de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea⁵⁹⁹, propuesta madura e innovadora de armonización del Derecho de contratos que se centra en aspectos problemáticos de las operaciones transfronterizas, sin abordar aquellas cuestiones que resuelven mejor los derechos nacionales. Es decir, en Derecho comunitario, no hay normas uniformes sobre penas convencionales.

En cuanto a la cláusula penal, las cuestiones de mayor interés que resuelven los Principios UNIDROIT y las tres propuestas de armonización del Derecho Privado europeo antes mencionados son, naturalmente, su admisibilidad y la facultad de intervención judicial, restringiendo o ampliando la autonomía de la voluntad de los

⁵⁹⁸ Sobre la evolución y las posibles funciones de los proyectos de armonización del Derecho Privado europeo, en particular los PECL y el DCFR, véase por todos Simon WHITTAKER (2009), “A Framework of Principle for European Contract Law?”, 125 *The Law Quarterly Review*, pp. 616-647.

⁵⁹⁹ COM (2011) 635 final. Esta propuesta de la Comisión coincide con el pensamiento generalizado según el cual lo más probable es que un reglamento comunitario adopte, total o parcialmente, un cuerpo armonizado de normas como instrumento opcional que los contratantes podrán elegir como ley aplicable a su contrato en lugar de los derechos nacionales (el denominado “*blue button*”). Véase Hans SCHULTE-NÖLKE (2007), “EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’”, 3 *European Review of Contract Law*, pp. 348-349.

contratantes según el caso, si bien los planteamientos dominantes han sido aquéllos propios de la tradición jurídica del *civil law* y no los del *common law*.

1. Admisibilidad de la figura bajo distintas denominaciones

Los Principios UNIDROIT y los proyectos de armonización coinciden unánimemente en la admisión de la cláusula penal, solución que a muchos podría parecer lógica y natural, pero que no lo es, a la vista de la oposición tradicional de los sistemas de *common law*, por mucho que la presencia de dicha tradición legal sea minoritaria en Europa (Reino Unido e Irlanda).

Así, bajo distintos términos, las cuatro propuestas de regulación dan cobijo a esta institución característica del Derecho europeo continental de contratos. Los Principios UNIDROIT (artículo 7.4.13) y el DCFR (artículo III-3:712) emplean la fórmula “pago estipulado para el incumplimiento”. Y, de modo similar, los PECL (artículo 9:509) aluden al “pago convenido por el incumplimiento”. El único proyecto fiel a la denominación clásica es el ACEC, pues mantiene en su artículo 170 el nombre genuino de “cláusula penal”, a pesar de que los redactores del resto de textos prefirieran otra denominación.

El uso de las expresiones “pago convenido” o “pago estipulado” es más respetuoso con la prohibición de las cláusulas penales y, de esta

manera, la redacción da cabida a la cláusula penal, pero sin excluir cualquier otro pacto de liquidación anticipada del daño autorizado por los ordenamientos de *common law*. Por tanto, esta denominación, “pago convenido” o “pago estipulado”, es sin duda la solución más adecuada para la armonización de legislaciones pertenecientes a tradiciones jurídicas distintas⁶⁰⁰.

2. Concepto: prestación o suma pactada

El concepto de cláusula penal no es uniforme en las diferentes propuestas. Los Principios UNIDROIT (artículo 7.4.13 (1)) y el DCFR (artículo III-3:712 (1)) hacen referencia exclusivamente a la previsión en el contrato de una suma determinada, aunque también sería admisible que las partes se hayan limitado a estipular los criterios para el cálculo de dicha suma⁶⁰¹. Del mismo modo, los PECL (artículo 9:509 (1)) sólo prevén que la pena convencional consista en el pago de la cantidad de dinero acordada por las partes en el contrato⁶⁰².

⁶⁰⁰ Michael Joachim BONELL (ed.) (2006), *The UNIDROIT Principles in Practice. Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, 2ª ed., Transnational Publishers, Ardsley (Nueva York), p. 342, subraya la definición deliberadamente amplia por la que optaron los redactores del artículo 7.4.13 (1) a fin de conciliar las dos tradiciones jurídicas dominantes, puesto que da cabida a pactos de liquidación anticipada del daño de cualquier naturaleza, incluida la pena convencional.

⁶⁰¹ Ewan MCKENDRICK (2009), “Article 7.4.13”, en Stefan VOGENAUER y Jan KLEINHEISTERKAMP (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, p. 923, respecto a la versión anterior de los Principios UNIDROIT, la cual presenta en este punto la misma redacción que la versión de 2010.

⁶⁰² Jorge FELIU REY (2014), *op. cit.*, p. 191, sostiene que los Principios UNIDROIT, el DCFR y los PECL sólo prevén la pena pecuniaria porque en estas regulaciones la cláusula penal cumple necesariamente una función sustitutiva o liquidatoria, mientras que la pena consistente en una prestación no pecuniaria es propia de sistemas legales

Por su parte, el ACEC (artículo 170.1) vuelve a desmarcarse del resto de proyectos y brinda la definición más amplia de la institución, pues comprende todo pacto de las partes en caso de incumplimiento que comporte la realización por el deudor de una prestación determinada, ya sea el pago de dinero, la entrega de bienes o cualquier otra. Otra vez, este texto sigue a pie juntillas la regulación tradicional de la cláusula penal en los ordenamientos de derecho continental⁶⁰³.

Como novedad, el artículo 170.1 ACEC introduce en su último inciso la posibilidad de que las partes pacten el resarcimiento íntegro del daño efectivo si resulta ser superior al resarcimiento convenido. De ello se deduce que el régimen dispositivo sea el de limitación de la reclamación del acreedor a la compensación estipulada, ya sea el

en los que la cláusula penal puede tener también una finalidad coercitiva. Por el contrario, a mi juicio, este planteamiento es incorrecto: la naturaleza pecuniaria o no de la pena pactada es irrelevante a estos efectos, pues lo crucial es el valor de la pena en relación con el daño derivado del incumplimiento. Por este motivo, resulta obvio que una pena pecuniaria es del todo apta para coaccionar al deudor al cumplimiento de la obligación principal, siempre y cuando la cuantía fijada sea suficientemente elevada.

⁶⁰³ Tanto en Derecho inglés como en los derechos estatales de los Estados Unidos de América, la *penalty doctrine* también puede resultar de aplicación a aquellos pactos que por razón del incumplimiento imponen al deudor consecuencias adversas distintas del pago de suma de dinero y la pérdida de depósitos efectuados en metálico (*forfeiture of monies paid*), aunque éstas suelen consistir en el menoscabo de derechos que se traduce en modificaciones de obligaciones pecuniarias preexistentes. Por ejemplo, las *invoicing back clauses* (alteración del precio); las cláusulas de vencimiento anticipado (*acceleration clauses*), que establecen la exigibilidad del capital pendiente y los intereses remuneratorios; y las sumas estipuladas para los supuestos acordados de terminación anticipada del contrato. Sin embargo, en *Jobson v. Johnson* (1989), de forma excepcional, la Corte de Apelación británica ejecutó parcialmente una cláusula similar a un pacto de reserva de dominio y el vendedor recobró las acciones que había transmitido al comprador porque éste satisfizo el pago del precio según lo acordado.

incumplimiento doloso o culposo. No obstante, esta conclusión se desprendería igualmente de las restantes propuestas de regulación.

Sin embargo, las cuatro propuestas coinciden en los efectos que atribuyen a la estipulación: liberar al acreedor perjudicado de la prueba de los daños derivados del incumplimiento contractual. Si bien el ACEC (artículo 170.2) es el proyecto que recoge explícitamente este efecto, esta consecuencia también se deriva del resto de textos, pues presume el derecho del acreedor a percibir la cantidad pactada con independencia de cuál haya sido el daño efectivo. Por ello, el acreedor perjudicado tan solo deberá probar el incumplimiento del contrato.

El incumplimiento puede adoptar las tres modalidades habituales: el incumplimiento total, el cumplimiento defectuoso y la mora o cumplimiento tardío. Únicamente el ACEC (artículo 170.1) menciona las tres modalidades de incumplimiento. El resto de propuestas no se refiere a ellas en sede de cláusula penal, pues se trata de una categoría que ya ha sido definida con anterioridad y que incluye las tres modalidades: artículo 7.1.1. Principios UNIDROIT, artículo III-1:102 (3) DCFR y artículo 1:301 (4) PECL. La definición de “incumplimiento” de los PECL es incluso más amplia porque abarca la falta de cooperación para que el contrato alcance plena ejecución, lo que comprende la violación de deberes accesorios por alguno de los contratantes⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴ Véase Luis DíEZ-PICAZO, Encarnación ROCA TRIAS y Antonio Manuel MORALES (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, p. 322.

El incumplimiento ha de ser imputable al deudor para que la prestación o suma pactada sea exigible. En su mayoría, los proyectos de armonización adoptan 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), es decir, el régimen de incumplimiento es objetivo, pues el deudor responde de aquellos impedimentos determinantes del incumplimiento que se hayan producido en su ámbito de control y que eran razonablemente previsibles en el momento de contratar. Este régimen objetivo es el que los Principios UNIDROIT establecen en su artículo 7.1.7 (1) al fijar el concepto de “fuerza mayor”⁶⁰⁵ y el que se deduce directamente de los artículos 8:108 (1) PECL y III-3:104 (1) DCFR, ambos relativos a las causas de exoneración⁶⁰⁶. Tan solo el ACEC (artículos 89 y ss.) imita los sistemas de responsabilidad contractual vigentes en los ordenamientos de derecho continental, basados en la culpa o negligencia del deudor.

Ninguno de los textos admite sin embargo la pena cumulativa, a pesar de que la UNCITRAL en sus Normas Uniformes sobre Cláusulas

⁶⁰⁵ Artículo 7.1.7 (1) Principios UNIDROIT: “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”.

⁶⁰⁶ Artículo 8:108 (1) PECL: “El incumplimiento de una de las partes es excusable si se prueba que se debió a un impedimento fuera de su control y que no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato, ni tampoco que se hubieran evitado o superado el impedimento o sus consecuencias”.

Artículo III-3:104 (1) DCFR: “Un incumplimiento del deudor es excusable si se debió a un impedimento fuera de su control y razonablemente no se podía esperar que el deudor hubiera evitado o superado el impedimento o sus consecuencias”.

Contractuales por las que se Establece una Suma Convenida en Razón de la Falta de Cumplimiento (A/CN.9/243, anexo I), siempre que medie el pacto expreso de los contratantes (artículo 6)⁶⁰⁷.

<p>7.4.13 (1) Principios UNIDROIT</p>	<p><i>Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.</i></p>
<p>III-3:712 (1) DCFR</p>	<p><i>Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.</i></p>
<p>9:509 (1) PECL</p>	<p><i>Cuando el contrato establece que la parte que incumple debe pagar una suma de dinero a la parte perjudicada por tal incumplimiento, ésta deberá recibir dicha cantidad con independencia de cuál haya sido su pérdida efectiva.</i></p>
<p>170.1-2 ACEC</p>	<p><i>1. (...) si las partes, en el acto de la estipulación del contrato, han convenido, en una cláusula penal, que, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto, o de retraso,</i></p>

⁶⁰⁷ Su artículo 6 dispone: “1) Si el contrato establece que el acreedor tiene derecho a la suma convenida en razón del retraso en el cumplimiento, tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida. 2) Si el contrato establece que el acreedor tiene derecho a la suma convenida en razón de una falta de cumplimiento distinta del retraso, tendrá derecho al cumplimiento o a la suma convenida. No obstante, si la suma convenida no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por la falta de cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida”. Y su artículo 9 establece: “Las partes podrán disponer en contrario o modificar los efectos de los artículos 5, 6 y 7 de las presentes Normas”.

	<p><i>sea debida, por el deudor, una prestación determinada, en ésta consiste el resarcimiento debido por el mismo al verificarse las situaciones dichas, siempre que no se haya convenido el resarcimiento del daño ulterior.</i></p> <p><i>2. La prestación a que se refiere el apartado precedente es debida sin que el acreedor tenga que probar la existencia del daño y su entidad.</i></p> <p><i>3. El acreedor podrá exigir el cumplimiento o la prestación prevista en la cláusula penal sólo si esta última se hubiera estipulado para el simple retraso.</i></p>
--	---

3. Moderación judicial de la prestación o suma pactada

Todas las propuestas de regulación ofrecen la misma solución: la moderación de la pena por razones de equidad y su configuración como una facultad del juez en lugar de un deber. La única propuesta que incluye de manera explícita la moderación de la pena en caso de cumplimiento parcial es el ACEC (artículo 170.4)⁶⁰⁸. Así pues, los cuatro textos analizados se hacen eco de la regulación predominante

⁶⁰⁸ En relación con los Principios UNIDROIT, hay autores que sostienen que la moderación de la suma pactada en caso de cumplimiento parcial también sería posible sin que haya una referencia expresa a la misma, véase Michael Joachim BONELL (ed.) (2006), *op. cit.*, p. 427. Sin embargo, en caso de una eventual reforma del Código Civil español, la falta de inclusión de este supuesto de reducción de la pena supondría su supresión, ya que el artículo 1154 CC lo recoge en la actualidad como el único fundamento para tal moderación. De hecho, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2008) omite el cumplimiento parcial como presupuesto de reducción de la pena.

de la cláusula penal en los ordenamientos europeos de derecho continental y, siguiendo esta misma línea, la Propuesta de la Comisión General de Codificación también ha incorporado la moderación con fundamento en la equidad, importante novedad respecto del Derecho español vigente, pero ha omitido la referencia a la reducción en el supuesto de incumplimiento parcial, la cual, achaco a un error en la redacción del articulado, como ya he señalado.

La técnica de regulación empleada en los cuatro proyectos no es la regla sino el estándar. Una y otra técnica de regulación difieren en el grado de discrecionalidad del juez que ha de aplicarlas. La regla determina con precisión el supuesto de hecho al que atribuye una consecuencia jurídica, mientras que el estándar deja al juez un radio de acción considerable porque su formulación es deliberadamente abierta⁶⁰⁹. El juez será quien verifique si concurre el presupuesto de la reducción y quien, en caso de concurrir, decida moderar o no la pena.

La principal diferencia entre los distintos textos reside en los parámetros que el juez debe valorar para revisar la prestación o suma pactada. Los Principios UNIDROIT, el DCFR y los PECL remiten al daño efectivo y “las demás circunstancias”, o “cualesquiera otras circunstancias”, mientras que el ACEC se desmarca al hacer referencia

⁶⁰⁹ Al respecto, véase Iñigo DE LA MAZA GAZMURRI (2006), “El secreto está en la técnica: los límites de la cláusula penal”, *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, núm. 7, pp. 9-50, autor que examina el régimen de la cláusula penal en Derecho chileno y pone de relieve que la aplicación del estándar presenta unos costes mayores que la de la regla. En este sentido, Louis KAPLOW (1992), “Rules versus Standards: an Economic Analysis”, 42 *Duke Law Journal*, pp. 557-629, quien sostiene que no sólo la aplicación del estándar es más costosa para los individuos y los operadores jurídicos, sino que además su aplicación difícilmente reflejará su contenido real.

al interés del acreedor⁶¹⁰. Las circunstancias que el juez puede tomar en consideración, pero que ninguno de los textos menciona, son las siguientes: el perjuicio previsible, la naturaleza del contrato, la causa del incumplimiento y la buena o mala fe del deudor⁶¹¹.

Además de ser criticable el amplio grado de discrecionalidad de que el juez dispone⁶¹², también lo es que el único criterio explicitado por los Principios UNIDROIT, el DCFR y los PECL sea el del daño efectivo, puesto que el criterio propio de la responsabilidad contractual es del daño previsible en el momento de contratar (artículo 1107 CC) y es aquél que debiera regir en materia de pactos sobre indemnizaciones por incumplimiento para valorar la razonabilidad de la prestación o suma acordada por las partes. Este criterio de razonabilidad *ex ante* de

⁶¹⁰ Según Germán DE CASTRO VÍTORES (2003), “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje”, en Carlos VATTIER, José M.^a DE LA CUESTA y José M.^a CABALLERO (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, t. II, Dykinson, Madrid, pp. 635-636, el criterio esencial del artículo 170.4 ACEC es el interés del acreedor, esto es, su grado de satisfacción con arreglo al grado de cumplimiento del contrato y a las ventajas obtenidas por el deudor hasta el momento del incumplimiento. Sin embargo, este autor añade que entran en juego otro tipo de consideraciones tales como la cualidad subjetiva de los contratantes, su actitud contractual y su situación financiera. En mi opinión, el interés del acreedor permite la inclusión de diversos factores, pero no las consideraciones mencionadas no tendrían cabida, ya que la redacción del precepto habría sido otra aludiendo a “las demás circunstancias” o “cualesquiera otras circunstancias”, solución adoptada por el resto de propuestas de regulación.

⁶¹¹ Éstas son las circunstancias enumeradas en la Exposición de Motivos de la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, que prevé igualmente la revisión judicial de la pena que sea manifiestamente excesiva en su artículo 7.

⁶¹² Diferente es la opinión de David MORÁN BOVIO (2003), *op.cit.*, p. 381, quien propone sustituir la expresión “a pesar de cualquier pacto en contrario” por “a pesar de cualquier norma o pacto en contrario” con la finalidad de permitir al juez reequilibrar la cuantía indemnizatoria tanto si deriva de las normas como del acuerdo de las partes. El único sentido de esta modificación sería el de ampliar la facultad moderadora del juez a aquellas cláusulas penales legales.

la cuantía pactada es el utilizado por los tribunales estadounidenses y el que había sido recogido por la UNCITRAL en su Proyecto de Normas Uniformes sobre Indemnización Convencional y Cláusulas Penales (A/CN.9/218) (artículo G.2)⁶¹³, aunque la UNCITRAL también optó por la revisión judicial de la pena manifiestamente desproporcionada en relación con el daño efectivo en las Normas Uniformes sobre Cláusulas Contractuales por las que se Establece una Suma Convenida en Razón de la Falta de Cumplimiento (A/CN.9/243, anexo I, artículo 8)⁶¹⁴. Sin embargo, si bien no lo excluyen, ni los Principios UNIDROIT, ni el DCFR y ni los PECL tan siquiera lo mencionan⁶¹⁵.

Por otro lado, el parámetro que hay que atender según el ACEC es el “interés del acreedor”, motivo por el cual el juez deberá valorar el llamado interés positivo para apreciar que la pena pactada es manifiestamente excesiva. El juez comparará el valor de la prestación convenida en caso de incumplimiento con el montante del resarcimiento del interés positivo, aquél que coloca al perjudicado en

⁶¹³ Artículo G.2: “(...) la suma convenida podrá ser reducida si se demuestra que es manifiestamente desproporcionada en relación con la pérdida sufrida por el acreedor, y si la suma convenida no puede ser considerada razonablemente como una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor”.

⁶¹⁴ Artículo 8: “La suma convenida no será reducida por un tribunal judicial o arbitral, a menos que resulte sustancialmente desproporcionada en relación con los daños y perjuicios sufridos por el acreedor”.

⁶¹⁵ Es más, según Ewan MCKENDRICK (2009), “Article 7.4.13”, *op. cit.*, p. 925, el daño que el juez ha de apreciar es el daño efectivo y no aquél que las partes hubiesen podido prever razonablemente en el momento de celebración del contrato. Incluso este autor señala que el daño previsible en el momento de contratar no tiene cabida en “las demás circunstancias”, pues esta expresión alude a la formación del contrato, el poder de negociación de las partes y la simetría informativa.

la misma situación en que se encontraría de haberse cumplido el contrato⁶¹⁶.

Por último, los cuatro textos coinciden en establecer como presupuesto para la reducción de la pena que ésta sea “notoriamente”, “manifiestamente” o “notablemente” excesiva. Es decir, resulta insuficiente que la pena supere el daño efectivo, la diferencia entre una y otro debe ser sustancial, tan sustancial que cualquier persona razonable la juzgue extremadamente excesiva⁶¹⁷.

<p>7.4.13 (2) Principios UNIDROIT</p>	<p><i>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.</i></p>
<p>III-3:712 (2) DCFR</p>	<p><i>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.</i></p>

⁶¹⁶ El artículo 166.3.a) ACEC define el interés positivo del modo siguiente: “la satisfacción de su interés (positivo) a que el contrato sea puntual y exactamente cumplido, teniendo también en cuenta los gastos y las cargas que ha debido afrontar y que se habrían compensado con el cumplimiento, siempre que el daño resulte del incumplimiento, del cumplimiento inexacto o del retraso”.

⁶¹⁷ De acuerdo con los comentarios oficiales, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (2007), The Global Law Collection, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 261: “(...) es necesario que la suma estipulada sea “manifiestamente excesiva”, esto es, que claramente así se perciba por cualquier persona razonable”. No cabe otra interpretación de la expresión “manifiestamente excesiva y este presupuesto así interpretado es ineludible para la moderación de la suma pactada, véase Michael Joachim BONELL (ed.) (2006), *op. cit.*, p. 427.

<p>9:509 (2) PECL</p>	<p><i>Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias.</i></p>
<p>170.4 ACEC</p>	<p><i>La prestación prevista en la cláusula penal puede ser equitativamente reducida por el juez cuando el deudor ha efectuado, y el acreedor no lo ha rechazado, un cumplimiento parcial, o cuando la entidad de la prestación prevista en la cláusula penal misma es manifiestamente excesiva, habida cuenta, en todo caso, del interés que el acreedor tenía en el cumplimiento.</i></p>

4. Cláusulas penales legales: intereses moratorios y anatocismo

Las cláusulas penales legales, aquéllas que operan *ex lege* sin necesidad de pacto de los contratantes, también han sido reguladas por los proyectos de armonización. En concreto, los proyectos abordan las penas derivadas del retraso en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias: los intereses moratorios y el anatocismo. Naturalmente, el régimen tanto de los intereses de demora como del anatocismo es dispositivo, esto es, puede ser modificado mediante el acuerdo de las partes.

4.1. Intereses moratorios

Los intereses de demora constituyen la modalidad de resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de una obligación de pago. Ello es así en todas las propuestas de regulación, que coinciden en fijar el inicio de su devengo en la fecha de vencimiento y la terminación del mismo en el momento del pago efectivo. De los cuatro textos se desprende además que el régimen previsto es el de la mora automática, sin necesidad de reclamación por parte del acreedor, con la particularidad adicional de que dicho régimen es completamente objetivo: al deudor le es siempre imputable el impago, sin que quepa oponer ninguna causa de exoneración.

No debe resultar llamativo que los Principios UNIDROIT, el DCRF y los PECL guarden silencio en estos preceptos sobre el pacto de intereses de demora, que será siempre de aplicación prioritaria, pues tal estipulación constituye una cláusula penal y, por tanto, resta sujeta a lo previsto en cada uno de los textos por las disposiciones al respecto ya citadas⁶¹⁸.

A diferencia del Derecho civil español (artículo 1108 CC), no hay alusión alguna al interés legal del dinero, sino que los proyectos de armonización remiten al tipo de interés de mercado, ya sea al de la banca en contratos de préstamo a corto plazo, como hacen los Principios UNIDROIT (artículo 7.4.9 (3)), el DCFR (artículo III-3:708 (1)) y los PECL (artículo 9:508 (1)), o al del Banco Central Europeo,

⁶¹⁸ David MORÁN BOVIO (2003), *op.cit.*, p. 371.

de acuerdo con el ACEC (artículo 169.3-4)⁶¹⁹. Por tanto, la regulación sobre este aspecto se aproxima a la vigente en la LMOC (artículo 7.2), con la salvedad del incremento del tipo de interés de mercado en siete puntos, el mínimo marcado por el artículo 3.1.d) de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE L-200, de 8.8.2000).

Asimismo, desde el punto de vista de nuestro Derecho, la reglamentación propuesta por los textos mencionados se asemeja al régimen mercantil de los intereses de demora, ya que éstos no absorben la totalidad de partidas indemnizatorias, al permitir que el acreedor reclame al deudor moroso cuantías que excedan el importe de los intereses moratorios. A pesar de ello, la ley española ciñe la reclamación del exceso a una sola partida, los costes de cobro, y fija techos indemnizatorios para la misma (artículo 8 LMOC)⁶²⁰.

Frente a la tradicional negación de indemnizaciones suplementarias, vigente en Derecho español en el ámbito de los contratos civiles, los textos estudiados, aunque el ACEC con mayores dudas⁶²¹, posibilitan

⁶¹⁹ Para una explicación completa del régimen de los intereses en el ACEC o Proyecto Pavía, véase Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (2009), “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, en Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, pp. 425-427.

⁶²⁰ El 15% del montante de la deuda, a menos que su cuantía sea inferior a 30.000 €, supuesto en que, en lugar del porcentaje mencionado, el importe de la deuda actúa como techo indemnizatorio. Véase el apartado 3.3.2. del capítulo segundo.

⁶²¹ Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (2009), *op. cit.*, p. 432, apuesta por esta solución, aunque es dudosa. Si bien el artículo 171 establece la acumulación de remedios para lograr la reparación íntegra del daño, el artículo 116.2 restringe dicha acumulación a los remedios enumerados sin compatibilizar de manera expresa los aquí examinados y, a diferencia del resto de proyectos, el artículo relativo a los

el resarcimiento de los otros daños que cause el impago, sin restricciones, en el mismo sentido que el artículo 78 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980)⁶²². Ahora bien, al igual que el mencionado artículo 78 de la Convención de las Naciones Unidas, el acreedor pecuniario que reclame una cantidad que supere los intereses moratorios estaría desprovisto de los privilegios de dicha posición en la reclamación del exceso, pues éste deberá probar la existencia, la cuantía y la previsibilidad del daño sufrido⁶²³.

<p>7.4.9 (1)-(3) Principios UNIDROIT</p>	<p><i>(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.</i></p> <p><i>(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda</i></p>
--	---

intereses moratorios no especifica que el “mayor daño” sea resarcible. Por todo ello, cabría concluir que según el ACEC los intereses de demora constituyen la única indemnización que el acreedor pecuniario percibiría del deudor moroso.

⁶²² Artículo 78 de la Convención: “Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”.

⁶²³ En relación con los Principios UNIDROIT, véase en este sentido Ewan MCKENDRICK, “Article 7.4.9”, en Stefan VOGENAUER y Jan KLEINHEISTERKAMP (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 910-911.

	<p><i>de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que el apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.</i></p> <p><i>(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.</i></p>
<p>III-3:708 (1)-(2) DCFR</p>	<p><i>(1) Si el pago de una suma de dinero se retrasa, sea o no excusable la falta de pago, el acreedor tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación al promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado.</i></p> <p><i>(2) El acreedor tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.</i></p>
<p>9:508 (1) PECL</p>	<p><i>Si el pago de una suma de dinero se retrasa, la parte perjudicada está facultada para reclamar los intereses de dicha suma desde el momento en que el pago se debió hasta el momento de pago efectivo, de acuerdo con los tipos bancarios en los préstamos a corto plazo con las condiciones más favorables del lugar en que debió hacerse el pago.</i></p>
<p>169.1-3 y 6 ACEC</p>	<p><i>(1) Dejando a salvo las normas especiales a la actividad comercial y de seguros, el deudor, en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o retraso relativos a deudas pecuniarias, está siempre obligado al resarcimiento del acreedor, sin que éste deba probar la existencia de un daño,</i></p>

	<p><i>no pudiendo invocar la eximente del artículo 162, apartado 1.</i></p> <p><i>(2) Tal resarcimiento consiste en el pago de los intereses que son debidos en la medida expresada en el apartado siguiente, incrementados, si ha lugar, por una suma a título de revalorización, conforme al artículo 86, apartado 5.</i></p> <p><i>(3) Salvo acuerdo en contrario, los intereses se calculan en base a las «tasas oficiales» publicadas periódicamente por el Banco Central Europeo, que debe hacer referencia, para los intereses debidos a los particulares y a los empresarios, respectivamente, al rendimiento medio y al costo medio del dinero.</i></p> <p><i>(4) Salvo acuerdo en otro sentido, el cálculo de la actualización debe efectuarse sobre la base de la tabla más reciente del «índice de precios al consumo armonizado» publicada periódicamente por Eurostat.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>(6) Queda a salvo cualquier convención diversa.</i></p>
--	--

4.2. Anatocismo

Con la sola excepción de los Principios UNIDROIT, el resto de proyectos de armonización prevén con carácter general la capitalización de los intereses legales moratorios que resulten

impagados, esto es, el anatocismo. Con todo, la regulación de los intereses anatocísticos no es homogénea, pues, por un lado, los PECL y el DCFR fijan que la capitalización sea anual y que no se devenguen intereses anatocísticos si las partes pactaron el tipo de interés aplicable en caso de mora y, por otro lado, el ACEC no regula la periodicidad de la capitalización ni tampoco diferencia entre intereses moratorios legales y convencionales, devengando ambos intereses anatocísticos.

En este aspecto, los proyectos de armonización (DCFR; PECL y ACEC) se apartan del régimen mercantil del anatocismo en Derecho español, que excluye el anatocismo legal, pues sólo autoriza el convencional (artículo 317 CCom). Además, a diferencia del régimen civil del anatocismo en Derecho español, el anatocismo legal previsto en los proyectos de armonización tiene carácter automático, ya que su devengo no requiere ningún tipo de reclamación al deudor, ni judicial ni extrajudicial. El anatocismo legal automático parte de la premisa de que los intereses moratorios raramente resarcen de manera íntegra el daño causado al acreedor por el retraso en el pago de la cantidad debida⁶²⁴.

Por último, para el cálculo de este anatocismo legal automático, el DCFR y los PECL emplean la fórmula del interés compuesto, fórmula que consiste en la acumulación sucesiva (cada doce meses) de los intereses impagados al capital para generar nuevos intereses. Frente a la fórmula simple o pura, la fórmula de la acumulación sucesiva

⁶²⁴ Christian VON BAR y Eric CLIVE (dirs., 2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, vol. 1, Sellier, European Law Publishers, Munich, p. 951.

incrementa la deuda en mayor medida. No obstante, esta fórmula anatocística se adecúa a la función estrictamente indemnizatoria del anatocismo, pues persigue el resarcimiento íntegro del perjuicio causado al acreedor, quien sufre el perjuicio de la indisponibilidad de los intereses devengados y no satisfechos, indisponibilidad que queda compensada mediante el devengo de nuevos intereses⁶²⁵.

<p>III.3:709 (1)-(2) DCFR</p>	<p><i>(1) El interés exigible de acuerdo con el artículo precedente [III.7:708] se añade al capital pendiente cada 12 meses.</i></p> <p><i>(2) El párrafo anterior no se aplica si las partes han pactado un tipo de interés de demora.</i></p>
<p>17:101 (1)-(2) PECL</p>	<p><i>(1) El interés exigible de acuerdo con el artículo 9:508 (1) se añade al capital pendiente cada 12 meses.</i></p> <p><i>(2) El párrafo anterior no se aplica si las partes han pactado un tipo de interés de demora.</i></p>
<p>169.5 ACEC</p>	<p><i>Todas las sumas de dinero referidas en los apartados precedentes [169.1-4] producen, a su vez, ulteriores intereses susceptibles de revalorización según los mismos criterios.</i></p>

⁶²⁵ María MEDINA ALCOZ (2011), “Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference”, *InDret 4/2011* (www.indret.com), p. 44.

5. Otros aspectos: la protección a consumidores y usuarios

Tan solo el ACEC dedica uno de los apartados de su artículo sobre cláusula penal a aquellas cláusulas penales pactadas en contratos de adhesión celebrados con consumidores. El resto de proyectos de armonización no establece una regulación especial de esta figura por razón del sujeto, puesto que ni los PECL ni los Principios UNIDROIT lo hacen en ninguna de las materias de las que se ocupan y el DCRF lo hace de manera general para determinados contratos en su Libro IV.

A primera vista, parece que el ACEC (artículo 170.5) es demasiado proteccionista con los consumidores porque reputa nula cualquier cláusula penal impuesta a un consumidor. En efecto, el precepto es más deferente, por ejemplo, que el Derecho español de consumo, que permite la imposición de penas convencionales a consumidores, siempre que no sean desproporcionadamente altas⁶²⁶.

No obstante, la sanción de nulidad únicamente se predica de las cláusulas penales que figuren en las condiciones generales del contrato, razón por la cual sería posible su estipulación en las condiciones particulares, las cuales habrán sido negociadas por el consumidor, sin

⁶²⁶ Así lo establece el artículo 85.6 del RDL 1/2007, por mucho que el artículo 62.3 del mismo texto legal proteja el desistimiento libre y unilateral del consumidor en contratos de tracto sucesivo e impida la imposición de penas que no se correspondan con los daños efectivamente causados, cláusulas que merecen la calificación de abusivas en virtud del artículo 87.6.

haberse limitado la decisión de éste a la aceptación o el rechazo de las estipulaciones del predisponente.

170.5 ACEC	<i>En los contratos en los que es parte un consumidor, son, en todo caso, ineficaces las cláusulas penales a cargo del mismo, contenidas en las condiciones generales del contrato.</i>
-------------------	---

6. Valoración de la regulación de los pactos de liquidación anticipada del daño en los Principios UNIDROIT y las tres propuestas de armonización del Derecho Privado europeo según el análisis económico del Derecho

Con base en el “modelo económico básico” que he descrito en el capítulo primero, concluyo que la regulación de los pactos de liquidación anticipada del daño en los Principios UNIDROIT y las tres propuestas de armonización del Derecho Privado europeo no sirve a la eficiencia, pues ninguno de estos textos regula este remedio para que sea un remedio apto para la transmisión de información contractualmente relevante en beneficio de ambos contratantes.

Por tanto, el régimen de los pactos de liquidación anticipada del daño en los Principios UNIDROIT y estas tres propuestas de armonización imposibilita que dichos pactos puedan operar como un mecanismo de transferencia del riesgo derivado del incumplimiento al contratante con una menor aversión al riesgo.

Según expuse en el capítulo segundo, una regulación eficiente de los pactos de liquidación anticipada del daño requiere que los contratantes gocen de poder de disposición sobre la suma estipulada, poder de disposición que ha de operar en una doble dirección: la libertad de estipular una suma superior al daño esperado y la de estipular una suma inferior al mismo. Así, cualquier restricción de este poder de disposición de los contratantes resta capacidad a este remedio para funcionar como un mecanismo de transferencia del riesgo del incumplimiento.

Los cuatro textos analizados admiten los pactos de liquidación anticipada del daño, pero todos ellos restringen este poder de disposición de los contratantes sobre la suma estipulada:

- i) La suma estipulada queda sometida a control judicial, pues los cuatro textos prevén la moderación de la suma pactada por razones de equidad y, si bien la moderación por el juez es facultativa, el juez dispone de un grado de discrecionalidad muy amplio.
- ii) Los Principios UNIDROIT, el DCFR y los PECL únicamente explicitan el daño efectivo como parámetro de referencia para juzgar si la suma estipulada es excesiva, prescindiendo por completo del daño previsible en el momento de contratar. Por ello, la regulación de los Principios UNIDROIT, el DCFR y los PECL no logra

proteger el interés de un acreedor con una valoración alta de la prestación.

- iii) Sin embargo, el ACEC establece el interés del acreedor como parámetro de referencia para juzgar si la suma estipulada es excesiva. Aunque bajo una formulación distinta, este parámetro acaba remitiendo igualmente al daño efectivo, pues el juez comparará la suma estipulada con el montante del resarcimiento del interés positivo. En consecuencia, la regulación contenida en el ACEC tampoco consigue proteger a los acreedores con una valoración alta de la prestación.

En definitiva, los Principios UNIDROIT y las tres propuestas de armonización del Derecho Privado europeo someten al juez la valoración sobre la adecuación o no de la suma estipulada al daño efectivo, fracasando el propósito esencial de los pactos de liquidación anticipada del daño: evitar la prueba en juicio del daño derivado del incumplimiento.

En conclusión, frente a la eficiencia de la regulación vigente de la cláusula penal en Derecho español, el régimen de los Principios UNIDROIT y las propuestas de armonización empequeñece el poder de disposición de los contratantes porque la suma estipulada es susceptible de revisión judicial.

CONCLUSIONES

A partir de la aplicación del denominado “modelo económico básico” descrito en el capítulo primero, concluyo que la regulación de la cláusula penal en Derecho español sirve a la eficiencia porque aproxima la conducta de las partes a la del paradigma del “contrato completo”, aquel contrato hipotético ideal que incorpora todas las variables de las que depende el bienestar de los contratantes.

El régimen actual de la cláusula penal en Derecho español permite que esta institución opere como un mecanismo de transferencia del riesgo derivado del incumplimiento al contratante que presente una menor aversión al riesgo en relación con el otro contratante, consiguiendo así la transmisión de información contractualmente relevante en beneficio de ambas partes.

Este resultado eficiente se alcanza porque los contratantes disponen de poder de disposición sobre la pena pactada, puesto que las partes gozan de la libertad de estipular tanto una suma superior al daño esperado como una suma inferior al mismo.

Así, el pacto de una suma superior al daño esperado protege el interés de un acreedor con una valoración alta de la prestación, mayor compensación por el incumplimiento que irá acompañada de un incremento del precio del contrato.

Y, por otro lado, el pacto de una suma inferior al daño esperado protege a un deudor más averso al riesgo que su acreedor, quien tiene una valoración baja de la prestación. Dado que el acreedor asume una porción mayor del riesgo de incumplimiento, esta pena convencional inferior al daño esperado irá acompañada de una rebaja del precio del contrato.

En Derecho español de contratos, el mantenimiento de la regla de inmutabilidad de la pena impide la revisión judicial de la pena por razones de equidad. La moderación judicial de la pena ex artículo 1154 CC se reserva sólo para aquellos casos en los que la cláusula penal ha previsto un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento acontecido, sin que quepa la moderación judicial de la pena cuando ha tenido lugar el incumplimiento previsto por las partes.

Únicamente en los supuestos de penas abusivas contenidas en contratos de adhesión con consumidores y de cláusulas penales que suponen pactos contrarios a la libre competencia la intervención judicial está plenamente justificada y el ordenamiento se provee de cauces específicos que, entre otros efectos, llevarán aparejada la nulidad de tales estipulaciones.

Por tanto, la regulación de la cláusula penal en Derecho español es eficiente porque los contratantes tienen poder de disposición sobre la pena pactada sin interferencias de los tribunales, ya que se sustrae al juez la valoración sobre la adecuación de la pena. En este sentido, mediante la estipulación de la cláusula penal, el objetivo primario de

los contratantes fue evitar la prueba en juicio del daño derivado del incumplimiento para su cuantificación por un tribunal.

Contra lo que se pueda pensar, los jueces tampoco son inmunes a los sesgos cognitivos y, por mucho que su visión de la relación contractual sea imparcial y *ex post*, ningún juez es capaz de suplir la voluntad de las partes en el momento de contratar e incorporar la contingencia no prevista el mismo modo que lo hubieran hecho las partes.

Frente a la eficiencia de la regulación vigente de la cláusula penal en Derecho español, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos restringe el poder de disposición de los contratantes sobre la pena pactada porque introduce la moderación judicial de la pena por razones de equidad.

Si bien la reforma que supone la Propuesta alinearía al Derecho español de contratos con el resto de ordenamientos europeos, la pérdida de esta peculiaridad de nuestro Derecho –el único ordenamiento de derecho continental que no ha dado entrada a la equidad como motivo para la reducción de la pena convencional– iría en detrimento de los contratantes porque disminuye la capacidad de este remedio como mecanismo de transferencia del riesgo del incumplimiento.

Bajo este sistema de aplicación literal de la pena sujeta a reducción, el deudor incumplidor tiene menos incentivos para transigir y está más inclinado a litigar, ansioso de que la cuantía de la pena devenga controvertida.

En consecuencia, la regulación de la cláusula penal en Derecho español es superior en términos de eficiencia a la regulación de esta institución en otros ordenamientos europeos porque la moderación judicial de la pena por razones de equidad es la solución comúnmente adoptada tanto en los sistemas latinos como en los sistemas germánicos.

En esencia, en los sistemas de aplicación literal de la suma pactada sujeta a reducción, la moderación judicial de la pena por razones de equidad persigue reequilibrar aquellos supuestos en los que, o bien la asimetría informativa o bien la imprevisibilidad tanto de los sucesos como de sus consecuencias, conlleva que uno de los contratantes resulte injustamente beneficiado en detrimento del otro contratante. Ahora bien, este loable objetivo choca con la elevada dificultad de probar en juicio tales circunstancias.

Lógicamente, la regulación de la cláusula penal en Derecho español también es superior en términos de eficiencia respecto de los regímenes de *common law*, en particular, respecto de los derechos estatales de los Estados Unidos de América y el Derecho inglés. En estos ordenamientos, los contratantes carecen de poder de disposición sobre la suma estipulada en los pactos de liquidación anticipada.

Además, a la práctica, los exámenes específicos de validez a los que son sometidos por los tribunales los pactos de liquidación anticipada en las jurisdicciones de *common law* han conllevado la aplicación

selectiva de tales pactos, generando un elevado grado de incertidumbre.

Por último, la regulación de la cláusula penal en Derecho español es igualmente superior en términos de eficiencia respecto de los textos de *soft law* analizados en esta tesis, en concreto, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y tres de los proyectos de armonización del Derecho Privado europeo (los Principios del Derecho Europeo de Contratos, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos y el Borrador del Marco Común de Referencia). Todos estos textos de *soft law* admiten los pactos de liquidación anticipada del daño, pero adoptan sin grandes matices el modelo típico de derecho continental, esto es, un sistema de aplicación literal de la suma pactada sujeta a reducción.

En consecuencia, el régimen de los Principios UNIDROIT y las propuestas de armonización del Derecho Privado europeo someten a los tribunales la valoración sobre la adecuación de la suma estipulada, de manera que achican el poder de disposición de las partes sobre dicha suma.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (1977) “Comments, Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code”, 45 *Fordham Law Review*, pp. 1349-1381.

Philippe AGHION y Patrick BOLTON (1987), “Contracts as a Barrier to Entry”, 77 *American Economic Review*, pp. 388-401.

Alicia AGÜERO ORTIZ (2015), “Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!”, *Centro de Estudios de Consumo* (www.uclm.es/centro/cesco).

Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1983), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2, Edersa, Madrid.

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

--- (1997), *Derecho Civil*, t. II, vol. 1, 10ª ed., Bosch, Barcelona.

--- (2010), “Algunas reflexiones sobre la obligación alternativa”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 3-13.

María Teresa ÁLVAREZ MORENO (2013), “Incumplimiento y resolución del contrato de compraventa de vivienda: moderación de la cláusula penal. Sentencia de 7 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8004)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, pp. 115-138.

Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2006), ”Artículos 1108 y 1109”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 1332-1338.

--- (2013), “Capítulo 18.I Préstamo civil y mercantil”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de contratos*, t. IV, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 4469-4513.

Manuel AMORÓS GUARDIOLA (1972), “La garantía patrimonial y sus formas”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 561-592.

Sara ARAGONESES MARTÍNEZ (1985), *Las «astreintes» (su aplicación en el proceso español)*, EDERSA, Madrid.

Isabel ARANA DE LA FUENTE (2009), “La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 4, pp. 1579-1686.

--- (2010), “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret 4/2010* (www.indret.com).

Kenneth J. ARROW (1965), “Aspects of the theory of risk bearing”, Yrjö Jahnssoonin Säkistö, Helsinki, *final lecture*.

Begoña ARQUILLO COLET (2007), “Los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro: el tipo de interés aplicable. Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007”, *InDret 3/2007* (www.indret.com).

Esther ARROYO I AMAYUELAS (2010), “Artículo 1154 CC”, en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, pp. 1281-1283.

Patrick S. ATIYAH (1979), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford.

Ian AYRES y Robert GERTNER (1989), “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, 99 *Yale Law Journal*, pp. 87-130.

--- (1992), “Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules”, 101 *Yale Law Journal*, pp. 729-773.

Ferran BADOSA COLL (1987), *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Bolonia.

--- (1990), *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona.

Enrico BAFFI (2007), “Efficient Penalty Clauses With Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029926.

Scott BAKER y Kimberly D. KRAWIEC (2006), “Incomplete Contracts in a Complete Contract World”, 33 *Florida State University Law Review*, pp. 725-755.

John H. BARTON (1972), “The Economic Basis of Damages for Breach of Contract”, 1 *Journal of Legal Studies*, pp. 277- 304.

Hugh BEALE (1993), “Unreasonable Deposits”, 109 *The Law Quarterly Review*, pp. 524-530.

--- (ed.), *Chitty on Contracts* (2008), 30^a ed., vol. I, Thomson-Sweet & Maxwell, Londres.

Lucian Ayre BEBCHUK y Steven SHAVELL (1991), “Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale”, 7 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 284-312.

Omri BEN-SHAHAR (2004), ““Agreeing to Disagree”: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts”, *Wisconsin Law Review*, pp. 389-428.

Omri BEN-SHAHAR y Lisa BERNSTEIN (2000), “The Secrecy Interest in Contract Law”, 109 *Yale Law Journal*, pp. 1885-1925.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014), “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013 de 30 de abril de 2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, pp. 35-50.

Peter BIRKS (2000), “Rights, Wrongs and Remedies”, 20 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 1-37.

Juan José BLANCO GÓMEZ (1996), *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación principal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Dykinson, Madrid.

Michael Joachim BONELL (ed.) (2006), *The UNIDROIT Principles in Practice. Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, 2ª ed., Transnational Publishers, Ardsley (Nueva York).

José Ignacio BONET SÁNCHEZ (1996), “La cláusula penal”, en Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, pp. 887-974.

Joseph F. BRODLEY y Ching-to Albert MA (1993), “Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy”, 45 *Stanford Law Review*, pp. 1161-1213.

Andrew BURROWS (1994), *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 2ª ed., Butterworths, Londres.

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 del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 157-162.

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (2014), “Arras penales confundidas con cláusula penal. No procede practicar una moderación de las arras penales ante el incumplimiento total de unos compradores que se desentienen del pago del precio pretextando dificultades para obtener financiación. 21 de junio de 2013 (RJ 2013, 4980)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, pp. 353-370.

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.

Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED (1972), “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, 6 *Harvard Law Review*, pp. 1089-1128.

Francisco de Sales CAPILLA RONCERO (1989), *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez de la Frontera, Jerez.

Ángel CARRASCO PERERA (1989), “Comentario al artículo 1.102”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, pp. 444-475.

--- (1989), “Comentario al artículo 1.105”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, pp. 630-666.

--- (1989), “Comentario al artículo 1.107”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, pp. 709-752.

--- (2010), *Derecho de Contratos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

--- (2013), “Artículo 1152”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 8450-8456.

--- (2013), “Artículo 1153”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 8457-8459.

--- (2013), “Artículo 1154”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 8460-8466.

--- (2013), “Artículo 1155”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 8467-8469.

--- (2015), “Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina «rebus sic stantibus»”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, pp. 175-206.

Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2008), *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Tai-Yeong CHUNG (1991), “Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing”, 58 *Review of Economic Studies*, pp. 1031-1042.

--- (1992), “On the Social Optimality of Liquidated Damage Clause: An Economic Analysis”, 8 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 280–305.

Kenneth CLARKSON, Roger LeRoy MILLER y Timothy J. MURIS (1978), “Liquidated Damages v. Penalties. Sense or Non-sense”, 351 *Wisconsin Law Review*, pp. 351-390.

Richard CRASWELL (2000), “Against Fuller and Perdue”, 67 *University of Chicago Law Review*, pp. 99-161.

CORBIN ON CONTRACTS (2005), edición revisada, vol. 11, LexisNexis, Newark.

Robert COOTER y Melvin A. EISENBERG (1985), “Damages for Breach of Contract”, 73 *California Law Review*, pp. 1432-1489.

Robert COOTER y Thomas ULEN (2012), *Law & Economics*, 6ª ed., Addison Wesley, Boston.

Gregory Scott CRESPI (2005), “Measuring “Actual Harm” for the Purpose of Determining the Enforceability of Liquidated Damages Clauses”, 41 *Houston Law Review*, pp. 1579-1606.

Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993), *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona.

--- (2003), *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia

José Manuel DE CARLOS BELTRÁN (2011), “Contratos entre accionistas. Indemnización por incumplimiento. Situación actual. Alternativas contractuales. La cláusula penal”, *Diario La Ley*, número 7579, 1 de marzo de 2011.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1985), *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.

Germán DE CASTRO VÍTORES (2003), “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia

al arbitraje”, en Carlos VATTIER, José M.^a DE LA CUESTA y José M.^a CABALLERO (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, t. II, Dykinson, Madrid, pp. 619-648.

--- (2009), *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid.

--- (2009), “Capítulo 27: Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”, en Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, pp. 563-579.

Adriano DE CUPIS (1979), *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3^a ed., Giuffrè, Milán.

Gerrit DE GEEST y Filip WUYTS (2000), “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, en Boudewijn BOUCKAERT y Gerrit DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 141-161.

Iñigo DE LA MAZA GAZMURRI (2006), “El secreto está en la técnica: los límites de la cláusula penal”, *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, núm. 7, pp. 9-50.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2005), “La ejecución no dineraria”, en AA. VV., *Derecho procesal civil: ejecución forzosa, procesos especiales*, 3^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 311-327.

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (2005), “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, pp. 25-52.

Silvia DÍAZ ALABART (1988), “La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 41, núm. 4, pp. 1133-1224.

--- (1993), “La cláusula penal y las arras”, en *El contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 281-304.

--- (1996), “Las arras (I)”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 3-38.

--- (2007), “La moderación judicial de la cláusula penal”, en Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coord.), *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI: memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en La Habana, Cuba, en el período 2001-2007*, pp. 607-623.

--- (2011), *La cláusula penal*, Reus, Madrid.

--- (2013), “La imposibilidad de moderación de la pena moratoria conforme a la regulación de la cláusula penal en el Código Civil. Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2012 (RJ 2012, 287)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, pp. 71-83.

Alejandro DÍAZ MORENO (2012), “Presupuestos y alcance de las facultades moderadoras del juez en el caso de la pena convencional”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, pp. 453-467.

Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (2013), ”De las obligaciones con cláusula penal”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 1577-1583.

Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (1996), *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1966), *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, vol. I, Tecnos, Madrid

--- (1983), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

--- (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, 5ª ed., Civitas, Madrid.

--- (2006), “Cláusula penal y resolución de contrato”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. I, Colegio de Registradores, Madrid, pp. 385-408.

--- (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, 6ª ed., Civitas, Madrid.

Luis DÍEZ-PICAZO, Encarnación ROCA TRIAS y Antonio Manuel MORALES (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid.

Larry A. DIMATTEO (2001), “A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages”, 38 *American Business Law Journal*, pp. 633-733.

Dan B. DOBBS (1993), *Law of Remedies*, 2^a ed., vol. 3, Practitioner Treatise Series, West Publishing Co., St. Paul (Minn.).

--- (1993), *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, 2^a ed., West Publishing Co., St. Paul (Minn.).

José Antonio DORAL y J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO (1980), “Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, núm. 3, pp. 523 - 569.

James EDELMAN (2002), *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, Oxford.

Aaron EDLIN y Alan SCHWARTZ (2003), “Optimal Penalties in Contracts”, 78 *Chicago-Kent Law Review*, pp. 33-54.

Melvin A. EISENBERG (1995), “The Limits of Cognition and the Limits of Contracts”, 47 *Stanford Law Review*, pp. 211-259.

--- (2001), “The Theory of Contracts”, en Peter BENSON (ed.), *The Theory of Contract Law. New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 206-264.

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.

E. Allan FARNSWORTH (2004), *Contracts*, 4ª ed., Aspen Publishers, Nueva York.

Joseph FARRELL y Paul KLEMPERER (2007), “Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects,” en Mark ARMSTRONG y Robert PORTER (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, Elsevier-North Holland, Amsterdam, pp. 1967-2072.

Jorge FELIU REY (2014), “Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, núm. 1, pp. 169-218.

Nieves FENOY PICÓN (2010), “La modernización del régimen del incumplimiento de contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, núm. 1, pp. 47-136.

--- (2011), “La modernización del régimen del incumplimiento de contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 4, pp. 1481-1684.

José Manuel FÍNEZ RATÓN (2003), “Algunos problemas sobre los intereses de la mora procesal”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, pp. 287-296.

Daniel FRIEDMANN (1989), “The Efficient Breach Fallacy”, 18 *Journal of Legal Studies*, pp. 1-24.

--- (1995), “The Performance Interest in Contract Damages”, 111 *The Law Quarterly Review*, pp. 628-654.

--- (2005), “Rights and Remedies”, en Nili COHEN y Ewan MCKENDRICK (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, pp. 3-17.

William F. FRITZ (1954), ““Underliquidated” Damages as Limitation of Liability”, 33 *Texas Law Review*, pp. 196-222.

Lon L. FULLER y William. R PERDUE, Jr. (1936), “The Reliance Interest in Contract Damages: 1”, 46 *Yale Law Journal*, pp. 52-96.

Manuel GARCÍA AMIGO (1965), *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid.

Ramón GARCÍA VALLÉS (1970), “Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, pp. 289-300.

Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT (1977), “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, *77 Columbia Law Review*, pp. 554-594.

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

Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid.

--- (2007), “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret 3/2007* (www.indret.com).

José Manuel GONZÁLEZ PORRAS (1978), “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)”, *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 477-560.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009a), “Comentario al artículo 85.6”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 1044-1054.

--- (2009b), “Comentario al artículo 87.5 y 87.6”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 1092-1101.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (1999), *La moderación de la culpa por los tribunales (estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid.

Vicente GUILARTE ZAPATERO (1979), “Comentario al artículo 1822 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Edersa, Madrid, pp. 1-46.

Oliver HART y John MOORE (1988), “Incomplete Contracts and Renegotiation”, 56 *Econometrica*, pp. 755-785.

Aristides N. HATZIS (2003), “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, 22 *International Review of Law and Economics*, pp. 381-406.

William D. HAWKLAND (1994), *Uniform Commercial Code Series*, vol. 2, Clark Boardman Callaghan, Deerfield (Ill.).

Stanley D. HENDERSON (1971), “Promises Grounded in the Past: the Idea of Unjust Enrichment and the Law of Contracts”, 57 *Virginia Law Review*, pp. 1115-1184.

María Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (2013), “Contrato de exclusividad. Incumplimiento. Moderación de la cláusula penal pactada. Sentencia de 23 de octubre de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, pp. 161-184.

Helmut HEINRICH (2008), en *Palandt BGB*, 67ª ed., Beck, Munich, § 252.

Robert A. HILLMAN (2000), “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis. The Case of Liquidated Damages”, 85 *Cornell Law Review*, pp. 717-738.

Oliver W. HOLMES, Jr. (1897), “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review*, pp. 457-478.

Francisco J. INFANTE RUIZ (2004), *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

François JACOB *et alii* (2007), *Code Civil*, 106ª ed., Dalloz, París, p. 1183.

Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (1999), “La moderación judicial de la cláusula penal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, pp. 1455-1494.

--- (2009), “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, en Esteve BOSCH

CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, pp. 419-433.

Francisco JORDANO FRAGA (1984), “Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 603-710.

--- (1987), *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid.

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

Phillip R. KAPLAN (1978), “A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages”, 50 *Southern California Law Review*, pp. 1055-1090.

Louis KAPLOW (1992), “Rules versus Standards: an Economic Analysis”, 42 *Duke Law Journal*, pp. 557-629.

Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (1981), *La cláusula penal*, Depalma, Buenos Aires.

Frank H. KNIGHT (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, Senty, Nueva York, reimpresión de 1964.

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

Andrew KULL (1994), “Restitution as a Remedy for Breach of Contract”, 67 *Southern California Law Review*, pp. 1465-1518.

José Luis LACRUZ BERDEJO (1981), “La causa en los contratos de garantía”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 709-756.

--- (1990), *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

--- (2011), *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1, 5ª ed., Dykinson, Madrid.

José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA (1971), *Derecho de Sucesiones*, t. I, Bosch, Barcelona.

Albert LAMARCA MARQUÈS (dir.), *Código Civil alemán y ley de introducción al Código Civil* (2008), Marcial Pons, Madrid.

Eugenio LLAMAS POMBO (1999), *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid.

Jesús María LOBATO DE BLAS (1974), *La cláusula penal en Derecho español*, EUNSA, Pamplona.

Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA (2006), “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación y por prisión indebida”, *InDret 3/2006* (www.indret.com).

Ian R. MACNEIL (1962), “Power of Contract and Agreed Remedies”, *47 Cornell Law Quarterly*, pp. 495-528.

--- (1982), “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky”, *68 Virginia Law Review*, pp. 947-969.

José María MANRESA (1907), *Comentarios al Código Civil español*, t. VII, 2ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid.

Ignacio MARÍN GARCÍA (2009), “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret 2/2009* (www.indret.com).

Ignacio MARÍN GARCÍA y Víctor Manuel SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2008), “Capítulo XIV: Seguro obligatorio”, en Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 895-927.

José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ (1989), “El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, núm. 4, pp. 1169-1224.

--- (1991), “Comentarios a los artículos 1503 y 1504 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis Díez-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 984-987.

María Dolores MAS BADÍA (1995), *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

José Enrique MASIDE MIRANDA (2006), “La cláusula penal”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. I, Colegio de Registradores, Madrid, pp. 497-523.

Ugo MATTEI (1995), “The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts”, 43 *American Journal of Comparative Law*, pp. 427–444.

Charles T. MCCORMICK (1935), *Law of Damages*, The Foundation Press, Chicago.

Harvey MCGREGOR (1993), *Contract Code Drawn Up on Behalf of the English Law Commission*, Giuffrè, Milán.

--- (2009), *McGregor on Damages*, 18^a ed., Sweet & Maxwell, Londres.

Ewan MCKENDRICK (2009), “Article 7.4.9”, en Stefan VOGENAUER y Jan KLEINHEISTERKAMP (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 905-911.

--- (2009), “Article 7.4.13”, en Stefan VOGENAUER y Jan KLEINHEISTERKAMP (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 919-926.

Ewan MCKENDRICK y Martin GRAHAM (2002), “The Sky’s the Limit: Contractual Damages for Non-Pecuniary Loss”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, pp. 161-169.

María MEDINA ALCOZ (2011), “Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference”, *InDret 4/2011* (www.indret.com).

María del Mar MÉNDEZ SERRANO (2012), “La cláusula penal. Revisión judicial por razones de equidad”, *Actualidad Civil*, núm. 4, p. 7 (La Ley 295/2012).

Thomas J. MICELI (2009), *The Economic Approach to Law*, 2ª ed., Stanford University Press, Stanford.

Vicente MONTÉS PENADÉS (2001), “Las garantías del crédito”, en María Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ y Rafael VERDERA SERVER (coords.), *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 168-183.

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

--- (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Ann MORALES OLAZÁBAL (2004), “Formal and Operative Rules in Overliquidation Per Se Cases”, 41 *American Business Law Journal*, pp. 503-558.

David MORÁN BOVIO (2003), “Capítulo 7: Incumplimiento”, en David MORÁN BOVIO (coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, pp. 323-384.

Fausto MORENO (1981), “Cláusula penal”, en Buenaventura PELLISÉ PRATS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Editorial Francisco Seix, Barcelona, pp. 191 - 199.

Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

Ramón María MULLERAT BALMAÑA (1971), “El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 24, núm. 2, pp. 481 - 529.

Timothy MURIS (1981), “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, 65 *Minnesota Law Review*, pp. 521-590.

Virginia MÚRTULA LAFUENTE (2010), “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 3-39.

Antonio ORTÍ VALLEJO (1982), “Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 281-319.

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. 1719-1745.

--- (1998), “Artículo 74”, en Luis DÍEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, pp. 579-609.

Pilar PERALES VISCASILLAS (2009), “Capítulo 7. Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, pp. 183-207.

José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2006), “Sobre las obligaciones facultativas en Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, en Eugenio LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 2, pp. 575-600.

Joseph M. PERILLO (2009), *Calamari and Perillo on Contracts*, 6^a ed., West Group, St. Paul (Minn.).

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), “Capítulo 11.I Los contratos de adhesión”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de contratos*, t. II, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1793-1908.

Enrique PINAZO TOBES (1995), “Cláusula penal contractual”, en Ángel CARRASCO PERERA (dir.), *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 325–381.

Jesús PINTOS AGER (2000), *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas, Madrid.

Rafael PIZARRO NEVADO (1991), “La multa coercitiva”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 62, pp. 375 - 418.

A. Mitchell POLINSKY (1983), “Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies”, 12 *Journal of Legal Studies*, pp. 427-444.

--- (2003), *An Introduction to Law and Economics*, 3^a ed., Aspen, Nueva York.

A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (1994), “Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?”, 10 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 427-437.

--- (eds.) (2007), *Handbook of Law and Economics*, vol. I, Elsevier Science Publishing, Amsterdam.

Eric A. POSNER (2000), “Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation”, en Boudewijn BOUCKAERT y Gerrit DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 162-178.

--- (2000), “A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error”, 94 *Northwestern University Law Review*, pp. 749-774.

--- (2003), “Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?”, 112 *Yale Law Journal*, pp. 829-880.

Richard A. POSNER (2014), *Economic Analysis of Law*, 9ª ed., Aspen, Nueva York.

Robert Joseph POTHIER (1974), *Traité des obligations*, vol. I y II, Banchs, Barcelona.

--- (1993), *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires.

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).

Jeffrey J. RACHLINSKY (1998), “A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight”, 65 *University of Chicago Law Review*, pp. 571-626.

--- (2000), “The “New” Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters”, 85 *Cornell Law Review*, pp. 739-766.

Enrique RAMOS CHAPARRO (1999), *La cláusula penal del pacto resolutorio (aspectos sustantivos y registrales)*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.

Joaquín RAMS ALBESA (1982), *Las obligaciones alternativas*, Montecorvo, Madrid.

Eric B. RASMUSEN, J. Mark RAMSEYER y John S. WILEY, Jr. (1991), “Naked Exclusion”, 81 *American Economic Review*, pp. 1137-1145.

Samuel A. REA Jr. (1984), “Efficiency implications of penalties and liquidated damages”, 13 *Journal of Legal Studies*, pp. 147-167.

Ramón María ROCA SASTRE (1968), *Derecho Hipotecario*, t. III, 6ª ed., Bosch, Barcelona.

Ramón María ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU (1948), *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid.

Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS (1968), “Algunos aspectos de la *lex commissoria*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 49-108.

Julio RODRÍGUEZ PINAR (1986), *Comentarios a la Ley Cambiaria y del Cheque*, Índex, Madrid-Barcelona.

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

Marie Ève ROUJOU DE BOUBÉE (1974), *Essai sur la notion de réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París.

Enrique RUIZ VADILLO (1975), “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 374-412.

José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (1989), “Comentario al artículo 1.108 CC”, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, pp. 752 - 847.

Pablo SALVADOR CODERCH (1998), “Artículo 79”, en Luis Díez-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, pp. 635-656.

--- (2000), “Punitive Damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, pp. 139-152.

--- (2009), “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret 4/2009* (www.indret.com).

Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2013), “Artículos 1094 a 1107”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 1486-.

Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), “Artículo 20. Intereses en caso de mora del asegurador”, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Ley de*

Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 466-517.

--- (2010), “Artículo 28. Fijación convencional de la indemnización”, en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 637-654.

Jaime SANTOS BRIZ (1973), *Derecho civil, teoría y práctica*, vol. III, EDERSA, Madrid.

--- (2000), “Comentario a los arts. 1152 a 1155 CC”, en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario al Código Civil*, t. 6, Bosch, Barcelona, p. 289 - 301.

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

Hans SCHULTE-NÖLKE (2007), “EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’”, 3 *European Review of Contract Law*, pp. 348-349.

Alan SCHWARTZ (1990), “The Myth That Promises Prefer Supercompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures”, 100 *Yale Law Journal*, pp. 369-407.

--- (1998), “Incomplete contracts”, en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, pp. 277-283.

Robert E. SCOTT (2006), “The Law and Economics of Incomplete Contracts”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, disponible en <http://arjournals.annualreviews.org/toc/lawsocsci/2/1>, pp. 279-297.

Ilya R. SEGAL y Michael D. WHINSTON (2000), “Naked Exclusion: Comment”, 90 *American Economic Review*, pp. 296-309.

Steven SHAVELL (1980), “Damage Measures for Breach of Contract”, 11 (2) *The Bell Journal of Economics*, pp. 466-490.

--- (1998), “Contracts”, en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, pp. 436-445.

--- (2006), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, 84 *Texas Law Review*, pp. 831-876.

Hans-Bernd SHÄFER y Klaus OTT (2004), *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward-Elgar, Cheltenham.

Lionel SMITH (2005), “Understanding Specific Performance”, en Nili COHEN y Ewan MCKENDRICK (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, pp. 221-233.

Kathryn E. SPIER y Michael D. WHINSTON (1995), “On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, Reliance, and Renegotiation”, 26 *RAND Journal of Economics*, pp. 180-202.

Lars A. STOLE (1992), “The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information”, 8 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 582-606.

Ana SOLER PRESAS (1995), “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1ª de 15 de noviembre de 1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2, pp. 951 - 969.

Robert S. SUMMERS y Robert A. HILLMAN (2006), *Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine, and Practice*, 5ª ed., Thomson-West, St. Paul (Minn.).

Eric L. TALLEY (1994), “Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule”, 46 *Stanford Law Review*, pp. 1195-1243.

Jean THILMANY (1980), “Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 32, núm. 1, pp. 17-54.

G. H. TREITEL (1988), *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford.

--- (2011), *The Law of Contract*, 13ª ed., revisada y actualizada por Edwin PEEL, Sweet & Maxwell, Londres.

Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN (1986), “Rational Choice and the Framing of Decisions”, 59 *Journal of Business*, pp. 251-278.

Thomas S. ULEN (1984), “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, 83 *Michigan Law Review*, pp. 358-403.

Hal R. VARIAN (2010), *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*, 8ª ed., W. W. Norton & Company, Nueva York.

Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO (2014), “Hacia una aplicación normalizada de la cláusula «Rebus Sic Stantibus».Comentario a la STS 20 de junio de 2014 (RJ 2014, 3526)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 35, pp. 289-314.

Beatriz VERDERA IZQUIERDO (2005), *Los elementos definitorios de las arras en el derecho patrimonial*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.

Genieveve VINEY y Patrice JOURDAIN (2001), *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., LGDJ, París.

Gemma VIVES MARTÍNEZ (2000), *El Juez y el Abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia.

Christian VON BAR y Eric CLIVE (dirs. 2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, vol. 1, Sellier, European Law Publishers, Munich.

Steven WALT (2011), “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, en Gerrit DE GEEST (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2ª ed., vol. 6, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 178-206.

Elizabeth WARREN (1983), “Formal and Operative Rules Under Common Law and Code”, 30 *UCLA Law Review*, pp. 898-935.

James Arthur WEISFIELD (1990), ““Keep the Change!”: A Critique of the No Actual Injury Defense to Liquidated Damages”, 65 *Washington Law Review*, pp. 977-996.

James J. WHITE y Robert S. SUMMERS (2002), *Uniform Commercial Code*, vol. 1, 5ª ed., Thomson-West, St. Paul (Minn.).

Simon WHITTAKER (2009), “A Framework of Principle for European Contract Law?”, 125 *The Law Quarterly Review*, pp. 616-647.

Alessio ZACCARIA (2008), “Dell’inadempimento delle obbligazioni”, en Giorgio CIAN y Alberto TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice Civile*, 9ª ed., CEDAM, Pádua.

Reinhard ZIMMERMANN (1996), *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Paperbacks, Oxford.

Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2007),
The Global Law Collection, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor
(Navarra).

TABLA DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 24.3.1909	-	-
1ª, 8.1.1945	RJ 7	-
1ª, 5.11.1956	RJ 3805	Francisco Eyré Varela
1ª, 11.3.1957	RJ 751	Manrique Mariscal de Gante y de Gante
1ª, 4.11.1958	RJ 3432	Francisco R. Valcárcel
1ª, 9.3.1962	RJ 1230	Baltasar Rull Villar
1ª, 21.2.1969	RJ 967	Manuel Taboada Roca
1ª, 10.6.1969	RJ 3358	José Beltrán de Heredia y Castaño
1ª 20.11.1970	RJ 4825	José Beltrán de Heredia y Castaño
4ª,15.12.1978*	RJ 4609	Félix Fernández Tejedor
1ª, 21.6.1980	RJ 2726	Jaime De Castro García
1ª, 30.6.1981	RJ 2622	Antonio Sánchez Jáuregui
1ª, 13.7.1984	RJ 3981	José Beltrán de Heredia y Castaño
1ª, 23.10.1984	RJ 4971	Jaime De Castro García
1ª, 19.2.1985	RJ 816	Jaime De Castro García
1ª, 17.3.1986	RJ 1256	Antonio Fernández Rodríguez

* Sala del Tribunal Supremo entonces competente en materia contencioso-administrativa, pues conoce de un contrato municipal de obras.

1ª, 4.7.1988	RJ 5556	Francisco Morales Morales
1ª 20.10.1988	RJ 7592	Adolfo Carretero Pérez
1ª, 25.1.1989	RJ 125	Jaime Santos Briz
1ª, 20.2.1989	RJ 1212	Pedro González Poveda
1ª, 19.2.1990	RJ 700	Ramón López Vilas
1ª, 1.10.1990	RJ 7460	Jaime Santos Briz
1ª, 26.12.1990	RJ 10374	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 4.2.1991	RJ 704	Matías Malpica González- Elípe
1ª, 2.6.1991	RJ 4406	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 28.1.1992	RJ 271	Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa
1ª, 5.3.1992	RJ 2389	José Luis Albácar López
1ª, 13.4.1992	RJ 3100	Pedro González Poveda
1ª, 8.2.1993	RJ 690	José Almagro Nosete
1ª, 8.11.1994	RJ 8477	Francisco Morales Morales
1ª, 12.12.1996	RJ 8976	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 23.5.1997	RJ 4322	Eduardo Fernández-Cid de Temes
1ª, 26.7.1997	RJ 5953	Román García Varela
1ª, 29.11.1997	RJ 8441	Francisco Morales Morales
1ª, 17.3.1998	RJ 1351	Jesús Marina Martínez-Pardo
1ª, 8.6.1998	RJ 4284	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 4.12.1998	RJ 9615	Francisco Morales Morales
1ª, 21.12.1998	RJ 9649	Pedro González Poveda
1ª, 12.1.1999	RJ 36	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 30.10.1999	RJ 8168	Pedro González Poveda

1ª, 3.11.1999	RJ 8859	Jesús Corbal Fernández
1ª, 30.11.1999	RJ 8439	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
1ª, 14.2.2000	RJ 1236	Jesús Corbal Fernández
1ª, 10.5.2001	RJ 6191	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 2.10.2001	RJ 7141	Román García Varela
1ª, 7.2.2002	RJ 2887	Jesús Corbal Fernández
1ª, 7.5.2002	RJ 4045	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 31.5.2002	RJ 7904	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
1ª, 8.11.2002	RJ 9691	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
1ª, 19.12.2002	RJ 2003\51	Pedro González Poveda
1ª, 27.6.2003	RJ 4266	Francisco Marín Castán
1ª, 5.12.2003	RJ 8786	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 17.12.2003	RJ 8792	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 29.1.2004	RJ 154	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
1ª, 27.2.2004	RJ 1437	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 11.5.2004	RJ 2735	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 17.6.2004	RJ 3625	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 25.10.2004	RJ 6707	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 17.11.2004	RJ 7239	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 27.4.2005	RJ 3769	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 20.7.2005	RJ 5345	Francisco Marín Castán
1ª, 14.6.2006	RJ 3133	Encarnación Roca Trías
1ª, 13.7.2006	RJ 4507	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

1ª, 20.9.2006	RJ 8401	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 28.9.2006	RJ 6390	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 23.10.2006	RJ 6714	Antonio Salas Carceller
1ª, 25.10.2006	RJ 6704	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 31.10.2006	RJ 8405	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 20.12.2006	RJ 2007\388	Antonio Salas Carceller
1ª, 4.1.2007	RJ 1101	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 25.1.2007	RJ 592	Clemente Auger Liñán
1ª, 20.6.2007	RJ 3861	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 27.6.2007	RJ 3864	Antonio Salas Carceller
1ª, 17.7.2007	RJ 4961	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares
1ª, 23.7.2007	RJ 4702	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 14.9.2007	RJ 5307	Clemente Auger Liñán
1ª, 4.10.2007	RJ 6797	Antonio Salas Carceller
1ª, 17.10.2007	RJ 7307	Encarnación Roca Trías
1ª, 5.12.2007	RJ 8901	Clemente Auger Liñán
1ª, 5.12.2007	RJ 8902	Román García Varela
1ª, 25.1.2008	RJ 223	Clemente Auger Liñán
1ª, 13.2.2008	RJ 2666	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 20.2.2008	RJ 2671	Francisco Marín Castán
1ª, 22.7.2008	RJ 4501	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 18.9.2008	RJ 5522	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 15.10.2008	RJ 5692	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 16.10.2008	RJ 2009\2	Clemente Auger Liñán
1ª, 12.12.2008	RJ 8008	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 17.12.2008	RJ 2009\675	Encarnación Roca Trías

1ª, 21.1.2009	RJ 399	Jesús Corbal Fernández
1ª, 10.3.2009	RJ 2386	Antonio Salas Carceller
1ª, 26.3.2009	RJ 2387	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 6.4.2009	RJ 1761	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 8.4.2009	RJ 2894	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 22.4.2009	RJ 4730	Antonio Salas Carceller
1ª, 25.5.2009	RJ 2417	Encarnación Roca Trías
1ª, 1.6.2009	RJ 3192	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 4.6.2009	RJ 4747	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 30.9.2009	RJ 7261	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 10.12.2009	RJ 2010\852	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 16.12.2009	RJ 2010\859	Encarnación Roca Trías
1ª, 23.12.2009	RJ 2010\402	Antonio Salas Carceller
1ª, 29.12.2009	RJ 2010\406	Antonio Salas Carceller
1ª, 7.1.2010	RJ 154	Encarnación Roca Trías
1ª, 17.2.2010	RJ 1284	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 30.4.2010	JUR 152778	Román García Varela
1ª, 15.6.2010	JUR 326833	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 1.10.2010	RJ 7307	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 4.4.2011	RJ 3144	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 10.6.2011	RJ 4522	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 12.7.2011	RJ 5112	Francisco Marín Castán
1ª, 17.1.2012	RJ 287	Rafael Gimeno-Bayón Cobos

1ª, 15.2.2012	RJ 2043	Román García Varela
1ª, 7.5.2012	RJ 8004	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 23.10.2012	RJ 1542	Ignacio Sancho Gargallo
1ª, 30.4.2013	RJ 4609	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 21.6.2013	RJ 4980	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 17.9.2013	RJ 6826	Rafael Saraza Jimena
1ª, 10.12.2013	RJ 2014\322	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 21.2.2014	RJ 926	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 10.3.2014	RJ 1467	Francisco Javier Orduña Moreno
1ª, 11.3.2014	RJ 2114	Francisco Javier Orduña Moreno
1ª, 17.3.2014	RJ 1505	Ignacio Sancho Gargallo
1ª, 15.4.2014	RJ 3122	Rafael Saraza Jimena
1ª, 21.4.2014	RJ 3281	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 24.11.2014	RJ 6000	Eduardo Baena Ruiz
1ª, 22.4.2015	RJ 1360	Rafael Saraza Jimena
1ª, 3.6.2015	RJ 2735	Ignacio Sancho Gargallo
1ª, 18.6.2015	RJ 2763	Francisco Marín Castán

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral Navarra

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Sala de lo Civil y Penal, 9.11.2005	RJ 2006\377	Francisco Javier Fernández Urzainqui
Sala de lo Civil y Penal, 27.1.2004	RJ 2668	Francisco Javier Fernández Urzainqui

Resoluciones de Audiencias Provinciales

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Asturias, Civil, Sec. 4ª, 3.6.1998	AC 6064	José Ignacio Álvarez Sánchez
SAP Castellón, Civil, Sec. 3ª, 2.11.1999	AC 7275	María Ibáñez Solaz
AAP Cádiz, Civil, Sec. 7ª, 15.5.2001	JUR 198752	Marta Pérez Rubio Villalobos
SAP Córdoba, Civil, Sec. 2ª, 28.10.2002	JUR 275058	Antonio Puebla Povedano
SAP Guipúzcoa, Civil, Sec. 3ª, 30.3.2000	AC 823	Juana María Unanue Arratibel
SAP Madrid, Civil, Sec. 11ª, 4.3.2003	AC 1149	Fernando Delgado Rodríguez

SAP Navarra, Civil, Sec. 3ª, 11.4.2003	AC 1150	Aurelio Vila Duplá
SAP Madrid, Civil, Sec. 10ª, 13.10.2003	JUR 2004\87228	Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés
SAP Albacete, Civil, Sec. 2ª, 26.1.2004	JUR 169153	Mónica García de Yzaguirre
SAP Madrid, Civil, Sec. 11ª, 28.5.2004	JUR 227138	Fernando Delgado Rodríguez
SAP Álava, Civil, Sec.1ª, 1.7.2004	JUR 293750	José Jaime Tapia Parreño
SAP Las Palmas, Civil, Sec. 4ª, 2.6.2005	JUR 187148	Víctor Manuel Martín Calvo
SAP Málaga, Civil, Sec. 6ª, 20.12.2005	JUR 2006\150507	José Javier Díez Núñez
SAP Valencia, Civil, Sec. 7ª, 26.1.2006	AC 764	Alejandro Giménez Murria
SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 6.11.2006	AC 2007\1054	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Madrid, Civil, Sec. 10ª, 13.11.2006	JUR 2007\68754	José González Olleros
SAP Castellón, Civil, Sec. 1ª, 12.1.2007	JUR 239821	Pedro Luis Garrido Sancho
SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 22.1.2007	AC 1506	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Lleida, Civil, Sec. 2ª, 30.7.2007	AC 1872	Ana Cristina Sainz Pereda
SAP Albacete, Civil, Sec. 1ª, 14.9.2007	JUR 2008\50954	Manuel Mateos Rodríguez

SAP Barcelona, Civil, Sec. 14ª, 8.11.2007	JUR 2008\31391	Francisco Javier Pereda Gámez
SAP Pontevedra, Civil, Sec. 1ª, 5.6.2008	JUR 355552	María Begoña Rodríguez González
SAP Madrid, Civil, Sec. 10ª, 6.6.2008	JUR 212066	Ángel Vicente Illescas Rus
SAP Orense, Civil, Sec. 1ª, 15.7.2008	JUR 353820	Ángela Domínguez- Viguera Fernández
SAP Alicante, Civil, Sec. 8ª, 11.3.2009	JUR 249707	Enrique García- Chamón Cervera
SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 15.5.2009	JUR 421519	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 19.6.2009	JUR 400184	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Castellón, Civil, Sec. 3ª, 15.2.2010	AC 900	Carmen Boldó Roda
SAP La Rioja, Civil, Sec. 1ª, 2.11.2011	JUR 397812	Fernando Solsona Abad
SAP Las Palmas, Civil, Sec. 5ª, 30.11.2012	AC 2013\1384	Mónica García de Yzaguirre
SAP Madrid, Civil, Sec. 12ª, 23.7.2013	JUR 273849	Ana María Olalla Camarero

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>
28.1.1998	RJ 279
29.1.1998	RJ 280
30.1.1998	RJ 5220
2.1.1998	RJ 5221
9.6.2010	RJ 2635
1.10.2010	RJ 5273
4.12.2010	RJ 2011/551
7.12.2010	RJ 2011/552
17.5.2013	RJ 4852

Sentencias de jurisdicciones de los Estados Unidos de América

<i>Caso</i>	<i>Ref. y fecha</i>
<i>Addis v. Gramophone Co.</i>	A. C. 488 (1909)
<i>American Multi-Cinema, Inc. v. Southroads, L.L.C.</i>	115 F. Supp. 2d 1257 (D. Kan. 2000)
<i>Arrowhead School Dist. No. 75, Park County v. Klyap</i>	318 Mont. 103 (2003)
<i>Banta v. Stamford Motor Co.</i>	92 A. 665, 667 (Conn. 1914)
<i>Berger v. Shanahan</i>	142 Conn. 726 (1955)

<i>Blue Mountain Mushroom Co., Inc. v. Monterey Mushroom, Inc.</i>	246 F. Supp. 2d 394 (E.D.Pa. 2002)
<i>Brian McDonagh S.C. v. Moss</i>	151 Ill.Dec. 888 (1990)
<i>Bruce Builders, Inc. v. Goodwin</i>	317 So.2d 868 (Fla.App.1975)
<i>Carboni v. Arrospide</i>	2 Cal.App.4th 76 (Cal.App. 1 Dist.1991)
<i>Catholic Charities v. Thorpe</i>	318 Ill.App.3d 304 (2000)
<i>City of Davenport v. Shenvy Corp.</i>	674 N.W.2d 79 (Iowa 2004)
<i>Dalston Constr. Corp. v. Wallace</i>	26 Misc. 2d 698 (Dist. Ct. 1960)
<i>Entergy Services, Inc. v. Union Pacific R. Co.</i>	35 F. Supp. 2d 746 (D. Neb. 1999)
<i>Entergy Services, Inc. v. Union Pacific R. Co.</i>	99 F. Supp. 2d 1080 (D. Neb. 2000)
<i>Equitable Lumber Corporation v. IPA Land Development Corporation</i>	344 NE2d 391 (NY 1976)
<i>Gaines v. Jones</i>	486 F.2d 39 (8th Cir.1973)
<i>In re AE Hotel Venture</i>	2005 Bankr. LEXIS 166 (N.D. Ill. Feb. 16, 2005)
<i>Jaquith v. Hudson</i>	5 Mich. 123 (1858)
<i>Jarro Building Indus. Corp. v. Schwartz</i>	54 Misc.2d 13 (Sup.Ct.1967)
<i>JMD Holding Corp. v. Congress Financial Corporation</i>	4 N.Y.3d 373 (2005)
<i>Lake River Corp. v. Carborundum Co.</i>	769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).
<i>Liberty Life Ins. Co. v. Thomas B. Hartley Constr. Co.</i>	258 Ga. 808 (1989)
<i>MCA Television Ltd. v. Public Interest Corporation</i>	171 F.3d 1265 (11th Cir.1999)
<i>Norwalk Door Closer Co. v. Eagle Lock & Screw Co.</i>	220 A.2d 263 (Conn. 1966)
<i>NPS v. Minihane</i>	451 Mas. 417 (2008)
<i>Oran v. Canada Life Assur. Co.</i>	194 Ga.App. 518 (1990)

<i>Pratt Furniture Co. v. McBee</i>	337 H.2d 119 (Supreme Court of Hampshire, 1987)
<i>Schrenko v. Regnante</i>	27 Mass.App. Ct. 282 (1989)
<i>Stokes v. Moore</i>	262 Ala. 59 (1955)
<i>Tacoma Boatbuilding Co. Inc. v. Delta Fishing Co., Inc.</i>	28 U.C.C. Rep. Serv. 26 (W.D. Wash. 1980)
<i>Toker v. Westerman</i>	113 N.J.Super. 452 (N.J.Dist.Cit.1970)
<i>United Shoe Machinery Corp. v. United States</i>	347 U.S. 521 (1954)
<i>United States v. Bethlehem Steel Co.</i>	205 U.S. 105 (1907)
<i>United States v. United Shoe Machinery Corp.</i>	391 U.S. 244 (1968).
<i>Walter Implement, Inc. v. Focht</i>	107 Wash.2d 553 (1987)
<i>Walter Motor Truck Co. v. State</i>	292 N.W.2d 321 (S.D. 1980)
<i>Wassenaar v. Panos</i>	331 N.W.2d 357 (Wis. 1983)
<i>Wechsler v. Hunt Health Systems, Inc.</i>	330 F. Supp. 2d 383 (S.D.N.Y. 2004)
<i>Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.</i>	350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)
<i>Wirth & Hamid Fair Booking v. Wirth</i>	265 N.Y. 214 (1934)

Sentencias de Inglaterra y Gales

<i>Caso</i>	<i>Ref. y fecha</i>
<i>Abrahams v. Performing Right Society</i>	[1995] I.C.R. 1028 CA
<i>Alfred McAlpine Capital Projects Ltd. v. Tilebox Ltd.</i>	[2005] E.W.H.C. 281 (TCC)
<i>Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd.</i>	[1992] 1 A.C. 233
<i>Bridge v. Campbell Discount Co. Ltd.</i>	[1962] A.C. 600
<i>Cellulose Acetate Silk Co. Ltd. v. Widnes Foundry (1925) Ltd.</i>	[1933] A.C. 20

<i>Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd</i>	[2009] 1 A.C. 1101
<i>Clydebank Engineering Co. v. Don Jose Ramos Isquierdo y Castaneda</i>	[1905] A.C. 6
<i>Diestal v. Stevenson</i>	[1906] 2 K.B. 345
<i>Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.</i>	[1915] A.C. 79
<i>Elphinstone v. Monkland Iron & Coal Co.</i>	11 App.Cas. 332 (1886)
<i>English Hop Growers Ltd. v. Dering</i>	[1928] 2 K.B. 174
<i>Euro London Appointments Ltd v. Claessens International Ltd</i>	[2006] 2 Lloyd's Rep. 436 CA
<i>Farley v. Skinner</i>	[2002] 2 A.C. 372
<i>Hadley v. Baxendale</i>	9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854)
<i>Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd</i>	[1989] Q.B. 433
<i>Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society</i>	[1998] 1 W.L.R. 896
<i>Jeancharm Ltd. v. Barnet Football Club Ltd.</i>	[2003] E.W.C.A. Civ 58
<i>Jobson v. Johnson</i>	[1989] 1 W.L.R. 1026
<i>Kemble v. Farren</i>	6 Bing. 141, 19 Eng. Rep. 71 (C.P. 1829)
<i>Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron II)</i>	[1969] 1 A.C. 350
<i>Lordsvale Finance plc v. Bank of Zambia</i>	[1996] 3 W.L.R. 688
<i>Murray v. Leisureplay plc</i>	[2005] E.W.C.A. Civ. 963
<i>Public Works Commissioner v. Hills</i>	[1906] A.C. 368
<i>Robophone Facilities Ltd. v. Blank</i>	[1966] 1 W.L.R. 1428
<i>Ruxley Electronics v. Forsyth</i>	[1996] A.C. 344
<i>Talley v. Wolsey-Neech</i>	[1978] 38 P. & C.R. 45, C.A.
<i>The Angelic Star</i>	[1988] 1 Lloyd's Rep. 122

<i>Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc</i> (<i>The Achilleas</i>)	[2008] U.K.H.L. 48
<i>Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude</i>	[1915] 3 K.B. 66
<i>Wallace-Turner v. Cole</i>	[1983] 46 P. & C.R. 164
<i>Watts v. Morrow</i>	[1991] 1 W.L.R. 1421
<i>Winter v. Trimmer</i>	[1762] 1 W. Bl. 395

Sentencias de otras jurisdicciones de *common law*

<i>Caso</i>	<i>Órgano</i>	<i>Ref. y fecha</i>
<i>Elsley v. J. G. Collins</i> <i>Insurance Agencies Ltd.</i>	Tribunal Supremo de Canadá	83 D.L.R. (3d.) 1,15 (1978)
<i>Esanda Finance Corporation</i> <i>Ltd. v. Plesing</i>	Tribunal Supremo de Australia (<i>High Court</i>)	166 C.L.R. 131, 140 (1989)
<i>Philips Hong Kong v.</i> <i>Attorney General of Hong</i> <i>Kong</i>	<i>Privy Council</i>	61 Build. L.R. 41 (1993)
<i>Webster v. Bosanquet</i>	<i>Privy Council</i>	[1912] A.C. 394
<i>Workers Trust and Merchant</i> <i>Bank Ltd v. Dojap</i> <i>Investments Ltd</i>	<i>Privy Council</i>	[1993] A.C. 573