

Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil (*)

JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1.— Introducción. 2.— Concepto, caracteres y funciones: 2.1. Concepto y cuestiones terminológicas; 2.2. Fuentes de la cláusula penal; 2.3. Caracteres; 2.4. Funciones. 3.— Delimitación de la cláusula penal. Distinción de supuestos dudosos e instituciones afines: 3.1. Cláusulas de dudosa clasificación: 1) Cláusulas de limitación de responsabilidad; 2) Cláusulas que estipulan el pago de una suma por hechos distintos al incumplimiento; 3) Pagarés y promesas abstractas de pago; 4) Cláusulas de pago «a forfait»; 5) Cláusulas de pérdida de derechos y comisorias; 6) Bonificaciones al deudor por pronto cumplimiento; 7) Cláusulas de vencimiento anticipado; 8) Cláusulas de indemnización preventiva. 3.2. Distinción de figuras afines: 1) Arras; 2) Multa penitencial; 3) Obligación condicional; 4) Obligación facultativa; 5) Obligación alternativa; 6) El pacto de intereses de incumplimiento. 4.— Sentido negocial de la cláusula penal: 4.1. Incorporación de la cláusula: su causa; 4.2. Propósito negocial; 4.3. Relevancia del acuerdo. Previsión del daño; 4.4. Tipología y formulación ordinaria de las cláusulas penales. 5.— Calificación de la estipulación: Validez, eficacia y exigibilidad de la cláusula penal: 5.1. Contenido de la obligación penal; 5.2. Contenido no penal de la cláusula; 5.3. Examen de la obligación reforzada; 5.4. Validez de la cláusula penal: 5.4.1. Casos dudosos especiales; 5.4.2. Consecuencias de la nulidad de la cláusula: Nulidad parcial; Cláusulas usurarias; 5.5. Eficacia de la cláusula: exigibilidad. 5.5.1. Subsistencia de los supuestos para los que se pactó: Incumplimiento específicamente pactado, subsistencia del incumplimiento; la extinción de la pena; la buena fe como criterio de valoración; 5.5.2. Imputabilidad del incumplimiento (dolo, caso fortuito, concurrencia de culpas). 6.— Efectos de la cláusula penal: 6.1. La estipulación tiene carácter accesorio; 6.2. La llamada cláusula penal sustitutiva y la indemnización del mayor daño; 6.3. La cláusula penal cumulativa; 6.4. Pretensión simultánea de pena y cumplimiento; 6.5. La cláusula no tiene función solutoria; 6.6. La pena estipulada es susceptible de moderación judicial: Presupuestos de aplicación y alcance de la moderación.

(*) Este trabajo fue defendido el día 6 de noviembre de 1992 ante un tribunal integrado por los profesores Miquel González, Pantaleón Prieto, Capilla Roncero, Casanovas Mussons y Fuente Noriega, a quienes agradezco sus amables observaciones.

1. INTRODUCCIÓN

La importancia objetiva del tema elegido no requiere, creo yo, de una explicación dilatada. Probablemente puede resumirse en tres notas: existe en primer lugar, interés y dudas sobre la existencia y la legitimidad de una pena privada cuando las normas punitivas parecen ajenas al ámbito de la responsabilidad contractual y, en general, del Derecho privado; en segundo lugar, en la cláusula penal se halla uno de los puntos de encuentro entre la autonomía de la voluntad y la facultad judicial de configuración de la relación obligatoria; y, tercero, es probablemente cada día mayor el número de contratos que adoptan cláusulas penales o que pretenden tener la eficacia de una penal, del contenido más variado y, de forma masiva, con consumidores.

Estas tres razones bastarían para justificar el trabajo de investigación y, sin embargo, declinarían ante la relativa novedad del mismo. Aunque no ha sido objeto de un tratamiento exhaustivo por la doctrina española, pues apenas existen monografías sobre el tema, hay una de muy reciente aparición, firmada por el profesor Dávila. La elección del tema, anterior a la aparición de esta última monografía, no debe ser descartada pues evidente resultará que el enfoque y las tesis sustentadas en las siguientes páginas no siempre coinciden con los del profesor citado. Aun menos debe abandonarse el tema elegido cuando comprobamos que en el Derecho español, por lo menos, existe un considerable grado de confusión al respecto de la cláusula penal: es muy probable que se derive precisamente de las tres notas antes enunciadas. Quizá porque las bases teóricas no estén sentadas, quizá porque una regulación tan escueta para supuestos bastante diferentes entre sí haga que los tribunales se muestren titubeantes.

No se puede calificar más que de confusa y equívoca la situación de nuestro Tribunal Supremo que, en el plazo escaso de veinticinco días, dicta dos sentencias de criterio diferente, si no incompatible.

La primera, de 28 de enero de 1992, afirma la posibilidad de que la cláusula penal en ocasiones constituye obligación primordial y no puede tenerse como «obligación accesoria de otra principal acordada y de aplicación condicionada o en función del parcial o incorrecto cumplimiento de esa principal, lo que conduce sin mayores razonamientos... a la inaplicabilidad de las disposiciones reguladoras «de las obligaciones con cláusula penal»...» (moderación judicial incluida, que se deniega a pesar de que el contratante entregó por partes el suministro solicitado y acabó completándolo).

Para la segunda, de 21 de febrero de 1992, y en atención al carácter estricto con que deben interpretarse estas cláusulas, parece claro que «no todo incumplimiento del contrato generaba la punición civil, sino sólo aquél que entorpeciera el fin que la cláusula salvaguardaba, ... circunstancia que no llegó a producirse...».

Parece pues, para el Alto tribunal, que el pago de un 5% del precio (descuento), acordado con posterioridad al primer acuerdo, pero antes del incumplimiento, sin que el propio tribunal haya apreciado novación, por cada día de retraso en la entrega del material pedido, resulta una obligación primordial y en todo caso no tiene la naturaleza de pena convencional, pues no es accesoria, sino principal. En cambio, al mismo Alto tribunal, el carácter restrictivo de la interpretación en esta materia le lleva a considerar que al carácter accesorio que suele predicarse de la cláusula penal se añade la nota de especificidad, esto es, se trata de una obligación accesoria, no a un contrato, sino a una obligación concreta y no a toda obligación del contrato donde se incluye; por ello, no basta que se incumpla el contrato sino la concreta obligación contractual que tenía aparejada la eficacia de la penal, obligación accesoria de aquélla.

Se podrá decir que no hay evidente contradicción entre las dos resoluciones porque una niegue el carácter accesorio de una penalización, que tilda de obligación primordial, y la otra subraye el carácter accesorio y específico de otra cláusula en otro contrato distinto. Aunque volveremos sobre estas decisiones, basta con pensar que si el carácter restrictivo en la apreciación e interpretación de las penales en nuestro derecho no impide la existencia de cláusulas penales no accesorias, con base —imagino— en el 1255 C.c.; y, aun más, si la posible existencia de penales principales, excluye la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 1152 a 1154 (excluyo la del 1155), lo que sería admisible por analogía razonable a falta de regulación específica, y de manera sustancial, la moderación judicial, quiere decir que merece la pena detenerse a estudiar la cuestión.

Para terminar, vamos a centrar la cuestión en la regulación que de la cláusula penal hace el Código civil español. Es obligado recordar la mención del artículo 56 del Código de Comercio de una pena de indemnización incluida en los contratos, y la regulación de la estipulación penal por la Ley 518 de la Compilación navarra, pero quedan fuera de nuestro estudio. Asimismo vamos a mencionar en adelante Leyes ordinarias que regulan en parte cláusulas penales especiales, aplicables a determinados contratos. Sin embargo, nuestro punto de partida será recordar los mandatos contenidos en los artículos 1152 a 1155 del Código civil:

- 1) En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. (art 1152.1)
- 2) Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuera exigible conforme a las disposiciones de este Código (art. 1152.2)
- 3) 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 (art 1153, inciso 1)

- 4) El acreedor no podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada (art. 1153. inciso 2.º).
- 5) El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. (art. 1154)
- 6) La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. (art 1155.1)
- 7) La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal. (art 1155.2).

La sola interpretación de estos preceptos nos proporciona suficiente material de reflexión para tratar de fijar adecuadamente su significado y efectos, lo que haremos al final de este trabajo.

2. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA CLÁUSULA PENAL (1)

2.1. Concepto y cuestiones terminológicas

A) *Cláusula penal* es aquella estipulación que obliga al deudor a una obligación llamada pena, en caso de incumplimiento de una obligación principal. Siendo más precisos, deberíamos entender por cláusula penal aquella disposición o regla negocial que tiene por objeto establecer una pena para el caso de no cumplir la obligación explícitamente reforzada con la pena, que puede ser una o varias de las obligaciones nacidas del negocio.

El empleo del término cláusula permite (2) abarcar tanto la regla nacida del acuerdo por estipulación de las partes (estipulación o pro-

(1) Aunque nos referiremos a lo largo del trabajo a normas de Derecho comparado, conviene tener presente que el material analizado básicamente es el derecho español. Lo que requiere probablemente una enunciación sucinta de las fuentes manejadas y sobre las que gira nuestra reflexión: a saber, los artículos 1152 a 1155 del código civil, el artículo 56 del Código de comercio, la Ley 518 de la compilación navarra, la Ley de venta a plazos de bienes muebles, la Ley 57/68 de 27 de julio, reguladora de las cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas, la Ley de arrendamientos urbanos, la Ley de arrendamientos rústicos, La ley general de protección de consumidores y usuarios, así como disposiciones de rango inferior que irán mencionándose.

(2) DE CUPIS se plantea semejante connotación terminológica. El empleo de cláusula hace pensar en un contrato más amplio, una de cuyas cláusulas es la penal, y no en otro contrato, pero parece que restringiría su alcance y concepto —amén de su ubicación sistemática en el Código italiano, en sede de contratos— a las obligaciones nacidas de contrato. No obstante, admite la aplicación analógica a todo tipo de obligaciones... (El daño. trad esp., Barna 1975, 503).

mesa penal), cuanto las reglas incorporadas al contrato por virtud de la Ley (cláusula penal de origen legal).

En el Derecho español, mientras el Código civil menciona las obligaciones (no sólo contractuales) con cláusula penal, la Ley 518 de la Compilación de Navarra se refiere a la estipulación penal y el Código de comercio se limita a contemplar contratos en que se fije pena de indemnización.

B) Si empleamos el término *convencional* para adjetivar la pena, parece que estamos circunscribiéndonos exclusivamente a las acordadas por las partes y descartando las de origen legal, pero no parece que nos limitemos únicamente a las incluidas en un contrato o añadidas al mismo, sino a todo acuerdo o convención entre particulares que establezca una pena para el incumplimiento de una obligación, ya legal (3), ya convencional; para algunos ordenamientos y su doctrina respectiva (4), será posible incluso establecer convencionalmente una pena independiente para reforzar o sancionar la comisión u omisión de conductas prometidas, que no tienen el carácter de obligación (5). En nuestro Derecho es difícil afirmar esto, a menos que nos refiramos a la condición potestativa (6), que no será penal, sino la promesa de una prestación por un hecho que depende del obligado. Con menos razón

(3) DE CUPIS (*El daño,...*504) considera posibles acuerdos que liquidan preventivamente el daño extracontractual debido por ley. Lo mismo piensan VON TUHR/ESCHER (*Allg. teil des schw. Obligationenrechts*, 278) que añaden además las pretensiones *ex lege* por enriquecimiento injustificado.

(4) Los alemanes con base en el parágrafo 344.2 del BGB: «Lo mismo (la moderación judicial) vale, además de en los casos de los par. 339 (incumplimiento de una obligación) y 342 (pena no pecuniaria), si alguien promete una pena para el caso de que realice u omita un acto». Este acto se entiende que no es obligatorio.

(5) Es muy antigua la prohibición de establecer penas sobre la promesa de matrimonio. (D.45,1,134, Paul. que la considera contraria a la moral y ante cuya exigencia puede oponerse la *exceptio doli*; *Partidas*, 5,11,39). Sin embargo en los Usatges de Cataluña, parece admitirse la pena en los esponsales (Libro V. título I.1). Mientras CANCER piensa que esta pena ataca el libre consentimiento matrimonial, para OLIVA, en cambio, presenta una situación análoga a las arras (citados en VIVES y CEBRIA. Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña; Barcelona, 1989). Aun cuando dé lugar a una indemnización limitada, no puede considerarse la promesa como generadora de obligaciones personales. Si admitiésemos la pena en los esponsales, estamos admitiendo la pena por incumplimiento de actos no debidos, a menos que se interprete como sustitutiva de la indemnización debida según el art. 43 C.c. SAVIGNY (*Obbligazioni*, 260) consideraba nula la pena que tenga por objeto restringir la libertad de concluir o disolver un matrimonio.

La prohibición se mantiene en algunos Códigos modernos, de forma expresa (BGB 1297) o implícita (C.c. italiano, 79: La promesa de matrimonio no obliga ni a contraerlo ni a ejecutar aquéllo que fuera pactado para el caso de no cumplirla).

(6) Para SAVIGNY, cuando la promesa estipulada constituye el único objeto, la pena es la que constituye la verdadera obligación; la prestación que aquella pretende conseguir resulta ser una simple condición, un simple medio para veitar la aplicación de la pena (*Obbligazioni*, 252).

será admisible una pena por el cumplimiento de un hecho obligado por la Ley (7).

Que la pena sea convencional no quiere decir que la obligación reforzada con la pena lo sea; quiere decir sólo que convencionalmente se acuerda establecer la pena. La naturaleza de la conducta pretendida al establecer la pena parece que debe ser obligatoria (*ex contractu*, o *ex lege*). Algún problema causal plantea la pena establecida para reforzar conductas ya sancionadas por la ley. El valor disuasorio quizá carece de sentido si ya lo tiene la norma sancionadora; reforzar la sanción legal (8) con una convencional podría ser interpretado en ocasiones como abusivo (9). Excepción a esto puede que se dé si la sanción de la conducta es penal (10): el orden público se ve reforzado por acuerdos particulares que penalizan conductas ilícitas, siempre y cuando se entienda que la pena debida al particular opera como indemnización, pero no como segunda sanción, inconstitucional, si entendemos que la «sanción» civil no indemniza daño alguno.

c) La *pena* es una prestación, de dar, de hacer o de no hacer, aunque en la mayoría de los casos consistirá en el pago de una suma de di-

(7) Imaginemos un acuerdo de distintos empresarios o profesionales que penaliza el pago del impuesto de actividades económicas con el que están en desacuerdo y contra el que han entablado los recursos procedentes. Como veremos más adelante, el principio de accesoria de la cláusula penal hará ilícita e inexigible una pena que refuerza una conducta ilícita.

(8) Los alemanes encuentran válida dicha posibilidad: en los contratos de transporte público, la sanción al viajero sin billete (PALANDT/*Heinrichs*, *Vorbem.*339, 3) o las defraudaciones o sustracciones de energía (PALANDT, *cit.*; ERMANN/*Westermann*, 339,1) Más dificultades hay para admitir como pena contractual las sanciones al que hurta en una tienda, pues la relación carece de contenido contractual (LARENZ, 355; CANARIS, NJW 74, 251, entre otros).

(9) Imaginemos un contrato que penaliza al contratante que no cumpla las obligaciones tributarias nacidas de su relación obligatoria; en la medida en que no se demuestre que la infracción tributaria de uno produce daños al otro contratante y que la pena estipulada cumple el propósito de compensar éstos, es difícil admitir que el contratante que no cumpla con el Fisco deba soportar la sanción pública de éste y la pena privada de su cliente. Esto no impide que el contratante le exija, so pena de resolución e indemnización del daño probado, el cumplimiento de las leyes tributarias.

(10) SOLLNER considera que el ordenamiento no prohíbe añadir una pena de Derecho privado, adicional a comportamientos que son castigados con una pena pública (*Munch. Komm.* 339, 20), aunque considera que los hurtos en tiendas no pueden ser castigados con penas contractuales, porque no se puede asegurar con éstas un deber general de un círculo indeterminado de personas que no llegan a contratar, pues supone una delegación de funciones que requiere una fundamentación legal.

En nuestro Derecho imaginemos una pena establecida en el contrato de compraventa para el caso de que el vendedor cumpla alguno de los tipos descritos en el artículo 531 y 532 del Código penal.

Veremos más adelante que en nuestro Derecho se plantea la duplicidad de sanción (civil y penal) al librador del cheque en descubierto. En este caso, más grave, es la ley la que sanciona por un lado —legislación mercantil— lo que ya está tipificado penalmente.

nero,alzada o proporcional a un dato previsto en la estipulación (días de retraso, grado de cumplimiento) pero que transcurre independientemente de los daños producidos por el incumplimiento, con el efecto principal de relevar al acreedor de la prueba del daño y de su cuantía.

La idea de pena hace sin duda alusión, cuando menos, a una función preventiva que pretende desempeñar la cláusula, pues de otro modo no se entendería que las partes hubiesen adoptado dicha medida. Se pretende reforzar la obligación principal, amenazando al deudor de la misma con un previsible agravamiento de su responsabilidad. La explicación histórica de este término se remonta al tiempo en que eran lícitas las penas privadas, pero se manifiesta también hoy dentro de ese marco de coacciones o amenazas admitidas por el ordenamiento en las relaciones jurídico privadas: la «amenaza» que una pena infiere al deudor no es mayor que la que pueda suponer la hipoteca de sus inmuebles. Como veremos mas adelante, la pena comparte con las garantías reales su papel preventivo-disuasorio, pero no garantiza en absoluto que la obligación vaya a ser cumplida ni otorga preferencia alguna al acreedor.

Sobre el carácter de las normas que regulan las cláusulas penales en el derecho español, creo que la fuerza coactiva sobre el deudor de la penal pactada o impuesta por el testador o la ley no permite calificarlas de sancionadoras. Es admisible considerar la pena como sanción si se emplea este término como consecuencia jurídica (11) del incumplimiento de una obligación: determinar la eventual responsabilidad que aquél origina, con *exención de la prueba del daño para el acreedor*. Esta consecuencia puede venir establecida por el acuerdo o por la ley.

No es muy correcto calificarla de sanción si se pretende con ello — o con términos semejantes (punición civil, dice el TS en ocasiones)— afirmar que hay penas privadas aún hoy (12) o, admitiendo que existan o que el término pena privada sea admisible, que las normas reguladoras del incumplimiento del contrato pierden su carácter resarcitorio por un mero pacto de las partes.

2.2. Fuentes de la cláusula penal

En el Código civil español, las reglas sobre cláusulas penales se encuentran en el Título de las obligaciones (pero no olvidemos que en li-

(11) La ley considera la penal más que una garantía de cumplimiento (de resultado, literalmente *Erfolgsgarantie*), una consecuencia de un ilícito (*Unrechtsfolge*), según afirman LARENZ (*Schuldrecht*, i,24,ii; STAUDINGER/KADUK, *KOMmentar zu BGB*; Vorbem zu & 339, 6).

(12) En contra CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal...*197 y ss., que la llama pena privada porque el atributivo de la misma es un particular, no tanto porque los particulares tengan poder punitivo.

bro IV). De ahí que, al menos, la fuente de la pena será el contrato, pero parece que también puede ser impuesta unilateralmente (en testamento (13)), o incluso que puede tener origen legal (14). En otros Derechos, como el italiano o el alemán, se encuentra regulada en las normas relativas a contratos, lo que refuerza la idea de que no hay más estipulación penal que la convencional (15), siendo la unilateral admisible, quizá por analogía, pero estando la Ley fuera de sus fuentes, dado que en ese caso o se trata de una regla del contrato que no ha sido estipulada sino impuesta por la ley, o bien que lo que la Ley impone es el deber de establecer la cláusula (16), pero no su contenido.

(13) En el Derecho romano tardó en aceptarse la pena testamentaria. Era rechazada la pena como causa de una disposición testamentaria (D. 34,6,1), lo que se mantiene en GAYO: «El legado que se deja a título de pena también es ineficaz. Se entiende que se lega a título de pena cuando se lega algo para obligar al heredero a hacer o a abstenerse de hacer una cosa como cuando se lega así: si mi heredero casara a su hija con Ticio, dé diez mil a Seyo, o de este modo: si no casara a tu hija con Ticio, da diez mil a Ticio; y también si ordenara dar diez mil a Ticio, en caso de que el heredero no le hiciera un sepulcro en el plazo de dos años» (Inst., II, 235); pero parecía admitirse el refuerzo de una obligación testamentaria con una pena, pues se afirmaba que «es la voluntad del testador la que distingue la pena de la condición (D.34,6,2). La interpretación no debía ser muy firme (si se refería a la causa o también a la pena establecida por testamento); sin embargo, las dudas sobre esta regla fueron disipadas en el Codex (6,41) que parece suprimir la antigua regla que repudiaba las penas en los testamentos.

Aparte de las páginas que DAVILA dedica a la cláusula penal testamentaria (cit., 237 y ss.), y de AYMERICH RENTERIA. *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*, Madrid, 1985, es aconsejable la lectura de COVIELLO (*Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, Riv trim. Dir. Proc. Civ. 1949, 331-343), que cita entre otras la sentencia italiana de casación de 27.2.1942 que no consideraba ilícita la cláusula que constituía un legado de usufructo y renta vitalicia al primero de dos hermanos que comience la carrera eclesiástica pues, según el Tribunal, no tenía el testador la intención de coartar la vocación del instituido, sino de asegurar su voluntad.

(14) La cláusula penal tiene origen sólo negocial, para ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU, 274; MORENO, *Voz cláusula penal*, NEJ, 197; DAVILA, 204, (Según este último, aunque la Ley Cheque 108.4 y 149 establece algo que tal vez no sea propiamente una cláusula penal, ni el artículo 20 LCS, que no requiere que la obligación sea exigible, ni la Disp.ad.3 L:0:3/89 CP, ni 27.2 LAR, ni 8.3 LEC, quizá excepcionalmente 56 LAU, pero con problemas de interpretación actualizada, pues además el art. 1154 Cc es sólo aplicable a las cláusulas convencionales).

Para otros autores, puede ser también de origen legal, MANRESA, viii, 224; LOBATO, 120; LACRUZ, 370 (Lo que es legal es el deber de establecerla, no la cláusula en sí), GÓMEZ CALERO, 27 (estipulación penal impuesta o forzosa, en los contratos normados; ALBALADEJO, *Coms*, 451, (cabe excepcionalmente que la ley disponga que la pena debe ser establecida); CAPILLA, 268, (consagración de cláusulas de origen legal), MEDINA CRESPO, 29 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, *La Ley*, 7.1.92, (La disposición a pesar de no ser una cláusula introducida por la voluntad de las partes, sino que viene impuesta por la ley, goza de la naturaleza propia de las cláusulas penales); y CABANILLAS, *Comentarios C.c. M.^o Justicia*, II, 158.

(15) Pero los redactores del BGB no consideraban esencial al concepto la existencia de un contrato (*Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission...*, II, 333, reimpr. Berlin, 1980).

(16) DAVILA, 120; LACRUZ, *Elementos*, II, 2, 370.

Lo controvertido es que la ley pueda ser fuente de una cláusula penal. Parece necesario pronunciarse al respecto (17).

En determinados casos, la ley impone el deber de fijar una pena convencional e incluso determina algún criterio cuantitativo de máximos o mínimos. Sin embargo, este mandato no es incompatible con que la ley misma establezca la pena convencional, que en tal caso tiene origen legal.

En el Derecho español tenemos varios ejemplos:

1) El artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, fija una indemnización, valorando de forma abstracta el daño del arrendador cuando el inquilino anticipadamente resuelve el contrato. La cuantía se fija en las rentas del período que quede hasta finalizar el contrato. Como ha sido señalado por Dávila, esta norma tiene más sentido en el régimen de próroga forzosa de la Ley de 1964, pero difícil explicación en el sistema actual de plazo libre. En cualquiera de los casos, podemos estar ante una pena establecida por la Ley que puede coincidir o no con el daño irrogado al arrendador por el desalojo intempestivo. Esta norma parece de Derecho imperativo para el arrendador, pero no para el arrendatario, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 LAU, pues un acuerdo de las partes podría modificar sus efectos, siempre que no fueran perjudiciales para el arrendatario: se podría pactar, por ej., que se le pagará un mes más de renta, aun cuando el arrendatario desalojase la vivienda cinco meses antes de expirar el contrato, pero no parece que se pudiera aumentar por pacto la cuantía de dicha indemnización, pues supondría renunciar a un beneficio del arrendatario, que consiste en limitar la cuantía de la indemnización exigible por el arrendador. El art 56 LAU parece imponer una pena en tanto puede obligar en ocasiones al arrendatario a pagar más allá del daño efectivamente causado al arrendador, pero no es pena en la medida en que no le obliga a pagar más de lo que en principio se obligó: las rentas del completo plazo acordado. Aunque parece una limitación de responsabilidad del arrendatario, el hecho es que se fija una cuantía indemnizable, que superará o no los daños ocasionados. Si fuera una verdadera limitación de responsabilidad, el arrendatario pagaría *hasta* la cantidad que establece el

(17) En Alemania se admite que la cláusula penal incorporada a un contrato tenga origen legal, por ej., el contrato de suministro de energía (*BGH* 23, 175 (183); *ERMANN/WESTERMANN*, & 339, 1). En Italia se discute que deba reconducirse a la figura del Código civil las llamadas penas legales, pero no parece discutirse que sean penales (*CENDON /De Nova, Comm CC*, UTET, 1991, 652). Este autor menciona los intereses moratorios, el resarcimiento de la diferencia entre los precios entre precio pactado y corriente en la resolución de la venta, la retención de sumas por el administrador de la sociedad de las cuotas impogadas por el socio, los cinco meses como mínima indemnización al trabajador despedido improcedentemente; el límite de 48 meses de renta como indemnización por abusos del arrendatario o la penal (sic) del 2% por cada día de retraso en la normativa del IVA.

artículo 56, siempre que pruebe el daño el arrendador. Esto no parece sin embargo que le sea exigible conforme a esta norma.

2) La Ley de Arrendamientos Rústicos, por su parte, en su art 27.2, establece que el incumplimiento de las condiciones del artículo 26 para oponerse a la prórroga dará derecho al arrendatario a una indemnización de *por lo menos* «un año de renta, los daños y perjuicios que hubiere sufrido si la causa no es justificada».

A diferencia de la LAU, y dado que el arrendatario es aquí acreedor y no deudor de la indemnización, la norma establece, por razones protectoras, un mínimo indemnizatorio. En este caso, parece que la indemnización *ex lege*, comparte con la pena del Código civil su carácter resarcitorio, pero su valoración abstracta del daño mínimo indemnizable lo aparta del Código civil y lo acerca a la regulación de la penal en sistemas como el BGB alemán o el Código suizo de obligaciones. La no coincidencia con la pena del Código civil español no parece restarle nada su carácter de pena contractual. Al contrario, el establecimiento de un mínimo como en los derechos alemán (18) y suizo (19), sin perjuicio de indemnizar el ulterior daño, lo caracteriza mucho más como pena (20), pues refuerza la obligación del arrendador, «sancionando» su incumplimiento con una prestación pecuniaria mínima, aun cuando no haya prueba del daño o su cuantía probada sea inferior.

3) La Ley de Contrato de Seguro, en su artículo 20, establece asimismo una penalización del 20% para los retrasos culpables del asegurador en el pago de la indemnización o reparación del daño. Mientras Sánchez Calero (21) considera que no hay sustitución de la indemnización, en el sentido mencionado por el artículo 1152 C.c., sino establecimiento legal de la misma, Capilla (22), Medina Crespo (23) y Martínez García (24) ven en esta norma una auténtica cláusula penal. Sin embargo, Dávila (25) considera que sí hay dicha sustitución, pero que su exigibilidad inmediata desde el siniestro, la diferencia de la cláusula penal, que requiere su liquidez para ser exigible.

A mi juicio, no es bastante este último motivo para descalificarla como penal. Porque puede haber penas que no se rijan por el art 1152.2

(18) BGB 340.

(19) *Cod. Obligaciones*, 161.

(20) AGUNDEZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la LAR*, Granada, 1987, pp. 111-113 no parece tener opinión al respecto.

(21) *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, dirigidos Alabaladejo y Motos, tomo XXIV, 297.

(22) *La Responsabilidad...*244.

(23) El recargo de intereses al asegurador en los juicios del automóvil. Madrid, 1990, 80 y ss.

(24) *Comentario a la Disp. Ad. tercera de la L.O. 3/1989 de 21 de junio de actualización del código penal*, *La Ley*, 7 enero de 1992.

(25) *La obligación...* 207.

C.c. (será exigible conforme a las disposiciones de este Código), y porque la aplicación del recargo del art. 20 LCS requiere también liquidez, que en algunos casos vendrá predeterminada, pero en otros será necesario determinar por acuerdo o por una posterior sentencia inatacable (art. 38 LCS *in fine*). Si en el plazo de tres meses ya ha sido liquidada la deuda indemnizatoria, a partir de entonces se produce inmediatamente el devengo del recargo, pero no en aquellos casos en que la liquidación no haya podido producirse por causa no imputable al asegurador en dicha fecha.

El Tribunal Supremo ha tenido numerosas ocasiones para aplicar el artículo mencionado de la Ley 50/1980 y, a decir verdad, no aporta gran claridad conceptual a la naturaleza jurídica de la norma del artículo 20 LCS. De las numerosísimas sentencias de 1991, por ejemplo, podemos extraer algunos puntos notables del estado de la cuestión a este respecto:

La STS de 18.2.1991 (Rep. Ar. 1448) recuerda que el art. 20 LCS proporciona un criterio corrector de la indemnización, pero (o además) la STS de 1.4.1991 (R.A. 2631) afirma que *se trata de una norma sancionadora* y que sólo se aplica a la cantidad indemnizatoria inatacable (en el sentido mencionado en el último párrafo del art. 38 LCS), pero no más allá.

La STS de 25.7.1991 (R.A.5419) confirma la idea reiterada de que para devengarse el 20% de recargo, la deuda debe ser líquida (26), pero añade que «es una multa penitencial», y continúa discutiendo si es justificable, en el caso de autos, que el asegurador no pague el «recargo penitencial». En esta sentencia, el voto particular de dos magistrados vuelve a reiterar que el recargo del 20% de la LCS es una «sanción penitencial».

De forma que la doctrina del TS al respecto ni parece muy firme (criterio corrector de la indemnización, norma sancionadora, multa, recargo o sanción penitencial) ni muy defendible, en especial, en esto último: como decía Savigny, mientras la penal supone un refuerzo del contrato, la multa penitencial supone al contrario un debilitamiento de su fuerza vinculante, pues permite apartarse del mismo.

El recargo del 20% cumple las dos funciones básicas que a las cláusulas penales se atribuyen en nuestro ordenamiento y en el de nuestros países vecinos: refuerza la obligación del deudor a abonar tempestivamente la indemnización amenazándole con una responsabilidad agravada, y liquida anticipadamente, de forma abstracta, el daño

(26) Como hace también la STS de 3.6.1991, R.A. 4636 y reiteran con más detalles doce sentencias idénticas que reproducen los fundamentos de la primera de ellas, de 24.10.1991 (R.A. 7863), entrando a considerar que la liquidez inmediata sólo es posible cuando la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual u otra eficiente).

que produciría el impago del asegurador, eximiendo al acreedor de su prueba.

Que la cifra empleada valore correctamente el daño será quizá inversamente proporcional a que disuada al deudor de su incumplimiento, y no olvidemos que ésta es la función básica que distingue a una cláusula penal de cualquier otra valoración forfataria del daño.

4) Por su parte, la Ley Cambiaria y del Cheque, contiene dos tipos de normas que asimismo agravan la eventual responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento de concretas obligaciones.

Por un lado, los artículos 58 y 59, respecto a la letra no pagada o no aceptada, autorizan a los legitimados para exigir el pago o reembolso del importe nominal, el interés pactado si lo hubiera, los gastos realizados y el interés legal de la cantidad primera, aumentado en dos puntos (27).

Por otro, el librador de un cheque sin fondos o impagado está obligado, según los artículos 108 y 149, a pagar además de la suma indicada en el cheque, el 10% del importe no cubierto en el cheque, además de la indemnización de los daños y perjuicios.

Mientras en el primer caso, la indemnización de los daños queda sustituida (al margen de los gastos), por el interés legal aumentado en dos puntos, en el segundo, el 10% del valor del cheque se añade a la indemnización. Si bien es claro en el segundo caso un mayor carácter punitivo (28), sancionador (29) o, en todo caso, que agrava su responsabilidad, la primera norma establece una cláusula penal substitutiva, en parte (pues se deben los gastos del protesto), con vocación sin embargo de agravación (se aumenta dos puntos el interés legal). Dado que éste no es exacta compensación del daño producido, sino una valoración abstracta del mismo, se podría afirmar que lo que hacen los artículos 58 y 59 de la LCC es establecer un interés legal especial, dos puntos superior al interés legal común, pero no establecer pena alguna (30). Incluso la norma del art 921 LEC antes citado podría llevar a pensar que no existe alguna penalización, pues no se diferencia de la previsión

(27) Se diría pareja de la norma del artículo 921.4 LEC, redactada contemporáneamente, en 1984. Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, el legislador ha equiparado la letra a los efectos de una declaración jurisdiccional, pues en ambos casos el interés exigible es el que llama judicial (el legal más dos puntos) (*Comentarios al C.Com y Leg Mercantil*, dirigidos por Moto y Albaladejo, t XIX, Madrid, 1985, 310).

(28) Para CAPILLA constituye una clara pena privada y de naturaleza punitiva que haría pensar en la infracción del principio non bis in idem mientras siga tipificado el delito de cheque en descubierto (*Responsabilidad...247 y ss.*).

(29) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Coms C. Com..., 505, considera que se trata de una sanción patrimonial fija y CARLON SÁNCHEZ, citado por Capilla, 248, opina que es una sanción de carácter civil.

(30) VÁZQUEZ, *cit.*

legal para «todo tipo de resoluciones judiciales que contengan condena al pago de cantidad líquida (921.5 LEC)». Sin embargo aquí no estamos ante una decisión judicial sino ante una reclamación extrajudicial, por supuesto, anterior a la condena, lo que es ya un rasgo distintivo de la norma de la Ley cambiaria, pero es que, además, no es seguro que la norma contenida en el mencionado 921 LEC no sea una penalización (31) de origen legal por el incumplimiento de la obligación dictada por el juez de Instancia.

Como veremos más adelante, la diferencia entre intereses de demora y pena no siempre es fácil de establecer. En nuestro caso (LCC 58 y 59), el aumento en dos puntos del interés legal se produce como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago. Parece que se trata de una consecuencia del incumplimiento, que amenaza al deudor y pretende disuadirle del incumplimiento y que sustituye la indemnización y exime al acreedor de la prueba del daño: algo muy parecido a una pena.

En resumen (32), y dejando a un lado las leyes de Derecho público (de forma notable, en materia de contratación estatal), parece que las normas anteriores establecen auténticas cláusulas penales de origen legal, pues establecen las consecuencias del incumplimiento de determinadas obligaciones por arrendatario, arrendador, asegurador, librador del cheque o de la letra, que pretenden agravar la responsabilidad de los mismos, pues eximen al acreedor de la prueba del daño originado por dichos incumplimientos, y en muchas ocasiones obligarán al deudor a pagar una suma superior a los daños probables, ya porque se establece un mínimo, ya porque la pena no es substitutiva sino cumulativa, y se debe además de los gastos reembolsables, y de los daños y perjuicios indemnizables.

Por último, se opone la objeción a la existencia de cláusulas penales legales el hecho de que, por lo general, no son susceptibles de moderación, y que, sólo de forma excepcional y empleando la analogía,

(31) Si encuentra cierto carácter punitivo CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...* 244.

(32) Cabría analizar con mayor detenimiento lo establecido en otras normas de Derecho privado, como son las contenidas en los artículos 44 LSA, 218 C.Com. y 1108, 1628, 1714, 1724, 1770 y 1838 del Código civil. De manera especial, veríamos que si bien algunas de estas normas establecen una presión sobre el deudor, amenazándole con una responsabilidad agravada, no siempre ocurrirá así, si como, por ejemplo, los intereses legales por demora a falta de pacto son inferiores a los convencionales, lo que ocurrirá casi siempre. En todo caso, el propósito de comentar en extenso sólo las normas anteriores a esta Nota es ilustrativo de la posibilidad de que la pena por incumplimiento de una determinada obligación contractual tenga origen legal, no siendo necesario ser exhaustivo. Las normas citadas en esta nota son brevemente comentadas por CAPILLA, *cit.*, 240-242.

algún tribunal español ha aplicado el artículo 1154 C.c. a la indemnización exigida por el artículo 56 LAU (33).

No parece que éste sea un motivo decisivo, caso de ser cierto. No es seguro que la moderabilidad sea un carácter esencial de la cláusula penal, desde cualquiera de los extremos de la argumentación. Por un lado, porque conforme a su finalidad, su valor coercitivo es mayor si no fuera susceptible de moderación: por eso el Código Napoleón contemplaba una suma inmodificable de dinero. Por otro, no es exclusivo de la obligación penal la eventual moderación, sino de todo tipo de obligaciones cuando concurra negligencia, y según los casos (art 1103 C.c.).

Por eso, el rasgo de la inmodificabilidad, supuesto que se dé, no es definitivo: es posible que haya cláusulas penales moderables y podría haber penales no moderables, ya por la finalidad protectora que buscan (mínimo indemnizable al arrendatario rústico, cobertura del tenedor de la letra o del cheque, o del asegurado). En otros casos, es posible que el establecimiento del máximo indemnizable por el arrendatario urbano contemple o haga previsible su moderación o la prueba del menor daño por éste.

Es posible admitir la existencia de cláusulas penales de origen legal, pues no convence que la cláusula penal deba considerarse sólo de origen convencional, porque es el contrato (regulado por cierta legislación) el que la origina (34). En algunos casos Dávila (*cit.* 210) considera que más que una cláusula penal, estamos ante una sanción legal del incumplimiento, (se refiere al art 20 LCS). No es sancionadora la norma, ni, en todo caso, lo son los artículos 1101 y ss. y 1902 C.c. con que el citado autor compara (35) la norma de la LCS, aunque la cláusula penal tenga vocación coercitiva sobre el deudor.

(33) DAVILA (*cit.*, 212) recoge la sentencia de la A.P. de Oviedo de 12.6.1989 (*Act. Civil*, 1989, Audiencias n.º 122) subrayando el pronunciamiento del tribunal que asevera que «es evidente que *stricto sensu*, la moderación de la cláusula penal prevenida en esta norma (art 56 LAU) se refiere a aquellas obligaciones de naturaleza puramente convencional, no a la pena cuya fuente no es el acuerdo de voluntades sino la Ley», y no reparando en cambio en lo que inmediatamente añade el tribunal: sin que altere el origen legal la incorporación del texto del art 56 LAU al clausulado contractual.

(34) DAVILA, ...204, cuando se refiere al artículo 148.2. LRYDA afirma: «La cláusula no tiene pues fuente en la ley sino en el contrato celebrado por más que parte del contenido del mismo viene impuesto. Se trataría de hipótesis en las que la cláusula penal se hace inherente al contrato. Peor, en todo caso, tanto el contrato como la cláusula penal tienen su origen en la voluntad de las partes —como no podía ser menos, si han de llamarse contrato y cláusula—.... aunque su fundamentación y fuente mediata tiene que buscarse en la ley, que es la reglamentadora de estas figuras». Recuérdese la SAP de Oviedo de 12.6.1989, citada por este autor. ..*cit.*, 214, que afirma que no altera el origen legal de la cláusula penal el que el contrato incorpore el texto del art. 56 LAU al clausulado contractual.

(35) DAVILA, *cit.*... 210.

Concluyendo, es posible que haya cláusulas penales incorporadas en el contrato por acuerdo de las partes, pero habrá penas de origen legal que consituyen asimismo una regla del contrato, de forma imperativa o dispositiva.

2.3. Caracteres de la cláusula penal

De la regulación española de la cláusula penal se extraen ciertos caracteres que son posibles de predicar aun con las divergencias expuestas en cuanto a su origen:

- se trata de una cláusula que origina una obligación, la de cumplir la pena, de carácter accesorio (36), cuyo nacimiento depende del incumplimiento de la obligación principal que sea imputable al deudor según las reglas del contrato (37). Su extinción asimismo depende de la extinción de la obligación

(36) VON TUHR, *Obligaciones*, II, 236, afirma que la pena convencional es un derecho accesorio de la obligación toda vez que presupone para nacer, un crédito principal válido.

SÁNCHEZ ROMÁN clasificaba las obligaciones, entre otros criterios, en principales y accesorias; entre estas últimas se encuentran las cláusulas penales, que no son sino obligaciones agregadas a la principal mediante las cuales se consigue mayor seguridad en el cumplimiento de ella, por cualquiera de estos tres medios que son a la vez fines respectivos que realiza la obligación contenida en la cláusula penal, a saber: 1.^o Colocar al deudor entre la alternativa de una obligación principal menos onerosa, si es cumplida en los términos con que se estipuló, o una obligación penal subsidiaria que deba cumplirse juntamente con la primera, si así se pactó. 2.^o Que aun reemplazando la principal y quedando obligado sólo por la subsidiaria penal, una vez incumplida aquélla, respresente ésta mayor gravamen para el obligado. 3.^o La estipulación, por vía de pena, de una indemnización pecuniaria más o menos fuerte, para el caso de incumplimiento de una obligación, cuya eficacia dependiera exclusivamente de la voluntad del deudor, como sucede con las que consisten en hechos o abstenciones personales. Estudios IV, 101, Madrid, 1899). CASTAN asimismo estudia las cláusulas penales al distinguir obligaciones principales de obligaciones accesorias.

(37) Teniendo en cuenta ambos párrafos del art 1152, parece que debe descartarse la falta de cumplimiento, sin más, como hecho determinante de la obligación penal, sino falta de cumplimiento imputable al deudor, según las reglas del Código y del contrato, que pueden atribuir la responsabilidad de los casos fortuitos, eximirle por culpa levisima, etc. Cuando el párrafo 2 habla de exigibilidad conforme a las disposiciones del Código creo que está hablando más de imputabilidad que de exigibilidad de la deuda pecuniaria en que consistirá normalmente la pena. Otra cuestión es la normal liquidez de la pena, pues precisamente esa es una de las finalidades de su establecimiento, la liquidación anticipada, si no de los daños, sí de la responsabilidad que afrontará el deudor que incumplió. Es verdad, sin embargo, que esta liquidación previa exige operaciones posteriores de multiplicación, suma o división para obtener la cifra exigible al deudor en aplicación de la cláusula, pero esto creo que más que a la liquidez de la pena atañe al grado de incumplimiento y a las posibles controversias sobre los días de retraso que deben computarse, a efectos del cálculo. Con otras palabras, la deuda nacida de la pena está líquida, lo que se discute es si prevalece el cálculo (ya efectuado) del deudor o el del acreedor.

principal, de manera que si ésta ha prescrito o si se ha perdido la cosa o se incumple la obligación por causas no imputables al deudor, queda extinguida la pena, porque se ha extinguido la obligación principal.

- se trata de una cláusula que sirve de refuerzo de la obligación, porque ejerce una presión sobre el deudor (38) 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 penal es susceptible de ser garantizada por uno de los medios idóneos en Derecho.
- esta cláusula tiene el nombre de penal porque pretende agravar las consecuencias del incumplimiento imputable al deudor para éste, pero no siempre será más grave según los cambios de valor, las formulaciones y los cálculos realizados (39) al celebrar el contrato o negocio reforzado con la pena para fijar su cuantía. No es penal porque tenga que ver con la jurisdicción penal ni con la libertad del deudor, procediendo el adjetivo empleado más bien de residuos históricos que enlazan con la *stipulatio poenae* del Derecho romano (40) y con las penas privadas de carácter pecuniario (41).

(38) Ya veremos que mientras que para la escolástica medieval, una obligación de pago de cuantía superior al capital recibido era usura (y por tanto ilícita) a menos que haya sido impuesta para atemorizar al deudor del incumplimiento (NOONAN, 107), en los derechos anglosajones se fue imponiendo la idea de que las «penalties» eran rechazables, a diferencia de las cláusulas de preestimación de los daños (*liquidated damages clauses*), porque eran impuestas in terrorem de la parte que incumple (LINDACHER, *Phaenomenologie der Vertragstrafe*, Frankfurt, 1972, 24; TREITEL, *Remedies for breach of contract*, Oxford, 1988, 229, que recogen la tesis del famoso caso *Dunlop vs New Garage* de 1915, que diferencia unas de otras cláusulas). En todo caso, toda la doctrina moderna admite la pena como método legítimo de presión sobre el deudor.

(39) Se comprobará que históricamente se rechazaba la penal, entre otras razones, porque la pena era casi siempre considerablemente mayor que los daños previsibles, siendo sospechosa de usura. Por contra, la tendencia actual es a considerar también la posibilidad de cláusulas irrisorias establecidas por un deudor que goza de una posición fuerte en el contrato, normalmente de adhesión (esto fue incluido, en 1975, en el art 1152 del Código francés), aunque no deba olvidarse que ya GARCÍA GORYENA, sugería que se facultase no sólo a reducir, sino también a aumentar la suma pactada, si fuera insuficiente (Concordancias... arts 1018 y 1081).

(40) KNUTEL recuerda cuando el Derecho penal era también Derecho privado y como en origen frente al proceso penal público, contra los grandes delitos (crimina) se hizo necesario contra las pequeñas infracciones (delicta) un castigo por medio de una pena privada, que consistía normalmente en el pago de una multa de dinero que originalmente servía de venganza a la víctima y que liberaba al autor (*Stipulatio*.. 4).

(41) Vid ALONSO ROMERO. *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla* (siglos XIII-XVIII), AHDE, 1985,5.

2.4. Funciones

Aunque distinta de la cláusula penal es la pena o multa convencional, que es la obligación que aquélla establece, tanto una como otra cumplen una función en el contrato que si bien, y en principio, se llamaría punitiva, sancionadora o, más modestamente, de refuerzo, queda contrarrestada con mayor o menor fuerza, según las leyes y cada acuerdo, por una evidente función resarcitoria o reparadora.

I. Función disuasoria (42). La idea de refuerzo (43) de la obligación y el carácter punitivo (44) de la multa convencional se ven manifestados en normas que, según los distintos tipos de penal, son aplicables:

- si sustituye a la indemnización de daños por el incumplimiento lo normal es que se calcule superando (45) la cuantía de daños

(42) Prefiero emplear el término disuasorio, descartado que en el Derecho privado moderno haya normas de carácter penal, aunque sería posible plantearse que, de igual forma que en el Código penal, hay normas civiles, podría ocurrir un fenómeno recíproco en el Código civil. Sin embargo, y dado el carácter dispositivo de las mismas, parece irrazonable calificarlas de normas penales, ni siquiera despreciando el dato histórico y centenario de que son normas invocables ante los tribunales civiles (o como mucho, ante los de comercio franceses). KNUTEL, (*Stipulatio poenae.*, Köln, 1976, 3) plantea ya en la introducción de su obra el posible paralelismo con las penas públicas y, por tanto, que atienda a fines de prevención general y especial.

Por otro lado, la escolástica medieval admitirá las penas convencionales siempre que sean establecidas para que, por miedo a la pena, el deudor pague a tiempo, (Bernardo de Pavía, *Summa*, V.15.9), pero también como castigo al retraso negligente o fraudulento del cumplimiento, aunque va admitiéndose la fijación de la pena en función de los daños. (NOONAN, *The scolastic analysis of usury*, Harvard, 1957, 107 ss.).

(43) En las *Pandectas* de WINDSCHEID, en los manuales del XIX y en el Anteproyecto del BGB la cláusula penal se contempla en un capítulo de Medios de refuerzo del contrato, que comprende las arras y señal, la pena convencional y la reserva de derechos. El Código francés (art. 1226) define a la penal como la cláusula que se establece para asegurar el cumplimiento de un acuerdo, aunque el 1229 remarque su carácter de indemnización. El Código italiano de 1865 (arts. 1209 y 1212) adoptaba semejante definición ambivalente.

(44) En realidad, no es el refuerzo de la obligación una función sinónima o idéntica a la sancionadora o punitiva, pero puede considerarse conjuntamente si la oponemos a la función resarcitoria. Esto es, si nos fijamos en el deudor (a quien compelemos, presionamos y eventualmente, «sancionamos» con la pena) o si nos fijamos en el acreedor (cuyos daños por incumplimiento pretendemos reparar). Ahora bien, por sí solo, el refuerzo de la obligación se produce siempre con la amenaza de sanción o agravación de la responsabilidad del deudor, la sanción se produce únicamente cuando se produce el supuesto determinante de la misma: el incumplimiento imputable al deudor según las reglas (válidas) de distribución del riesgo de cada contrato.

(45) ESPIN, *Manual*, II, 296. La sola idea de que la responsabilidad del deudor supere la cuantía del daño producido por su incumplimiento provoca la extrañeza y el rechazo de la figura de la cláusula penal. Superó históricamente no sólo la barrera común a todos aquellos casos de valoración abstracta del daño donde, eximida la prueba, es probable que sea inferior, sino, de forma especial, los obstáculos a admitir la existencia de pagos o deudas de cuantía superior (nominal) al capital recibido, lo que fue

derivados del incumplimiento de la obligación reforzada que se prevean al celebrar el contrato o estipular la pena, para que el deudor prefiera cumplir que afrontar la pena.

- si se acumula a la indemnización, *toda* suma estipulada como pena, será un plus (46) o un exceso de carácter punitivo del deudor, y no resarcitorio del acreedor, aunque es verdad que el acreedor lesionado cargará con el coste de la prueba del daño acumulado a la pena exigida.
- si se puede acumular su petición a la pretensión de cumplimiento por el acreedor, su carácter punitivo será mayor o menor según que la pena esté calculada en función de criterios abstractos (normalmente en una cantidad fija) o en función de criterios proporcionales al grado de incumplimiento (tiempo de retraso, parte de inejecución, cuantía incumplida) (47).

En todos los casos la función disuasoria es eficaz en tanto el acreedor está exento de la prueba del daño y de su cuantía.

II. Función indemnizatoria (48). Por contra, es posible detectar en la pena prevista en la cláusula, una función resarcitoria o liquida-

abriéndose paso desde la propia escolástica que comenzó a reconocer excepciones al principio que impedía la usura (en su sentido original): cuando el prestatario era un enemigo, un vasallo, o un poseedor indebido, o el acreedor un yerno que no recibió la dote a tiempo, o cuando se regalaba algo al prestamista, por agradecimiento, pero no por interés (en obtener un préstamo nuevo o una prórroga) y, finalmente, cuando se cobra un sobreprecio como compensación por incumplimiento del deudor: en la pretensión de regreso del fiador que debió pedir prestado con usura para afrontar su garantía, en los casos de mora, y cuando se pacta una pena para atemorizar al deudor del incumplimiento, y siempre que el acreedor prefiera cobrar a tiempo que tarde con la multa, que no sea usurero habitual o que la pena sea fija y no proporcional al retraso, lo que era una presunción de usura (NOONAN, 107).

(46) Aunque es admisible esta proposición en principio y las partes del contrato así lo suelen contemplar, lo cierto es que en ocasiones en que el daño no pueda ser probado, o lo sea con extrema dificultad, por mucho que sea exigible la pena además de la indemnización, si ésta es exigua por las dificultades mencionadas, la pena no será sustancialmente un plus de responsabilidad, sino la forma de indemnizar los daños de difícil o imposible valoración y prueba. Baste con el ejemplo de daños morales o de infracción de prohibiciones de competencia o en general, de obligaciones de no hacer.

(47) Pero no puede afirmarse sin matices. Si se exige una suma alzada inferior a los daños sufridos no tendrá carácter necesariamente punitivo o gravoso para el deudor. De la misma manera que una proporcional por día de retraso puede perfectamente cubrir los daños sufridos, excederlos o quedar insuficientes, pero su atención mayor o menor al daño previsiblemente sufrido, le reviste de un mayor carácter indemnizatorio y menos punitivo, cualquiera que sea su cuantía.

(48) De la literal definición legal parece que este carácter sea predominante en nuestro Código civil (art 1152) (sustituirá a la indemnización...), y más claramente en el Código de comercio (art 56: En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera...), así como en el Proyecto de 1851 (Art 1081.2) y en el Código francés (art 1229) e italiano de 1865 (art 1221), en el portugués (art 810.1). En el Código alemán y en el Código italiano vigente, más que de indemnización, la cláusula penal parece cumplir función de límite cuantitativo de la misma (mínimo en el BGB, 340.2, máximo en el Codice, 1382, salvo pacto contrario).

toria, pero sobre todo, tiene como finalidad allanar al acreedor las dificultades procesal y sustantiva de calcular, valorar y probar los daños sufridos por el incumplimiento de la obligación reforzada.

En nuestro Derecho es digno de tener en cuenta que:

- la función legal supletoria en el código español (sustituye a la indemnización de daños y perjuicios) parece abonar la función resarcitoria antes que la punitiva o sancionadora.
- la moderación por el juez en caso de cumplimiento parcial o defectuoso hace pensar que debe adecuarse a la pena el daño producido que es menor que el previsto por la estipulación penal, que contemplaba normalmente el incumplimiento total.

III. Función de garantía o de aseguramiento del riesgo. Cuando la pena se estipula incluso para incumplimientos no culpables del deudor, en especial, por caso fortuito.

3. DELIMITACION DE LA CLAUSULA PENAL. DISTINCION DE CASOS DUDOSOS E INSTITUCIONES CONSIDERADAS AFINES

3.1. Cláusulas de dudosa calificación

Si examinamos el Derecho comparado, la cuestión previa en los tratadistas es diferenciar los sistemas anglosajones, que, en general admiten las cláusulas de preestimación de daños (liquidated damages) y rechazan las penas o penalties, de los sistemas continentales que no establecen dicha distinción. Dentro de éstos últimos, a su vez, se suele distinguir aquellos que estipulan cláusulas claramente gravosas para el deudor (básicamente el BGB, que por ello introduce la moderación judicial) de aquellos sistemas en que lo predominante es la función indemnizatoria de la llamada pena (Francia y Bélgica, admitiendo sólo la primera que el Juez la modere).

Pues bien, en todos ellos, sea cual sea la función que cumplen, la mayoría de cláusulas penales consisten en el pago (adicional) de una cantidad de dinero. Sólo en determinados momentos se plantea la pérdida de derechos, de manera especial en el derecho alemán, la Verfallklausel, que entronca con los pactos comisorios.

Treitel (49) propone una serie de casos dudosos que deben ser calificados o descartados como cláusulas penales:

(49) *Remedies*,... 209.

1) *Cláusulas de limitación de la responsabilidad*

El propio Treitel nos propone criterios de distinción:

a) fijada una pena de 200 por incumplimiento de una obligación A, salvo moderación ulterior, el deudor que la incumpla por causa a él imputable, deberá 200, sin que el acreedor pruebe el daño o aunque sea menor; b) por el contrario, si la responsabilidad está limitada a esa cuantía, el deudor deberá indemnizar aquellos daños probados por el acreedor, hasta un máximo de 200.

Según algunos autores, habrá casos en que la penal opere como una cláusula limitativa de responsabilidad. Esto ocurre cuando el daño es superior a la cuantía de la pena (50), y ésta no es cumulativa a la pretensión de cumplimiento o indemnización (51), siempre que la ley aplicable no permita elevar la pena irrisoria (Code francés, art.1152.2) o indemnizar el daño ulterior (por ley, BGB 340, o por acuerdo de las partes, 1382.2 CC italiano, y 812.2 del Código portugués).

Sin embargo, eso no quiere decir que sea una cláusula de limitación de responsabilidad, porque, por definición, pretende atribuir al deudor una responsabilidad agravada que supere los daños previsibles y sobre todo, porque exime al acreedor de probar la existencia y cuantía del daño (52). Resume García Amigo (53) que, a pesar de las semejanzas (accesoriedad, presuponen al imputabilidad y acuerdo preventivo anterior al incumplimiento) son mayores y decisivas las diferencias: mientras la penal protege al acreedor, la cláusula limitativa protege al deudor, y mientras esta última se refiere al daño, aquélla presupone el incumplimiento, independientemente del daño, con la consecuencia procesal de exigencia, en un caso, o exención, en el otro, de su prueba.

2) *Cláusulas que estipulan el pago de una suma de dinero por hechos distintos del incumplimiento*

Treitel asemeja estos supuestos a la *selbständige Vertragsstrafe* alemana: propone el caso *Moore vs Adler*, en que un jugador, retirado por una lesión, prometió devolver al seguro la cantidad recibida por quedar inhabilitado, si volvía a jugar al fútbol).

El caso mencionado, así como la llamada Pena contractual autónoma (*selbständige*) o no auténtica (*unechte*) en la doctrina alemana, nos

(50) TREITEL, *Remedies...* 209.

(51) GARCÍA AMIGO. *Cláusulas limitativas...*118.

(52) Vid. JORDANO FRAGA. *Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual*, RDM, 1984, 625.

(53) *Cláusulas...* cit., 118-121.

lleva a considerar someramente la incorrecta calificación de esta figura (54). En los casos descritos, nos encontramos propiamente ante obligaciones condicionales, en el mejor de los casos, siempre que el suceso-condición sea incierto y no dependa exclusivamente del deudor. La restitución de la indemnización recibida por el jugador podría haber sido estipulada por el seguro, pero, en caso de no ser debida y proceder únicamente de la promesa del asegurado, no se constituye en obligación penal, sino en promesa condicional.

Respecto a los intentos alemanes de calificar de penal la asunción de una obligación pecuniaria por incumplir un acto no debido (no volver a fumar, por ejemplo; o asistir a la junta de accionistas) parecen condenados a una parecida conclusión. Si no hay deber jurídico reforzado por la obligación pecuniaria, difícilmente podremos estar penalizando o sancionando su incumplimiento o resarciendo el daño generado por el mismo.

Una cuestión diferente es que se quieran penalizar incumplimientos de deberes genéricos establecidos por la ley, y no deberes contractuales, básicamente, toda infracción del genérico deber de no dañar a los demás y los supuestos de responsabilidad extracontractual, regulados por el Código o por leyes especiales (55). En este sentido se podría admitir la existencia de cláusulas penales que no refuerzan obligaciones contractuales sino obligaciones de otro tipo. Que el acuerdo tenga por único objeto la fijación de las penalizaciones (pensemos en un acuerdo entre emisoras de televisión o empresas que quieren preservar sus exclusivas), no quiere decir ni mucho menos que la pena adquiera el carácter de obligación principal, pues siempre será accesoria a la principal (en este caso la obligación legal) cuyo incumplimiento penaliza.

3) *Pagarés y obligaciones de pago abstractas*

Los penal bonds, obligaciones de common law, pagarés por una suma superior a la recibida o a la prestación debida en caso de no cumplir

(54) Vid. infra en materia de accesoriedad de la pena.

(55) Dice DE CUPIS, *El daño...* trad esp., 504, que cita a Giorgi, que aunque no sea frecuente, no considera inconcebible, una vez producido el daño, pero mucho más raro antes de producirse, la liquidación convencional preventiva del daño. Por raro que fuera, sólo será penal la que se convenga ANTES de producido el daño: de lo contrario, pierde su valor preventivo disuasorio y se limita a ser un acuerdo cuasi transaccional, una vez nacida la obligación de indemnizar que en nada previene el daño o el incumplimiento del obligado. Si un cazador conviene con el dueño del terreno (tomando el ejemplo de DE CUPIS) una cifra de eventual pago en caso de accidente o daño causado durante la caza POSTERIOR al acuerdo. O si dos empresas que no han contratado entre sí, acuerdan las penas a pagar recíprocamente en caso de futuras intrusiones en sus áreas de clientes o en sus ámbitos de exclusiva.

a tiempo (56). Sin duda, junto a esta figura del Derecho medieval se asocian dos tipos de problemas que recorrerán nuestra investigación sobre la cláusula penal en los contratos: uno, la prevención de las leyes de represión de la usura (57), como la española, que proscribió los acuerdos crediticios en que se declara como capital una suma mayor de la efectivamente recibida; y dos, la posible incidencia del *ius strictum* (58) y de las obligaciones abstractas cualquiera que sea su causa (59), que es la base del mercado de títulos valores.

4) *Las cláusulas de pago «a forfait»*

La penal es, en la mayoría de los casos, una obligación pecuniaria. Configurada de esta manera, es probable que revista la condición de suma «forfaitaria», o global. Afirma García Amigo (60) que la suma «a forfait» puede determinarse, directamente, en una cifra absoluta (tanto alzado) o, indirectamente, refiriéndola por ejemplo al precio de venta, en una proporción (en el caso citado, un 15% del precio de venta).

La idea de proporcionalidad tiene especial interés en las cláusulas penales moratorias (61), que penalizan el retraso en el cumplimiento:

(56) Que LINDACHER, 18, considera un medio para eludir la prohibición del pacto de intereses, y que, igual que TREITEL, considera en desuso. Para un relato histórico de los penal bonds, con relación de muchos casos medievales, ver LOYD, *Harvard Law Rev.*, 29 (1915), 117 y ss. Este autor considera igualmente que la propagación medieval de las estipulaciones penales procedentes del Derecho romano, se debió al intento de eludir la prohibición canónica del cobro de intereses. Para LOYD la misión de los jueces fue entonces distinguir entre los acuerdos en que la pena era realmente condicionada al incumplimiento y el prestatario no la debía si pagaba dentro del plazo, de aquellos otros acuerdos en que la disposición escrita era un subterfugio, pues la verdadera intención de las partes era no devolver el préstamo sin la suma adicional, comoquiera que se llamase (*cit.* 121).

(57) Como veremos, será necesario aplicar esta norma para calificar la validez de la cláusula penal, cuestión diferente del juicio de equidad que el juez realiza para moderarla en los casos que admita la ley.

(58) KNUTEL (*cit.*... 29) considera que en la evolución de la *stipulatio poenae* se produce desde el *ius strictum*, nace, a ser acogida y aplicable a los *bonae fide contracti*.

(59) Es importante pronunciarse sobre la inexistencia de cláusulas penales abstractas, exigibles cualquiera que sea su causa, como si de un pagaré se tratase. La causa de la cláusula penal exige una revisión de ciertas confusiones doctrinales y judiciales: la inexistencia de causa o la ilicitud de la misma harán nula e inexistente la pena en determinados casos, entrando en juego las reglas ordinarias de prueba e indemnización del daño.

(60) *Cláusulas*... 115.

(61) Como veremos, la proporcionalidad será un principio que presida el juicio de equidad del juez para determinar si la pena es desproporcionadamente alta (*BGB*), manifiestamente excesiva (Códigos italianos y francés), o si se ha cumplido en parte la obligación reforzada (1154 C.c. y Código italiano). Como puede apreciarse, y dado que la prueba del daño en principio transcurre ajena a la pretensión de pago de la penal, la proporcionalidad deberá estimarse respecto al grado de cumplimiento, no respec-

una suma por unidad de tiempo, normalmente días, es una fórmula frecuente de determinación de la pena. Sea a tanto alzado o proporcional, la cuantía de la obligación penal supone un cálculo forfaitario o global de la prestación, que no merma su liquidez, sino su exacta correspondencia con el daño causado. ¿ En qué se diferencia la penal de las cláusulas forfaitarias?

El tanto alzado o forfait es una forma abreviada o simplificada de calcular globalmente la cuantía de una prestación, con una cifra cerrada o con una fórmula más o menos sencilla, que exige de una comprobación detallada de la contraprestación, del daño originado, o del enriquecimiento restituido.

El «forfait» no es exclusivo de la formulación de la pena, pero no sólo porque pueda haber penas que no consistan en una suma de dinero, sino porque el forfait sirve también para fijar la cuantía de una transacción indemnizatoria a posteriori (no preventiva), para determinar la prestación de cumplimiento de un contrato (62), o para determinar la cuantía de la pretensión de enriquecimiento (63).

La pena, por contra, se limita a la prevision inicial, y modificable en determinadas circunstancias, de responsabilidad patrimonial del deudor por el incumplimiento de una obligación.

Se aprecia entre forfait y pena una diferente finalidad: el primero pretende simplificar el cálculo de la cuantía una obligación, nacida de distintos títulos y con diferentes finalidades; la segunda pretende disuadir al deudor de que incumpla y, si a pesar de ello, incumple, establece un cálculo forfaitario de su responsabilidad que exige de prueba al acreedor.

De ahí que la utilidad del forfait se derive de ser instrumento de cálculo simplificado de una prestación, y la de la pena, en establecer una cuantía (forfaitaria o no) indemnizatoria, exenta de prueba.

Las cláusulas forfaitarias no tiene por qué ser penales o intimidatorias o disuasorias del deudor; pero algunas de ellas son penales; y existen asimismo penas que no se determinan a forfait.

to a la cuantía del daño, aunque lo primero sea un indicio de lo segundo, pero sólo eso, y no de forma lineal: un edificio parcialmente construido no sirve de nada al comitente como no hayan cubierto aguas y cerrado algunos pisos, y resulten habitables o utilizables. Distintos grados de cumplimiento, el 0%, el 10%, el 40% del edificio construido pueden proporcionar al acreedor igual utilidad y daños semejantes. La proporción no lineal entre incumplimiento y daño exige pronunciarse pone de manifiesto la independencia entre la penal y la indemnización de los daños.

(62) Pensemos en un abono de transportes de viajeros, o de remontes mecánicos de una estación de esquí, o de una localidad de un teatro o estadio, o una cesión de derechos de autor cualquiera que sea el número de viajes, arrastres o de espectáculos de que disfrute o de libros que edite el deudor del «forfait».

(63) No otra cosa es el canon compensatorio que establece el art 25 LPi por la copia privada, al que los alemanes califican de Pauschalvergütungsanspruch.

No obstante, cuando Treitel (64) habla de cláusulas forfatorias se está refiriendo también a aquellas en que el deudor debe perder en caso de incumplimiento una cantidad entregada al contratar, pero también a las cláusulas comisorias y de caducidad de derechos que vemos en el apartado 5). Sin embargo, al traducir las forfeiture clauses por cláusulas forfatorias parece necesario limitarnos a las específicas cláusulas de liquidación de daños a forfait, que tratamos de distinguir en el apartado número 8).

5) Cláusulas de pérdida de derechos y comisorias

Las cláusulas que extinguen derechos de la parte que incumple, las *Verfallklauseln* y *Verwirkungsklauseln* alemanas, que pueden comprender algunos o todos los derechos del deudor.

Estas cláusulas —que podríamos traducir como comisorias (entendiendo en este concepto pérdida de derechos por el deudor)— tiene especial incidencia en los contratos de compraventa y crediticios. La pérdida de las cantidades entregadas, o de parte de ellas, o de las arras, con devolución. —si hubo entrega—, del objeto comprado o incluso, el vencimiento anticipado de la deuda —que examinamos en otro apartado— (65).

Hay casi (66) unanimidad en considerar, sobre la base del par. 360 BGB, que las cláusulas por las cuales el deudor que incumple una obligación pierde todos sus derechos, no puede considerarse penal sino una reserva de resolución por el acreedor, lo que llamaríamos una causa de resolución en favor del acreedor. Por otro lado, la mayoría (67) considera que cuando el deudor pierde alguno de sus derechos, estamos ante una penalización, a menos que se trate del vencimiento anticipado, que, como vemos en otro sitio, divide a la doctrina germana (68).

(64) El propio autor considera poco clara la expresión «forfeiture» (*Remedies...* 211), pues como hemos explicado en párrafos precedentes, la globalización no detallada de determinadas obligaciones pecuniarias puede obedecer, siempre por razones de utilidad, a motivos bien diferentes.

(65) Para un estudio jurisprudencial de esta cuestión y confirmando su calificación de cláusulas o de arras penales, vid la reciente monografía de JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. Estudio jurisprudencial del art. 1504 C.c., Madrid, 1992, 185 y ss.

(66) Todos los autores coinciden en que es aplicable el BGB 360, pero WESTERMANN (ERMAN Vor 339,8) y FIKENTSCHER (*Schuldr.*, 91) coinciden en que esto no impide que sean aplicables las normas sobre cláusula penal con apoyo en dos resoluciones del BGH (*NJW* 60, 1568 y *NJW* 72,1893).

(67) SÖLLNER *Münch. Komm. Vor* 339, 11; SOERGEL/*Lindacher, Vor* 339, 18; PALANDT/Heinrichs, *Vor* 339, 2 b); FIKENTSCHER, 91; ERMANN/ Westermann, *Vor* 339, 8.

(68) VON TUHR/ESCHER consideran que ninguna de este tipo de cláusulas son penales, salvo quizá, la que implica retención de cantidades entregadas después de resuelto el contrato (*Allg Teil, cit.*. 280).

En consecuencia, pueden aplicarse las normas sobre cláusulas penales y de manera especial la reducción judicial de la pena.

En España la cuestión ha sido menos debatida y probablemente no en sus justos términos (69). Lo que se subraya es que la pena puede configurarse como un pacto comisorio (cuando el vendedor se queda con cantidades entregadas por el comprador). Davila asegura que no hay confusión en tal caso, pues se trata de un pacto reforzado con una cláusula penal (70).

6) *Bonificaciones al deudor por pronto cumplimiento*

Treitel se sorprende de que no sean consideradas penales (para el acreedor) aquellas estipulaciones que reducen el precio o los intereses por pronto pago o por ejecución antes de plazo. Respecto a estas últimas, aunque se pueda emplear el término tomado del derecho administrativo sancionador, de sanción positiva, de hecho es que civilmente no es penal porque no hay incumplimiento alguno. El acreedor queda obligado a descontar el precio si hay pronto pago pero no ha incumplido obligación alguna.

7) *Cláusulas de vencimiento anticipado*

Según Treitel estas cláusulas han sido consideradas penales por algún tribunal (71).

En la doctrina alemana hay opiniones encontradas. Los que consideran que no son aplicables (72) las normas del BGB sobre cláusula penal a los supuestos de pactos de vencimiento anticipado, con apoyo en alguna Sentencia del BGH (73). Y frente a estos, los que consideran el vencimiento anticipado uno de los supuestos de cláusulas de pérdida

(69) RUIZ VADILLO, 389; GÓMEZ CALERO, 80, quien considera improcedente la comparación y DAVILA, 186-188 que considera posible alguna confusión, aunque mínima cuando la pena es cumulativa, pero no cuando es sustitutiva, pues la pena, en este caso, pretende indemnizar al acreedor, quien, sin embargo, en caso de pacto comisorio, retiene las cantidades entregadas, recupera la prestación que hubiera podido dar al deudor y tiene expedita la vía a la indemnización.

(70) DAVILA, *cit.*, 188.

(71) Algún caso norteamericano de 1942 y australiano de 1983, (Remedies...211, nota 17).

(72) PALANDT /*Heinrichs. Vor.* 339 2 b), que apunta sin embargo que pueden ser ineficaces, por aplicación del parágrafo 9 de la AGBG.

(73) *BGH* 95, 372.

de algunos derechos del deudor (74), que, por tanto, pueden ser regulados por las reglas del BGB sobre cláusulas penales. Existen no obstante opiniones más matizadas, como la de Lindacher, que diferencia los casos en que la deuda que vence anticipadamente se debe con los intereses iniciales o sin ellos (calculados sólo hasta el momento de su reclamación anticipada y descontando los intereses de plazos futuros no devengados) (75).

En el Derecho español deben, por una parte, excluirse los casos de vencimiento anticipado de origen legal (art 1129 C.c.). Por otra, distinguirla de la mera causa de resolución, que en sí no es penal, aunque el deudor tenga que afrontar unas consecuencias muy onerosas: debe afrontar un pago inmediato de una cantidad que, en principio, pagaría aplazada en varios años (76).

Algunas leyes imponen límites al vencimiento anticipado en determinados contratos. Esto no basta para considerarlos como cláusulas penales de interpretación restrictiva, sino más bien como resolución sometida a requisitos cualificados (como, en otro aspecto, lo es el 1504 C.c.):

La Abzahlungsgesetz alemana de 1894, en su Parágrafo 4.2 exige para que el comprador a plazos soporte el vencimiento anticipado el doble requisito de falta, total o parcial, del pago de dos

(74) SÖLLNER. Munch. Komm. Vorb 339, 11, que considera este caso junto a otros (pérdida de cantidades entregadas o de las arras). DUBISCHAR. Reihe alternativ Komm, 339, 9, que menciona indistintamente los parágrafos 11.6 AGBG y 242 y 343 BGB como posibilidades de moderación de esta penalización. ERMAN-Westermann, Vor 339, 7, que considera la inmediata exigencia del crédito aplazado un plus (frente a la opinión contraria que considera que en el vencimiento anticipado no se da la prestación adicional que caracteriza a la penal).

(75) Considerando las primeras como penales, en el segundo caso, el problema estriba no en la consecuencia sino la presuposición que encierra esa consecuencia: el vencimiento anticipado no permite de hecho volver antes de la reclamación, que debe estar basada en una norma resolutoria. (Lindacher/ SOERGEL.BGB 12 Aufl., Vor 339, 19).

(76) Aun más graves son las consecuencias que por un hecho, no imputable al deudor como puede ser su incumplimiento, sino la tacha de nulidad del préstamo por usurario, le coloca en situación de devolver íntegramente las cantidades entregadas que tal vez aplicó y de las que no dispone íntegramente. La finalidad protectora de la Ley de Usura ha sido contrastada con las graves deventajas que acrean al deudor la devolución anticipada, como consecuencia de la nulidad. Ver las sugerencias apuntadas y finalmente desaconsejadas por DAVILA, cit. 463, rebatiendo a los autores por él citados. Aunque es cierto que si el deudor no quiere, no va a demandar la nulidad por usura, parece aconsejable que la demande al final del préstamo cuando la restitución a que obliga la nulidad nos sea más gravosa que los pagos inicialmente acordados. No parece que pudiera alegarse el venire contra factum proprium (haber estado pagando sin impugnar la validez), pues es opción común que no opera en casos de nulidad, aparte de que la situación de necesidad del prestamista se justifica o puede justificar la demandada de nulidad en el momento más conveniente para él. Podríamos decir que la Ley de usura penaliza o desincentiva la acción de nulidad, por mucho que los retrasos judiciales difieran el en la práctica «vencimiento anticipado», esto es, la restitución de las prestaciones. Pero no es correcto afirmar que haya una cláusula penal en contra del deudor que reclama la nulidad del préstamo usuario.

plazos y de que la cantidad impagada suponga al menos la décima parte del precio de la cosa *entregada*; la Ley española de venta a plazos de 1965, en su art 11, establece sólo el requisito del impago de dos plazos o del último plazo para el vencimiento anticipado o para la resolución y en todo caso establece una penalidad doble (10% del precio pagado y una cantidad similar al primer desembolso), que puede acumularse a la indemnización procedente por deterioros, caso de resolución.

Sin embargo, el hecho de que el Tribunal Supremo haya moderado la pena examinada, por lo menos en tres casos (77), otorgando un plazo al deudor, hace pensar que nuestro Alto tribunal encuentra semejanzas entre la penalización y el vencimiento anticipado. Lo que no podría desprenderse de declarar inaplicables las normas sobre cláusula penal a los pactos de vencimiento anticipado, en todo caso, es que cabe el otorgamiento judicial de un plazo cuando la estipulación es explícita y expresamente penal, con base en el 1154, pero no cuando sea, al menos de nombre, una cláusula de vencimiento anticipado (78).

8) Cláusulas de indemnización preventiva

La distinción (79) que tiene mayor utilidad y que provoca mayor discusión doctrinal y judicial es la que existe o debe existir entre las cláusulas de liquidación de daños (80) y las cláusulas penales.

En la doctrina alemana se ha planteado la diferencia entre las *Vertragsstrafen* y las *Pauschalierungs-Schadenersätzen* (81), siendo en to-

(77) Sents. del T.S. de 5.2.1914, 3.7.1915 y 19.5.1958.

(78) La espera solicitada por el deudor que contempla el art 1912 C.c., guarda cierta similitud, si bien con la diferencia sustancial de la concurrencia de sus acreedores, que no tiene por qué darse en el deudor que solicita, ante el vencimiento anticipado de UNA deuda, la concesión de un plazo.

(79) Ver, en lo que al método forfaitario se refiere, lo dicho en el apartado num 4, pues muchas cláusulas forfaitarias son utilizadas como liquidación preventiva del daño. Es cierto también que se puede usar el término forfaitario para referirse a las cláusulas que estudiamos ahora, con una pequeña imprecisión, pues el forfait se refiere al método de cálculo no la finalidad indemnizatoria.

(80) Que no es igual que las cláusulas de modificación o, en general, limitación de la responsabilidad, examinadas antes. Liquidated damages clauses debería traducirse, creo yo, más correctamente, como cláusulas de liquidación indemnizatoria, puesto que damages no es exactamente daños, sino más bien indemnización o daños indemnizables, que no son todos los daños o losses. De ahí que la *Pauschalschadenersatz* alemana o indemnización global o forfaitaria sea probablemente su sinónimo.

(81) Vid. entre otros FIKENTSCHER, *Schuldr.*, 6 Aufl., Berlin, 1976, 90; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldr.*, 13 Aufl., 353; DUBISCHAR, *Luchterhand Reihe Alternative Komm.*, *Neuwied*, 1980, & 339, 4 y ss., 446; SOLLNER, *Münchener Komm. Vor & 339*, Rdnr 3 y 5; PALANDT/HEINRICH, *Vorb. & 339*, 2) F); ERMAN/WESTERMANN, *BGB Handkomm.*, 8 Aufl., 1989, *Vorb.* 339, 2.

das las posturas coincidente la idea de que si una cláusula *sólo* tiene como efecto ahorrar al acreedor la prueba del daño es en principio una Schadenpauschalabrede (acuerdo indemnizatorio a tanto alzado o global) y no una pena. Al respecto, Beuthien (82) expone los criterios del BGH, que califica de insatisfactorios, y añade los suyos propios.

Para el Tribunal Supremo alemán (83), una cláusula debe considerarse penal cuando el pago de la cantidad prometida tiene como primera finalidad asegurar el cumplimiento del contrato (sic) principal y debe ejercer sobre el otro contratante la presión más eficaz posible, para que cumpla todos sus obligaciones contractuales. Por contra, nos encontramos ante un acuerdo de indemnización global (Schadenpauschalabrede) cuando pretende simplificar la determinación una pretensión contractual presupuesta y ya existente.

Beuthien propone a su vez criterios más definidores, que podemos resumir en los siguientes: a) mientras la penal supone para el deudor una obligación adicional a la principal que pretende asegurar, el acuerdo indemnizatorio únicamente regula el alcance de la pretensión indemnizatoria que nace de la obligación de cumplimiento vulnerada (84). b) aunque ambas, pretensión penal e indemnizatoria, presuponen la infracción de la obligación principal, la primera se conecta con el propio incumplimiento, mientras la segunda presupone que se han ocasionado daños, aun cuando no deba probarse su extensión real (85). c) en definitiva, la pena contractual tiene una función básicamente punitiva, mientras la indemnización prefijada globalmente tiene una función jurídica y económica exclusivamente resarcitoria (86).

Por su parte, la doctrina anglosajona, partiendo de la base ya mencionada, de que las Cláusulas penales o «penalties» son inválidas en principio y la Cláusulas de liquidación preventiva del daño, no, requiere una mayor precisión para decidir si nos encontramos ante una u otra, pues de ello se desprende la validez del acuerdo.

En el Derecho inglés, se manejan ciertos criterios constantes, admitiendo que hay una pena cuando ha sido estipulada «in terrorem» de la parte que incumplió (87), esto es, pretendida como medio de coerción del deudor para que cumpla. Las reglas de distinción se resumen en cuatro, que dicta Lord Dunedin:

(82) *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe. Festschrift Larenz* 70 Gbtg, Munchen, 1973, 495.

(83) BGHZ 49, 84 (89), NJW 1970, 29 (32).

(84) BEUTHIEN, *cit.*, 498.

(85) *Idem, cit.*, 498.

(86) *Idem, cit.*, 500.

(87) *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd. v New Garage and motor Co Ltd* (1915). AC, 79, 86, caso citado por toda la doctrina anglosajona y por DAVILA.

1) Una estipulación será considerada una pena «si es extravagante y desmesurada en relación con el mayor de los daños concebible que pueda seguir al incumplimiento» (88).

2) «Una estipulación será considerada como cláusula válida de indemnización preventiva (liquidated damages) si las circunstancias fueran tales que fuera imposible una estimación previa de los daños precisa y detallada, y la suma estipulada en la cláusula fuera un intento correcto de hacer una preestimación razonable» (89), entendiéndose por correcta preestimación la que lo era cuando se hizo, esto es, al contratar, no al tiempo del incumplimiento (90).

3) «Cuando se establece una suma fija alzada, a pagar por uno o más o por todos los incumplimientos posibles del contrato (91), hay una presunción, pero sólo una presunción, de que es una pena, porque no puede ser un correcto cálculo previo de los daños, para todos los incumplimientos» (que trata por igual, cualquiera que sea su entidad) (92).

(88) *Dunlop. vs New Garage* (1915) citado antes.

(89) TREITEL, *Remedies*.. 230, que lo toma del Restatement 2nd, 356, de CORBIN *On Contracts*, 1963, & 1060 y de TREITEL. *The Law of Contract*, 1987, 711.

(90) TREITEL, *Remedies*... 231.

(91) En Estados Unidos, sin embargo se ha considerado que ante este tipo de cláusulas (que llaman escopeteras o *shotgun clause*), que si bien no suponen una razonable preestimación de los daños, puede considerarse constreñidas para el caso de incumplirse la obligación principal más importante, en cuyo caso, si la suma estipulada es una razonable preestimación de los daños, entonces debe ser admitida. Diversas sentencias de 1969, 1924, 1914 y 1889 citadas por CALAMARI, *The Law of Contracts...cit.*, 14.32.

(92) Esta tercera regla ha sido criticada por falta de precisión o porque no responde a los criterios que presiden la distinción entre una y otra. Aun así, los críticos ofrecen casos en que la regla es correcta: se comprende en los casos como aquél en que un colono se comprometió a pagar 3 libras por tonelada, en concepto de pena, por cada tonelada de paja o de heno que hubiera vendido por encima de las previstas durante los doce últimos meses del arrendamiento (*Wilson v. Love* (1896), 1 Q.B. 626). Se considera una pena porque el heno es más valioso que la paja y sin embargo tiene igual pena). O es razonable también este criterio cuando se paga una misma pena, por cualquier ruptura de contrato, por lo que se considera que la estipulación es penal, pues cubre a un tiempo e igual las graves que las leves: «una ruptura del pacto de no competencia no es igual al principio que al final del período en que rige dicho pacto» (TREITEL, *Remedies*... 231). No obstante, HARRIS considera que el mero hecho de pagar la misma cantidad por el incumplimiento de diversa importancia, en modo alguno, es definitivo para calificar la cláusula indemnizatoria de penal: lo que importa es que la pena no sea desproporcionada con el incumplimiento más leve, como ocurría en el caso *Dunlop vs New Garage* citado, que provoca la doctrina inglesa de las cuatro reglas. Se había acordado que el garaje: 1) no vendería neumáticos a particulares a precios inferiores a los del catálogo del fabricante; 2) que no suministraría a las personas que el fabricante hubiese suspendido el suministro; 3) que no expondría o exportaría los neumáticos sin autorización del fabricante. Y se estipuló una multa de 5 Libras por el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones. No fue considerada una pena, pero la Cámara de los Loes no había considerado la multa aplicable a los supuestos 2 y 3. En cambio, en el caso *Ford Motor co v. Armstrong* (Court of App. (1915) 31 TLR 267), un acuerdo semejante al anterior, pero con una multa de 250 libras, fue considerado una suma arbitraria para todo tipo de incumplimientos, alguno de los cuales —estimaba el tribunal— era insignificante. (CHITTY/Harris, *On Contracts*, 25th Ed, 1727).

4) Una estipulación es penal si el incumplimiento consiste sólo en no pagar una suma de dinero, y la pena estipulada es mucho mayor que la que debería haber sido pagada» (93). Se supone que detrás de esta regla está la reticencia o el rechazo de los sistemas de Common Law a indemnizar el mayor daño en las deudas pecuniarias (94).

Las críticas de Treitel a estos criterios son feroces, en especial, a la tercera y cuarta: «...se las arreglan para conseguir el peor de los mundos. Ni logran la certidumbre del principio de exigibilidad literal, desde que hay dudas sobre la calificación jurídica de la cláusula, ni la flexibilidad del principio de exigibilidad sujeta a moderación, dado que no están los jueces facultados para ello. Por otra parte, priman indebidamente la redacción del contrato. Seguramente es cierto que no hay necesidades que genere un negocio razonable que no pueda satisfacer, con las reglas angloamericanas, un habilidoso redactor de contratos. El mayor peligro es para las cláusulas artesanales o caseras (home made), que pueden ser invalidadas aun cuando no sean intrínsecamente ilícitas (95)».

Por su parte, el Derecho americano, que comparte alguno de los principios del Derecho inglés y de las reglas antedichas, resume (96) la cuestión en tres criterios: primero, depende de la intención de las partes que quieren establecer una indemnización más que una pena (97); segundo, los daños deben ser inciertos o de difícil cuantificación, regla que no ha sido usada con frecuencia (98); y tercero, la suma estipulada

(93) Dunlop. v. New Garage.. citada 94.

(94) TREITEL, *Remedies*.. 232. Sin embargo como este autor afirma que, es posible haber hecho una correcta preestimación de los daños, conforme a la regla 2.^a, y exceder dicha cifra de los daños reales, y, por otra parte, los tribunales comienzan a admitir la indemnización del mayor daño en las deudas pecuniarias.

(95) TREITEL, *Remedies*,.. 233.

(96) CALAMARI. PERILLO. *The Law of contracts*, 3rd ed, .640.

(97) Pero este criterio no es definitivo, pues la intención de establecer una suma desproporcionada la invalida, y se debilita, pues, por un lado, los tribunales admiten cláusulas designadas como penales por los contratantes y, al contrario, desechan cláusulas denominadas de liquidated damages; y, por otro, porque son criterios abandonados por el UCC y por el New Restatement. La sección 718.2 del Uniform Commercial Code establece que: «Las partes pueden liquidar en el contrato los daños y perjuicios que cada una de ellas debiera eventualmente por incumplimiento; pero el importe fijado debe ser razonable en consideración del daño que cupiera prever que resultaría del incumplimiento o que resulte efectivamente de él, de las dificultades de la pérdida sufrida y de la dificultad o imposibilidad de obtener de otro modo una adecuada compensación. Una disposición que señale una tasa exagerada para los daños y perjuicios es nula como constitutiva de una penalidad» (traducción de la versión castellana del Tratado de responsabilidad civil, de MAZEAUD y TUNC).

(98) A este respecto, existe una evolución desde la incertidumbre en la cuantificación a la dificultad de la prueba del daño (UCC 2,718(1)). Por otra parte, los tribunales, aunque han prescindido raras veces de la regla de incertidumbre, lo cierto es que las cláusulas indemnizatorias, cuando más útiles son, es cuando los daños son de difícil prueba o en el caso de pactos de no competencia anejos a ventas de empresas o de

debe ser una razonable preestimación de los daños probables. De lo contrario, estaremos bien ante una cláusula penal, bien ante una cláusula indemnizatoria inválida.

El tercer criterio es el que más interés tiene para nosotros, pues aunque no se deriva, en el Derecho español, la invalidez de la cláusula, el Derecho americano utiliza la idea de que si la cláusula contiene una indemnización irrazonablemente alta (*unreasonably high*) (99) es nula como una penal.

La desproporción o irrazonabilidad del cálculo debe ser apreciada, según opinión dominante, tanto en el momento del contrato como en el momento del incumplimiento (100). No se requiere por otra parte que la suma fijada sea líquida (se admiten fórmulas) y se atribuye la carga de la prueba de la desproporción al demandado (101).

Para nosotros, la distinción entre uno y otro tipo de cláusulas no tiene tanta utilidad en tanto son lícitas tanto las penales como las cláusulas de indemnización preestimada. No obstante, las cláusulas penales tienen límites, los propios de toda convención (1255 C.c.), los específicos de las obligaciones pecuniarias, en que consistirán la mayor parte de las veces y por último, serán moderables por el juez si se rigen por el Código civil. No obstante, en nuestra doctrina Espin (Manual, II, 286) distingue: «La nota esencial a esta obligación es la de servir de medio de presión sobre el deudor para asegurar el cumplimiento específico... Se deduce, pues, de la naturaleza penal de esta cláusula que no será tal la estipulación que consista en una preventiva determinación de los daños y perjuicios ... cuando dicha liquidación se calcula sobre la realidad de dichos daños... Para que la preventiva determinación de los daños... tenga carácter penal, será preciso que su evaluación sobre-

negocios, por ej.) (CALAMARI, *cit.*, 642). Se entiende además que el criterio de incertidumbre puede referirse a: la dificultad de probar los daños, la dificultad de determinar qué daños fueron ocasionados por el incumplimiento, o de cuáles fueron contemplados al contratar, la ausencia de criterios estandarizados para medir los daños originados por un concreto incumplimiento, o la dificultad de pronosticar, cuando el contrato se celebró, todos los posibles daños que podría ocasionar uno de los posibles incumplimientos. (MACNEIL, *Power of Contract and agreed Remedies*, 47 Cornell L.Q., 502, citado por CALAMARI).

(99) Los alemanes recordemos que hablan de pena desproporcionadamente alta (*Unverhältnismässig hoch*); los franceses, de manifiestamente excesiva o irrisoria. Si la elevada o insignificante cuantía de la pena (a efectos de la validez o de la moderación) debe ser irrazonable, desproporcionada o manifiesta, será cuestión no sólo de traducción, sino, sobre todo, de finalidad de la norma. No son, sin embargo, criterios incompatibles.

(100) El criterio anterior al UCC («a la luz de los daños previstos o reales») era el de atender únicamente al momento de celebración del contrato. En ocasiones extremas se autorizó no seguirla porque había evidencia de que no existían daños. Pero se entendió que, aunque la previsión de daños se hace en el momento del contrato, de atender sólo a este momento, debería ser también admisible una cláusula penal que razonablemente previera los daños, aunque luego no sobreviniera daño alguno, puesto que la previsión no se juzga respecto al momento del efectivo incumplimiento.

(101) CALAMARI, *cit.*, 643.

pase la medida real del daño, de forma que este exceso actúe de modo eficaz como presión sobre el deudor...».

3.2. Distinción de figuras afines

A un lado los casos dudosos, no debemos sin embargo tener dudas en distinguir la cláusula penal de otras figuras que de forma recurrente suele manejar la doctrina.

1) Suele distinguirse de las Arras (102), pues no se requiere entrega de las mismas para que opere la penal. Y es posible que tengan carácter penal, pero no quiere decir que lo sean siempre. En todo caso y en este caso las arras cumplen una función instrumental (son parte o toda la prestación en que consiste la multa) al servicio del desistimiento, cumplimiento o indemnización en forma de pena. Se trata en todo caso de un instrumento (las arras) al servicio de diferentes funciones, aunque con el rasgo común de servir de solemnidad o de rito contractual al menos históricamente (103).

2) La pena es distinta de la multa penitencial, con ambigüedades terminológicas, pues si es multa (penal) no puede ser al mismo penitencial (104), aunque puede advertirse un convenido y convencional uso anfibológico o paradójico del término: multa penitencial es el dinero de arrepentimiento o desistimiento, que puede haber sido abona-

(102) Vid SANCHO. *Las arras contractuales*, en Estudios, II, 169. Aparte de que las arras puedan tener función penal, pero no siempre será así, no siempre fue fácil distinguir las arras pues por una parte arras y pena fueron evolucionando hacia una obligación pecuniaria en la mayoría de casos. Lo observa KNUTEL para el Derecho antiguo (*cit.*, 12) y lo hace IBBETSON para el medieval (*Journal of Legal History*, 1992, 1, 8). La distinción entre arra y pena no fue siempre clara. Es imprescindible además la lectura de Díez-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, I, 474 y ss., donde se comentan los casos que permiten delimitar y cláusula penal, arras y fianza impropia o caparra.

(103) Es muy recomendable la lectura de IBBETSON, *cit.*, que nos recuerda la evolución del compraventa en la edad media y como al incrementarse las ventas a plazo se consolida la tesis del contrato como generador de obligaciones y se requieren una serie de ritos o señales materiales y formales que comprometan moral y jurídicamente al contratante (el apretón de manos; el godpenny o Gorttespennig, (que en España sería la señal, *cit.* 6) y el Vino tomado con el otro contratante y con los testigos que quedan vinculados como tales y que vinculan al que incumpla: con el paso del tiempo, en vez de vino al contratar (Mercipotus, Weinkauf o Leitkauf) se entregará dinero para estos menesteres, lo que asimilará a las arras y en algunos casos se transformará en tributo por la venta. (*cit.*, 8)

(104) La confusión no sólo terminológica parece invadir la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de lo claro que lo estableció la STS de 28.12.1946. Hemos mencionado anteriormente la reciente sentencia del TS de 25.7.1991, que habla de sanción penitencial, recargo penitencial y multa penitencial. LOBATO define las arras penitenciales como medio lícito de desistir del contrato, al amparo del Art. 1153 Cc., aunque en realidad se trata de un supuesto de obligación facultativa (Cáusula,...107). Sin embargo ya advertía SAVIGNY la contraria naturaleza y función de una y otra institución: mientras la pena refuerza o fortalece el contrato, la multa penitencial debilita su fuerza vinculante. (*Le Obligazioni, trad italiana*, Torino 1915, II, 255).

do en formade arras o no, y que permite al penitente apartarse del contrato y extinguir la relación obligatoria (105).

3) La obligación condicional, pues el hecho incierto y futuro al que se condiciona la exigencia de la penal depende, en principio, de la voluntad del deudor (106) lo que lo inhabilita como condición. Además, la obligación principal, a la que tiene derecho el acreedor siempre que sea posible, se erige por encima de la obligación de cumplir la pena, que resulta accesoria. La obligación de cumplir la pena no nace automáticamente por el hecho de incumplir pues queda, salvo pacto en contra, la opción del acreedor que puede reclamar el cumplimiento.

4) La obligación facultativa, pues en la obligación penal, rara vez y salvo expresa atribución, tiene facultad solutoria el deudor. Se afirma que si el deudor tiene la elección, no estamos ante una cláusula penal.

Aun así y a pesar de la opinión de nuestro TS (107) y de algunos autores (108), parece que la extinción de la obligación reforzada con la principal liberaría al deudor de cumplir la pena, pero la extinción de ésta —si no fuera pecuniaria—, no le liberaría, aun en el caso de que su hubiere pactado expresamente en favor del deudor, en el sentido del art 1153.1 C.c. Si el cumplimiento (primera forma solutoria) resulta imposible por causa no imputable al deudor, éste no debe ya la pena (segunda forma solutoria). La pena estaría in solutione, pero en plano de accesoriidad respecto a la otra forma de pago (109).

5) La obligación alternativa, porque no están en plano de igualdad la obligación principal y la penal, como lo están las alternativas (110), que no se extinguen mientras haya una posible, mientras la pe-

(105) El término alemán medieval *Wandelpön* (o pena por cambio de voluntad del contratante) se encuentra en numerosos documentos. La multa *poenentialis*, si bien encierra la idea de pena, lo cierto es que no se trata de sanción a un acto indebido, pues se estipula el derecho de desistimiento; es un acto lícito, pues se impone al deudor una obligación facultativa (DAVILA, 43); sin embargo, se disuade de su ejercicio, con la imposición de la multa. Esta no es incompatible —no debería serlo al menos— con la indemnización (ex 1694 C.c.). Si fueran arras penitenciales, entregadas al formalizar el contrato, que se pierden por el desistimiento no excluirían la indemnización del daño probado. Aunque la pena sustituye, salvo pacto, a la indemnización, si las arras penales o la multa penitencial, tienen carácter penal, no tiene mucho sentido que en tal caso sea inexigible la indemnización de los daños irrogados por el incumplimiento. El ejercicio del derecho obligaría a indemnizar si fueron arras penitenciales, pero no el incumplimiento del contrato si se consideró *pena* de arrepentimiento.

(106) Se trata de los incumplimientos que le son imputables, aunque es cierto que puede asumir por pacto, causas de incumplimientos ajenas a su voluntad.

(107) Sentencias de 28.12.46, 13.6.1962 y 21.2.69.

(108) ALBALADEJO, Coms. CC, 474; RUIZ VADILLO, 388; MARTÍNEZ PEREDA, ADC, 1972, 523.

(109) Podríamos decir que es una obligación facultativa condicionada, a que se extinga la forma principal de pago por causa no imputable al deudor, pero quizá es un empeño inútil.

(110) De acuerdo, para el Derecho suizo VONTUHR/ESCHER, 278.

nal se extingue si la principal lo hace (111). Además, y quizá por ello, la norma dispositiva del Código es que mientras la facultad de elección entre las alternativas corresponde al deudor, es el acreedor insatisfecho quien tiene la opción (112) entre la pretensión de cumplimiento o la pena, salvo pacto en contra (113).

Para determinar si ante determinado pacto, nos encontramos ante una obligación alternativa o una pena, es interesante recoger aquí un criterio que manejan los jueces norteamericanos: cuando se pacta que un constructor debe levantar un edificio en un tiempo y condiciones concretas, y si no lo hace, pagará una suma de dinero, se entenderá la intención de pactar una obligación alternativa si esta última cláusula ha sido solicitada por la parte obligada a ello (114).

6) *El pacto de intereses de incumplimiento*

A pesar de las diferencias (115), la cláusula penal puede adquirir la forma de un pacto de intereses de demora (116), a menos que éste se remita a los intereses legales. Supone normalmente un plus punitivo y disuasorio para el deudor, a la vez que sustituyen a la indemnización legal (art 1108 C.c.). Cualquiera que sea la fórmula empleada, los intereses moratorios serán exigibles si y sólo si el deudor incumple la obligación pecuniaria principal por causa que le sea imputable y se coloca en situación de mora.

(111) La doctrina de nuestro T.S., en este sentido, es estable: vid. sents de 29.4.1965 y 20.6.1981.

(112) La doctrina germana habla de *Wahlrecht* y de crédito, que no obligación, alternativo. No es una *Wahlschuld*, pero para algún autor tampoco es una *alternative Forderung*, sino una así llamada *alternative Ermächtigung* en favor del acreedor. No es crédito alternativo (obligación alternativa con elección del acreedor) porque la imposibilidad de la obligación principal no imputable al deudor NO concentra el derecho de crédito en la pretensión de la pena (VON TUHR/ESCHER, 281), sino que la extingue.

(113) TREITEL, 214; DAVILA, 165 y ss. quien recuerda que no es muy seguro que sirva la distinción entre las dos obligaciones (principal y penal) en un caso, y una en el otro (la alternativa elegida) pues es posible que la diferencia sea más bien *plures in obligatione*, una *in solutione*.

(114) Este criterio es indiciario pues, en definitiva, deberán los jueces determinar qué obligación se ha querido pactar. CALAMARI PERILLO, *The Law of contracts*, 3rd ed, St Paul, 1987, 14.34, 646.

(115) GÓMEZ CALERO, 78, que más que diferenciar penal de pacto de intereses, resalta la conveniencia de distinguirlos pues podemos encontrarlos ante «más que una cláusula penal, un pacto de intereses usuario que como tal sería ilícito». Lo que no parece aclarar este autor es si concibe la intersección de ambos conceptos, esto es, pactos de intereses que constituyen penalización y no usura; RUIZ RICO, 828, que ofrece criterios para distinguirlos, no encontrando dificultad en caso de pena no pecuniaria o de pena pecuniaria que no guarde relación alguna con la cantidad o la duración del retraso; LOBATO, 117.

(116) Cfr. DAVILA, 190.

Pero no siempre los intereses de demora tendrán la naturaleza de pena moratoria. Se puede establecer una graduación según la cuantía de los intereses pactados: habrá intereses de demora no penales, cuando sean los legales, o los habituales en el mercado, o los mismos que los intereses de cumplimiento.

En cambio, serán penales cuando excedan de los tres anteriores (si los intereses de demora son iguales que los de cumplimiento, nada teme el deudor incumplir pues su responsabilidad no se ve agravada); por último, serán usurarios, aquellos intereses que imponen una penalización superior (117) a lo usual y razonable.

El criterio de razonabilidad, o lo que es lo mismo, el listón que separa la cláusula penal admisible de la usura, esto es, los intereses penales de los intereses usurarios, puede colmarse acudiendo a las valoraciones de mercado y a criterios históricos que quizá hayan arraigado profundamente en nuestra cultura: *stipulatio duplae* en el *ius commune* (118) y el límite del doble de la cantidad debida que establecen los textos históricos (119). En todo caso, habría que añadir que el doble, criterio hoy abandonado, sería en todo caso, respecto de los intereses (120) de cumplimiento, nunca del capital prestado. Cabría proponer que los intereses de incumplimiento no deben duplicar el tipo de interés de cumplimiento, más allá de lo cual se entiende usurario. No obstante, este criterio es discutible.

Si admitimos que es lícito agravar la responsabilidad del deudor con una finalidad básicamente preventiva, es lícita y admisible la pena que establece unos intereses superiores a los normales, pero habrá que establecer un listón que sea compatible con las buenas costumbres (121).

(117) SAVIGNY: Es ilícita una cláusula penal aneja a un mutuo cuando esconde, bajo falsa apariencia, un acuerdo de intereses usurarios. (*Oblig. cit.*, 260) VON TUHR: El pacto de una pena que represente la explotación usuraria de la parte más débil es nulo (*Oblig.*, 241).

(118) Según WINDSCHEID, 258, Nota 9 y GIERKE, 374 que citan el texto de C. 7, 47. Para el derecho romano vid. KASER. *Das römische Privatrecht, I, 2te Neubearb.*, München, 1975, 519, Nota 4; KNUTEL, *Stipulatio...*, *cit.*, 159 y ss.

(119) Ley CCXLVII, del Estilo (Que la pena puesta en gran cantidad no se entiende más de dos al tanto). Ley 5, tit 18, Lib. del Fuero Real anula la pretensión (el pleito) si la pena traspasa el límite; POTHIER. *Obligaciones*, 346; Código prusiano 1, 5, 301; y antiguo Código de comercio alemán (ADHGB) par. 284.

(120) D. 22,1,4. Nadie puede estipular una pena por los intereses que exceda de la medida del interés legal. (*Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*). Vid. VISKY *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*. IURA, XIX (1968), I, 67

(121) VON TUHR: Una pena convencional es contraria a las buenas costumbres cuando provocaría la ruina económica del deudor y representaría una explotación usuraria de la parte más débil... Hay sin embargo casos en que la pena se presenta como excesiva sin que por ello pueda decirse que el hecho de pactarla es contrario a las buenas costumbres...por ejemplo, cuando, por efecto de un cambio sobrevenido en las circunstancias, la cuantía de la pena vencida no guarde proporción racional con el daño inferido al acreedor. (*Obligaciones*, II, 241).

4. SENTIDO NEGOCIAL DE LA CLAUSULA PENAL

4.1. Incorporación: causa de la cláusula

¿Cómo se incorpora la cláusula penal al contrato, cobrando sentido y reconocimiento por el ordenamiento? La doctrina de nuestro T.S. se resume en las siguientes líneas:

La cláusula penal es una obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y en favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que acarrea tal situación (122).

Desde el punto de vista material, la estipulación penal puede estar incluida en el contrato original o acordarse posteriormente en un anexo, pero parece imprescindible siempre que se acuerde *antes* de producido el incumplimiento que sanciona. La idea de estipulación anticipada se remonta al Derecho romano, perdura en la Edad media (123), y se mantiene hoy en día (124).

Desde el punto de vista negocial, parece clara la idea de accesoriidad, titubeante por ejemplo en nuestro T.S (125), pues se desprende de la misma formulación de la idea y cualquiera que sea la concepción resarcitoria o punitiva que compartamos. Tanto si pensamos en cómo compeler al deudor a cumplir puntual y propiamente sus obligaciones como si pensamos en qué medida podemos aligerar al acreedor lesionado la costosa prueba del daño sufrido por el incumplimiento de alguna o todas las obligaciones nacidas del contrato, surge, por exigencias causales, la obligación de concebir y formular la idea de pena convencional como obligación accesoria y no independiente o primordial (126).

La causa de la obligación penal se encuentra en una obligación válida preexistente, o nacida simultáneamente, que se pretende reforzar o cuyo incumplimiento se pretende valorar, de forma que no existiendo válida obligación jurídica, carece de reconocimiento por el ordenamiento la existencia de una obligación penal exigible.

Aunque volveremos sobre este punto, la idea de incorporación al contrato de una cláusula penal no es sólo material, sino ontológica. La

(122) Sentencia de 16.4.1988., como reciente ejemplo de muchas anteriores.

(123) NOONAN, *op. cit.*, 108.

(124) TREITEL, *op. cit.*, 211: «Si se hace la estipulación después de que el incumplimiento ha ocurrido, en principio, no es una pena».

(125) Recuérdense la STS de 28.1.1992, citada en la Introducción y sobre la que volveremos.

(126) La idea de accesoriidad no vacila ni en la doctrina, ante los pretendidos casos de cláusula penal independiente en que piensan los alemanes (selbständiges Strafsversprechen). El hecho de que estos le llamen penal no auténtica, parece dejar bien claro que la idea de pena requiere una obligación principal que reforzar.

cláusula penal necesita para existir una obligación principal que reforzar o de la que valorar anticipadamente y sin necesidad de prueba los daños derivados de su incumplimiento.

Ahora bien, la causa de la cláusula penal se encuentra en la idea de reforzamiento de la obligación, por una amenaza legítima al deudor de un agravamiento probable de su responsabilidad. Es dudoso que tenga causa protegible el establecimiento de cláusulas penales sobre actos u omisiones inimputables (127) al deudor, o sobre actos ya sancionados por otras normas, o sobre actos no exigibles.

4.2 Propósito negocial de la estipulación

Distinto de la causa es el propósito buscado por los estipulantes. ¿Cuál es la finalidad buscada por las partes, por separado o conjuntamente? Básicamente liquidar por anticipado los daños a indemnizar en determinados casos de incumplimiento; eximir de la prueba del daño al acreedor; y compeler al deudor a cumplir al margen o sin necesidad de establecer garantías propias.

Desde el punto de vista económico, las partes pueden encontrar en la estipulación penal ciertas ventajas que cumplen: evaluar por adelantado el riesgo de cada negocio, eliminar gran parte de la litigiosidad procesal y dotar de eficiencia y certidumbre la operación negocial efectuada.

Frente a esto, es posible (y frecuente) que se originen distorsiones derivadas de la pena impuesta: un abuso del acreedor que establece una pena exagerada o que pretende eludir las normas sobre pacto comisorio o usura, más si le consta la dudosa solvencia del deudor; o un abuso del deudor que establece una pena irrisoria y busca limitar su responsabilidad de forma desproporcionada.

(127) Porque una cosa es que el deudor haya asumido por convenio la responsabilidad por caso fortuito (ex art 1105 C.c.) y otra que se le «castigue» por un incumplimiento debido a caso fortuito. Aunque no es imputable, el deudor ha asumido la responsabilidad incluso de los casos fortuitos. Para SAVIGNY, si se considera la finalidad de la cláusula penal, que es provocar un hecho o una abstención, será necesario exigir la imputabilidad, pues faltaría la eficacia y la razón de ser del temor a la pena si el hecho u omisión que se desea obtener, no dependiese de la voluntad del deudor. La lógica debía conducir a los juristas romanos a tratar la cuestión en este sentido, cuando la obligación principal era *bonae fidei* ya que en estos casos, no se contemplaba más que la finalidad del acuerdo.... Esta opinión es pues la única que puede concebirse en el Derecho actual, de forma que la cláusula penal golpee hoy sólo a los deudores cuyo incumplimiento sea imputable (*Obbligazioni*, II, 259). Sin embargo, VON TUHR/ESCHER consideran admisible la pena estipulada por incumplimientos no culpables (*Allg Teil*, 281). Nuestro T.S. sin embargo deja la cuestión abierta. Por ejemplo, la Sent de 4.7.1988 dice que la efectividad de la cláusula penal sólo «puede tener lugar cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso sea debido, a dolo, culpa o cualquier otra causa IMPUTABLE a la parte que asumió la responsabilidad accesoria derivada de dicha cláusula», lo que, a mi juicio, no excluye el caso fortuito, si así se pactó. Vid más adelante, la EXIGIBILIDAD de la pena.

6.3. Relevancia del acuerdo (128) sobre la estipulación penal: la previsión del daño

Ahora bien, en todos estos casos, parece que las partes contratantes están *contemplando* el incumplimiento, de forma expresa y explícita. Esto se afirma con ciertos matices cuando la penal está incluida en condiciones generales, pues en ese caso el predisponente impondrá al adherente su particular previsión de las consecuencias del incumplimiento, o cuando la penal venga impuesta por la ley que regule el contrato. Sea impuesta la pena unilateralmente o no, parece relevante el contenido de la cláusula en relación con los artículos 1106 y 1107 C.c. y el concepto de previsibilidad que se pueda manejar (129).

La pena que sustituye a la indemnización parece, a primera vista, manifestar de forma explícita los daños previstos por las partes a la hora de contratar.

Si, conforme al art. 1107.1, los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los que se hayan previsto o se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su incumplimiento, es razonable plantear que la pena pactada comprende estos daños, de forma que sólo en caso de incumplimiento doloso, cabría resarcir además otros daños.

No es, sin embargo, del todo correcta esta idea. Por una parte, es posible que los daños previstos al pactar la pena sea unos y los daños comprendidos para calcular la suma estipulada sean otros, o que se comprendan en la pena sólo alguno de los previstos y además un plus de refuerzo de la obligación. Por otro lado, habrá que tener en cuenta si la cláusula penal fue negociada o no (condiciones generales o de origen legal) y caso de serlo, si la información de que disponían ambos contratantes, si no semejante, cubría al menos para cada uno el riesgo completo de su negocio y los daños que afrontaba en caso de incumplimiento.

Por ello, existen dos requisitos para que pueda asemejarse pena a la indemnización del art 1107.1: primero, que ambos contratantes hayan dispuesto de información semejante o suficiente para evaluar correctamente sus daños; segundo, que hayan querido traducir dicha previsibilidad en la cláusula penal.

(128) Sobre la relevancia del MOMENTO del acuerdo, veremos que puede ser decisivo para determinar si la estimación es correcta, excesiva o irrisoria, atendiendo al momento en que se hizo, por lo que atañe a su validez.

(129) Por eso es posible que se pacte que los contratantes con la cláusula penal sólo indemnizan el daño emergente, pero no el lucro cesante (Sentencia italiana de Casación 2020/76). Sobre la previsibilidad del art. 1107, *vid.* por todos, PANTALEÓN, El sistema de responsabilidad contractual (ADC XLIV, julio septiembre 1991, 1019) y DE ANGEL, Comentarios al C.c., Ministerio Justicia, 1991, artículos 1106 y 1107.

Veamos un ejemplo. Unos grandes almacenes ofrecen a sus clientes una tarjeta de crédito al consumo para compras en sus establecimientos; en sus condiciones generales se establece, en caso de no poder cumplir el cliente la deuda pendiente o cualquier otra condición estipulada, que el Acreedor puede cancelar la tarjeta, que puede exigir el reintegro de toda la deuda pendiente, así como los gastos, los intereses y demás cantidades devengadas por el uso de la tarjeta; que todos los gastos, tasa y costas del procedimiento serán a cargo del demandado, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aun cuando la intervención de éste no fuere preceptiva; una comisión de 750 pts por la devolución del importe de cada liquidación, en concepto de gastos de gestión de impago, además de los intereses debidos hasta el completo reintegro de la deuda.

Otros grandes almacenes establecen que en caso de impago, además de unos intereses de demora elevados un 10% mensual sobre los intereses ordinarios, se exigirán al deudor gastos, intereses y cantidades debidas por el uso de la tarjeta.

También es posible que los contratantes decidan y expresamente establezcan que en la pena sólo se entiende comprendido el daño emergente, pero no el lucro cesante, susceptible de prueba y ulterior indemnización (130).

En los tres casos, sumado a que ninguna de las veces han sido negociadas las condiciones del contrato, el acreedor de las distintas penalizaciones incluye o descarta otros conceptos indemnizatorios distintos del mero incumplimiento.

Sean cuales fueran los daños que el acreedor contempla a la hora de celebrar el contrato, puede que no todos estén incluidos en la pena o recargo exigible al deudor. Por ello, en un principio, la pena no siempre contempla todos los daños previsibles y previstos. Parece que la mención por el pacto de determinados conceptos indemnizables al margen de la pena los excluye de ésta, y su no mención los incluye, en principio, en la pena impuesta.

Si la información del acreedor es incorrecta y no se adecuaba a una razonable previsión de los daños, es posible que el art. 1107 autorice a pedir, además (131) de la pena, los daños previsibles no contemplados por ésta, y originados por el incumplimiento de la obligación que pretendía reforzar.

(130) Como el caso de la Sent. de la corte italiana de Casacion 2020/76, citada por DE NOVA (Comentarios C.C. CENDON, 650).

(131) Ya veremos más adelante que es posible que la indemnización del mayor daño, como consecuencia del *Wahlrecht* o alternativa abierta al acreedor entre pretensión de cumplimiento y pretensión penal. No es el caso en que se pide la pena y ADEMÁS el daño excedente, sino SOLO la indemnización de TODO el daño, porque la pretensión de la pena es incompatible con ella.

Podría pensarse, en una línea de *ius strictum*, que la pena agota y precluye toda indemnización. Sin embargo, la razón por la que llamamos penal a esta cláusula estriba en su poder disuasorio del deudor, para reforzar el vínculo contractual. Cuando el deudor sabe que la pena (por las razones que sean, incluidos el mal cálculo o previsión anticipada de daños) es notablemente inferior a los daños que son previsibles después, pasado un tiempo, después de celebrado el contrato y antes de incumplir, no hay duda de que la pena habrá perdido toda función de refuerzo.

La estimación previa que hacen los contratantes al cuantificar la pena no tiene, a mi juicio, ni el efecto de precluir (132) la acción derivada del 1107.1, argumentando que la previsibilidad prevista por dicha norma ha sido objetivada y agotada (133) en el acuerdo —y a éste hay que atenerse literalmente—, ni el valor legal que pueden tener, por ejemplo, las declaraciones de valor que hace el cargador en la carta de porte de un contrato de transporte o en el conocimiento de embarque, que le vinculan en la eventual pretensión indemnizatoria.

Mientras las normas mercantiles aludidas (134) excluyen tajantemente la pretensión posterior de un valor diferente del declarado (135), el Derecho civil admite expresamente que el acreedor exija el cumplimiento de la prestación en vez de la pena; esto es, no está vinculado por la pena, de forma que si al acreedor la pena

(132) A menos que expresamente se pacte, la cláusula no será una limitación convencional de la responsabilidad, pues su finalidad es, como ya hemos visto, contraria. Debe especificarse para que así se entienda, pero no puede presumirse.

(133) En la elaboración del BGB ya se planteó la cuestión cuando el acreedor tiene sólo la elección entre la pena y la pretensión de cumplimiento con su correspondiente indemnización. «Si la indemnización de los daños superase la pena estipulada, sólo le queda al acreedor, no la pena, sino elegir el cumplimiento con su respectiva indemnización. En tal caso debería probar los daños a indemnizar y si la prueba fallara, perdería la indemnización, pues, una vez hecha la elección, ya no podría volver a (pretender) la pena. Si hubiera elegido la pena, según el parágrafo 6, sólo podría pretender la pena y, con ello, la proporción de indemnización que ésta representase, perdiendo por el contrario la suma indemnizable que excediera de la pena. Este resultado sin embargo, por lo general, puede no haber querido ser previsto por las partes, ya que la ESTIMACION de los daños causados por el incumplimiento del contrato, contenida en la fijación de la pena es solamente PROVISIONAL, basada en el previsible y probable curso de las cosas, en relación a la cual no hay motivo alguno para establecer una PRESUNCION de que con ello, el acreedor haya querido RENUNCIAR a los eventuales daños (sic) resultantes por encima de la estimación hecha, y probablemente no previsible al tiempo de celebrar el contrato». (Die Vorlagen für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB, herausg. Schubert, Berlin, N. York, 1980, Recht der Schuldverhältnisse, Allg Teil, I.2.I.3, p. 343, trad. mía).

(134) Artículos 351, 372 y 706 del Código de comercio.

(135) Valor histórico declarado en la carga y comprobado en caso de controversia, mientras que la penal se refiere a un valor futuro e hipotético. Sería irrazonable que la declaración de un valor conocido y la previsión de un valor desconocido tuvieran igual fuerza vinculante para el declarante.

le proporciona una utilidad valorada en 80 y la obligación principal, en 120, el acreedor, salvo expresa reserva de la facultad solutoria al deudor, es muy libre de exigir 120 y no 80.

La pretensión de la pena le exime de la prueba del daño, pero no le prohíbe probarlo. Pues, como dice De Cupis, «la declaración de valor es una declaración de ciencia que al insertarse en el contrato deviene elemento constitutivo de la voluntad contractual en orden a la liquidación del daño futuro; en la cláusula penal la voluntad contractual se encamina al mismo fin, pero sin adquirir el contenido propio de una manifestación de conocimiento unilateral. Puede también suceder que dicha cláusula sirva para situar (sic) en el contrato el conocimiento de una de las partes sobre la medida de su interés; pero esta posibilidad no afecta a su esencia» (136).

¿Cuál es el sentido que tiene entonces la cláusula penal en el contrato? Básicamente la de determinar una prestación exigible por el acreedor sin necesidad de probar ni la existencia ni la cuantía del daño sufrido (137). En lo que ambas partes se ponen de acuerdo es que el acreedor no necesitará probar el daño para exigir la pena establecida. Lo que se deberá probar en cada caso es que se da el supuesto de exigibilidad de la pena y, según los casos, será el acreedor quien deba probar el incumplimiento de la obligación negativa o el deudor, el cumplimiento de la positiva.

Este acuerdo, que cumple una finalidad auxiliar en lo indemnizatorio, es básicamente coercitivo del deudor, pues pesa sobre éste la doble desventaja convenida de que el acreedor no deberá probar el daño —a diferencia de lo normal— y de que la suma acordada es probablemente mayor que la indemnización debida conforme a las reglas comunes. Lo primero es definitivo, pero este último aspecto es secundario, porque la coerción se debilita si el deudor comprueba que la pena es inferior al daño posteriormente sobrevenido y porque, ya dijimos antes, que la pena pronostica el daño probable, pero no lo asegura (138).

(136) El Daño, *cit.*..., 501.

(137) Decía WINDSCHEID, después de citar diversos fragmentos del Digesto, que en este caso «la pena tiene la naturaleza de ser una estimación del interés de la obligación, hecha en favor del acreedor, que le libera de la prueba de su cuantía. (D 3,15,7). En esta materia, debe tomarse en caso de duda como significado de la voluntad de las partes que el acreedor, cuando ha exigido lo uno, que aún debe poder exigir lo que exceda de lo otro. (Lehrbuch des Pandekten, 3te Aufl., 285, Nota 15, vol II, 102).

(138) En ninguno de los dos sentidos. Ni asegura que esa sea la cuantía del daño ni garantiza que se vaya a satisfacer. A diferencia de la pena, las garantías en sentido propio pueden asegurar no sólo al acreedor que va a cobrar sino que garantiza a veces al deudor que no excederá de determinada suma (la hipoteca de responsabilidad limitada). La pena no asegura ni a uno ni a otro estos extremos, simplemente releva de la prueba del daño por el importe de la pena al acreedor, lo que compele algo al deudor, aunque no garantiza al acreedor su cobro efectivo.

4.4. Tipología y formulación de la cláusula penal

Vistos en la introducción alguno de los problemas planteados, dada la escueta regulación de la penal en nuestro Derecho, creo que sería conveniente repasar alguno de los supuestos más frecuentes que el mercado ofrece. Si nos damos cuenta, la abstracta (y omnicomprensiva) regulación del Código no es en sí misma mala (no voy a reproducir aquí las ventajas de una norma abstracta frente a la casuística), pero creo que conviene analizar e interpretar según el caso concreto de cada cláusula penal o de cada estipulación con vocación de penal.

Superada la teoría de la intención (139) que hacían a los escolásticos rechazar o admitir determinadas cláusulas contractuales o la misma posibilidad de obtener un pago de algo más que el capital, no queda sin embargo descartada (140) la obligación de interpretar la intención de las partes contratantes, considerando también su error o acierto al redactar o designar la cláusula, su contenido y su carácter. Veamos cuáles son las fórmulas básicas y más corrientes de pena convencional y establezcamos algunos criterios sobre su calificación. Una vez sentado esto, podremos recordar y volver al Código civil español y reinterpretar sus normas, creo yo, de forma más adecuada.

¿Cuáles son las fórmulas ordinarias (141) de estipulación penal?

La c.p. suele imponerse en:

a) contratos traslativos de dominio

aa) promesa de venta

— por no celebración de la venta prometida (caso que origina las STS de 28.12.46 y de 13.3.90).

bb) Compraventa

— por no entrega de la cosa vendida (STS 26.12.90 o la STS 20.5.86, relativa a un contrato de suministro), de la finca permutada (STS 3.10.85), por no desalojarla (STS 28.11.78), por no desahuciar al arrendatario (STS 10.4.56) o por no extinguir la servidumbre (STS 28.12.46). La pena puede consistir en un descuento del precio (STS 20.5.86) o en el abono de multa con resolución..

— por incumplimiento de deberes asumidos en la transmisión de los derechos, como el pacto de no competencia (STS 21.3.50, aunque se discute si hubo verdadera venta).

(139) NOONAN, *cit.*, 107 y ss.

(140) Como ya hemos visto, los estadounidenses van abandonando el requisito de la intención de las partes pues los tribunales reconocen como penal lo que las partes intentaron como liquidatorio y viceversa. CALAMARI/PERILLO, *cit.*, 276.

(141) Mc GREGOR ejemplifica de forma comparativa en qué contratos suele estipularse una pena y en cuáles suele establecerse una indemnización liquidada preventivamente. (On damages, 14th ed, London, 1980 para. 363 y ss.).

bb') incumplimientos del comprador (142)

— por no pago del precio, que puede gradualmente significar:

1. Sin haber habido entrega de la cosa, multa adicional, o pérdida de la señal, más intereses de demora por los plazos no pagados (STS 7.6.91) y, en su caso, pérdida de cantidades entregadas y resolución.

2. Habiendo entrega y disfrute o uso por el comprador, pérdida de parte (STS 28.11.78, 23.5.90) o de todas (STS 11.3.57) las cantidades entregadas o de la señal (que responde de los daños, según literalmente prevén los litigantes que originan la STS 4.11.58), resolución y devolución de la cosa, que a su vez está penalizada caso de dilatarse (STS 28.11.78), o cuyo incumplimiento es susceptible de indemnización aparte de la penal (STS 7.12.90).

b) contratos arrendaticios.

— por no realizar la obra.

— por no entregar el objeto arrendado (una mina, STS 25.10.32), la obra, total o parcialmente, (entre otras, 24.1.11, 17.2.59, 13.10.66, 1.10.90, 10.5.89) significa descuento del precio, calculado por los días de retraso, que es gradual, aritmética o geoméricamente (el primer mes, a una cantidad por día, el segundo, al doble y desde el tercer mes, al cuadruple, como el caso que origina la STS de 20.2.89).

— por no prestar los servicios o cesar su prestación (STS de 26.3.06, 3.3.56 y 22.11.89).

— por no pagar el precio (3.7.15, que examina un arrendamiento con opción de compra, 13.6.89).

c) contratos bancarios, crediticios (143) y cambiarios

— por descubierto bancario, aumento de los intereses - por impago del plazo o de la cambial (sents. de 24.3.09, 28.10.57, 8.2.89, 23.5.90) aumento de los intereses y vencimiento anticipado.

(142) Junto al incumplimiento típico, que es el impago del precio, existe en materia de Viviendas de protección oficial y otras normas de derecho público, sanciones al comprador que no ocupa la vivienda o que no reside habitualmente en ella, con pérdida de derechos y reversión.

(143) Son especialmente llamativos, además de los conocidos intereses de demora en préstamos, y los descubiertos en cuenta corriente, los usos del mercado en materia de tarjetas de crédito y crédito al consumo. Examinando las condiciones generales de tres tarjetas de crédito de centros comerciales madrileños se observa la aplicación de intereses de demora incrementados, en un caso del 1,75 (ordinario) al 1,85 mensual (demora) (Jumbo); en un segundo caso, se mantiene siempre el 2% mensual hasta la satisfacción de la deuda (M&S); en un tercero, se establece un fijo de indemnización del 8% del importe impagado más los intereses ordinarios hasta su pago (Pryca).

d) contratos societarios (144)

— por incumplimiento de deberes pecuniarios, pérdida de condición de socio o de derechos sociales.

— por incumplimiento de deberes formales, multa o incluso pérdida condición de socio.

— por incumplimiento de cualquiera de los deberes estipulados en el contrato (STS 19.6.41, en que se examina una «cláusula de garantía y sanción de conducta»).

e) Transacciones

La cláusula transaccional de un contrato o de un acuerdo novatorio puede contener una pena por litigar o reclamar judicial o extrajudicialmente las obligaciones recíprocas nacidas antes del contrato, que se consideran extinguidas (STS 15.2.35, que impone una multa fija de cien mil pesetas).

f) Pactos de no competencia

Normalmente insertados en un pacto mayor (contrato de trabajo, venta de empresa, explotación agrícola o establecimiento), hay que distinguir aquellos sometidos a la legislación laboral (145), donde opera un límite temporal, de los mercantiles y civiles, donde hay mayor libertad contractual. Alguna legislación especial (v. gr. arts. 7,8,51,52, y 91 LPI) puede prohibir la competencia y en consecuencia podría ser admisible el pacto cuyo único contenido es fijar las tarifas de autorizaciones y licencias y (o únicamente) las multas y penas a pagar por incumplir la prohibición.

5. LA CALIFICACION DE LA ESTIPULACION. VALIDEZ, EFICACIA Y EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL

Después de ver algunos de los casos más frecuentes de cláusulas penales o, al menos, de los que provocan la litigiosidad que termina en el Tribunal Supremo, parece necesario recordar que la cuestión fundamental es la calificación jurídica de la estipulación prevista para el incumplimiento.

(144) Se plantea en materia de sociedad la cuestión ardua de la sanción al socio, cualquiera que sea su naturaleza. Aunque se comparta la tesis de la duplicidad de planos y regímenes jurídicos (sociedad ad extra y sociedad ad intra, vid por todos PAZ ARES, Comentarios al C.C., Ministerio de Justicia, arts. 1665 y ss.), no es posible impedir el control de validez de las cláusulas intrasocietarias, y, de forma especial, las de carácter «disciplinario» o sancionador. (Vid BÖTTICHER, Wesen und Arten der Vertragstrafe, ZfA, 1970, 44 y ss.). No obstante la doctrina alemana rechaza su carácter de pena convencional y la sitúa, con propia naturaleza, dentro del poder sancionador de la asociación (BGH, 21, 374, Palandt/Heinrichs, Vor 339, 2 d)).

(145) Vid CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ. Prohibición de competencia y contrato de trabajo, Madrid, 1977.

5.1. Contenido de la obligación penal

No definen ni Código civil ni Código de comercio en qué consiste la pena y aunque el término empleado podría tener, por razones históricas, connotaciones pecuniarias, no cabe afirmar sino que la pena puede consistir en un dar, u hacer o un no hacer, como cualquier otra obligación: El Proyecto de 1851, en su art. 1079, decía que «hay obligación con cláusula penal cuando el deudor se compromete a dar o a hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligación principal». Sin embargo, la Compilación foral navarra, en su ley 518, parece circunscribirla al pago de una cantidad, lo que, aun pudiendo ser sólo pecuniaria, no creo que autorice a excluir el pago de otras cosas.

Del examen de las cláusulas penales más frecuentes se pueden recordar penas de pago de dinero adicional al inicialmente debido, de pérdida de cantidades entregadas como señal o como cumplimiento parcial, de pérdida de valor del derecho de crédito correspondiente (se descuenta del precio que debería cobrar el contratista en contraprestación de la obligación incumplida) y, en muchos casos, como causa de resolución sin derecho de restitución o con pérdida de derechos sociales, que equivale a una resolución o que induce al socio a abandonar la entidad que le sanciona.

En resumen, en las obligaciones de hacer y de dar no pecuniarias, se suele estipular una reducción de la contraprestación; en las pecuniarias y en las de no hacer (de manera especial, pactos de no competencia) suele exigirse una suma de dinero, incrementándose los intereses o exigiéndose una fija cada vez que se incumple.

5.2. Contenido no penal de la cláusula

Conviene distinguir lo que es penal de aquello que, aun incluido en la estipulación penal, no implica una consecuencia agravada por incumplimiento: por ejemplo, la resolución. Debemos diferenciar la resolución por incumplimiento, lo que a pesar de estar incluida en la cláusula, no constituye en sí una pena, de resoluciones «penalizadas» o agravadas: son aquellas que se prevén por incumplimientos insignificantes, o de deberes formales subsanables, que en un contrato «normal» y habida cuenta de la mínima cuantía del daño inferido, nunca constituirían causa de resolución; y por otro lado, son aquellas resoluciones que agravan las consecuencias legales de la misma: las que dispensan del requerimiento exigible conforme al artículo 1504 C.C. o de las que privan de derecho a la restitución tras la resolución de la obligación.

5.3. Examen de la obligación reforzada

Dado el carácter meramente indemnizatorio que en el Derecho anglosajón tienen las «liquidated damages clauses», sus tribunales suelen descartar como tales y considerarlas como penas aquéllas que «castigan» todo incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, con una suma igual (lo que establece una presunción no resarcitoria de la misma). Por contra, nuestro Derecho las acepta expresamente, si bien es cierto que en esta materia impera un principio de interpretación restrictiva (146).

Esto podría llevar a pensar que cuando el Código habla de obligación principal (en el artículo 1154 y en el 1155, pero no en los arts. 1152 y 1153, que simplemente hablan de (in)cumplimiento), haría rechazables las penas establecidas para asegurar o reforzar obligaciones no primordiales, formales o accesorias. No parece sin embargo que ese sea el sentido que tiene el término «principal» (147). En el caso del art. 1155 C.c., que establece el principio de accesoriedad, parece que principal se refiere a la obligación reforzada con la penal, cualquiera que sea su relevancia (pago del precio, deberes formales, escritura pública, deberes de información). De hecho, es práctica usual establecer arras penales para el incumplimiento de deberes accesorios.

5.4. Validez de la cláusula penal

La validez de toda estipulación o de toda cláusula penal puede juzgarse, en primer lugar, desde las reglas generales (arts. 1255, 1261 y 1271 C.c.) de las obligaciones. Las reglas reguladoras del contrato o de la obligación reforzada por la penal, en segundo lugar, determinan si la pena establecida es admisible o no, por ejemplo, porque constituye un subterfugio para eludir las normas sobre saneamiento, prohibición del pacto comisorio o de forma particular, la legislación de represión de la usura y otras normas sobre negocios pecuniarios, cuando la pena consista en una obligación pecuniaria. La legislación especial por el objeto, por ejemplo, la arrendaticia, establecerá concretos supuestos de nulidad si la cláusula penal vulnera

(146) Ver entre otras, las sentencias del TS de 5.11.1964, 27.3.1982, 18.10.1985 y 18.4.1986.

(147) Esta interpretación sería algo más razonable para el art. 1154 Cc, pues obliga a la moderación judicial por haberse cumplido la obligación principal (aunque haya deberes accesorios incumplidos), lo que no sería una conclusión muy segura, pero no descartable del todo.

sus normas de derecho imperativo (148). Por último, la legislación sobre consumidores y usuarios (149) y sobre condiciones generales de la contratación (150), establecen límites más estrictos que la legislación común.

En conclusión, el control judicial de validez de la cláusula, previo a la exigibilidad de cualquier obligación, alcanza necesariamente a las penales. Si la estipulación vulnera alguno de los preceptos imperativos del Código, o de la legislación especial, y subrayando la especial importancia del análisis de las cláusulas contra los consumidores y usuarios con base en el art 10 LCU, se tratará de una cláusula penal nula, que no deberá moderarse —como se ha llegado a proponer—, respecto de las usurarias, por ejemplo, sino que simplemente no se aplicará.

(148) Entre otros, los citados artículos 56 LAU y 27.2 LAR.

(149) La LCU de 1984 establece en especial una serie notable de límites en su artículo 10. Me parecen relevantes, a nuestros efectos, el requisito, ex 10.1.c, de justo equilibrio de las contraprestaciones (serían comparables, por ej., las penas impuestas al empresario con las impuestas al consumidor), la prohibición de las cláusulas abusivas (10.1.c 3.º) y condiciones abusivas de crédito (10.1.c 4.º), así como la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (10.1.c 8.º), que puede ser considerado en la medida en que las cláusulas penales tiene por efecto liberar al acreedor de la prueba del daño e imponerle al deudor una carga probatoria a efectos de solicitar la moderación judicial, por ejemplo.

Capítulo aparte merece la mención del art 10.1.c 5.º a «los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o PENALIZACIONES que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación».

(150) El Anteproyecto de 1988 de Ley de Condiciones generales de la contratación contenía un artículo 21 del siguiente tenor: «La cláusula penal deberá incluir, en todo caso, la indemnización de daños y perjuicios que se estime razonable. Las condiciones generales no podrán imponer al contratante sometido a las mismas el pago de una indemnización no razonable en caso de incumplimiento, total o parcial, de resolución o renuncia del contrato. Tampoco se podrá negar, cuando se establezca una cantidad global como indemnización, la posibilidad de probar que no se ha producido daño indemnizable o que la cuantía del mismo es sustancialmente inferior a la cantidad establecida».

Comparada esta norma con la LCU, parece haber mayor protección del consumidor adherente, si bien sería conveniente regular algún extremo de las cláusulas penales en las que consumidor o adherente es el acreedor de la pena.

La Ley alemana de condiciones generales establece una prohibición casi absoluta de estipular cláusulas penales (Parágrafo 11 «...es ineficaz:...6) una cláusula mediante la cual se promete al predisponente el pago de una pena contractual en el caso de no aceptación o de aceptación tardía de la prestación, de mora en el pago o para el caso de que el adherente desista del contrato») y una regulación con límites de las pauschalierte Schadenersätze, de las indemnizaciones globalizadas, utilizando como decisivo el criterio de previsibilidad y prohibiendo inversiones de la carga de la prueba.

5.4.1. Casos especiales de validez dudosa

Cláusulas comisorias. Aunque hemos visto antes que este tipo de cláusulas comisorias se dan en ventas tanto si ha habido entrega de la cosa, como, muy frecuentemente, en venta de pisos en construcción o en contratos de obra, no creo que podamos valorar de igual forma este tipo de cláusulas.

a) Si el comprador usó la cosa vendida, es posible admitir el comiso o la pérdida de parte del precio pagado, como compensación por haber, por ejemplo, habitado la casa comprada hasta la resolución y posterior desalojo. No es muy claro que se trate tanto de una compensación o indemnización (151), sino más bien de una acción de enriquecimiento (152), porque no es seguro que el vendedor siempre sufra un daño por la resolución, pero sí que el comprador ha poseído la vivienda.

b) No puede decirse lo mismo en caso de no haber habido entrega al comprador o de contrato de obra. En tal caso las cláusulas penales comisorias deben ser calificadas como nulas, por falta de causa de la atribución patrimonial al acreedor que no entregó la cosa vendida y no restituye la parte cobrada del precio, o, si se quiere, por contrarias a la prohibición del pacto comisorio.

En todos estos casos se detecta la falta de proporcionalidad, por lo que, tanto si es una norma sancionadora como si es indemnizatoria, o las dos cosas a un tiempo, es conceptualmente contradictorio: no se puede penalizar más al deudor que más cumplió («pérdida de las cantidades entregadas»).

Penales de segundo grado. Diferentes de estas cláusulas son aquellas que penalizan el incumplimiento de la penal o de la resolución y restitución. El retraso deliberado del deudor en desalojar la finca o en

(151) (aunque se refiera a muebles, la Ley de Venta a plazos así parece considerarla, en su artículo 11: «...en todo caso, el vendedor podrá deducir: el 10% del importe de los plazos pagados, en concepto de indemnización por la tenencia de la cosa por el comprador...»; la Sent. 7.12.90, y AMUNATEGUI, Comentario a STS 22.5.91, PJ núm. 25,125).

(152) Como establece alguna otra sentencia, como la de 7.12.1990, aunque presenta algún problema conceptual pues en su fundamento segundo afirma que se debe INDEMNIZAR por la ocupación del piso que debía ser desalojado, ya con base en el art 1106, aplicable a la responsabilidad extracontractual, ya en los arts. 455 y ss., para evitar el ENRIQUECIMIENTO (*vid.* Comentario a esta resolución de RAGEL, CCJC, NUM 25, sep-dic 1991); si bien es cierto que una cosa es la pena por el incumplimiento ya producido y otra la indemnización debida por el incumplimiento de la pena. Es posible acumularlas en tal caso, matizando la norma del artículo 1153 CC (MANRESA, 560). En el caso descrito del no desalojo de la vivienda, creo que hay antes una acción de enriquecimiento que una de daños, aun cuando la cuantía sea la misma, lo que, entre otros aspectos, es fundamental a efectos de prueba: el vendedor que quiere desalojar la vivienda después de la resolución no debe probar su daño sino el enriquecimiento del comprador contumaz.

restituir la cosa, una vez incumplida la obligación reforzada con la penal, puede ser penalizado. En las cláusulas anteriores se sancionaba con la pérdida del precio entregado aunque se desalojara la finca al día siguiente de la resolución.

Penales pecuniarias. En cuanto a las cláusulas pecuniarias, es aplicable, a mi juicio, la Ley de usura, so pena de permitir un fraude de ley. La compra a plazo implica una financiación crediticia, que creo yo, está sometida a la Ley de 1908 (art. 9 LU), aparte de que pueda estar sometida a la LVAP de 1965, si son bienes muebles. Por tanto, antes de examinar si procede la moderación judicial ex art. 1154 C.C., es posible declarar nula la cláusula penal que contraven-ga dicha Ley.

5.4.2. *Consecuencias de la nulidad de la cláusula penal*

El principio de accesoriadad recogido en el art. 1155 C.C. y en la mayoría de Códigos modernos llevaría a «amputar» la cláusula penal del contrato al que esté incorporado, subsistiendo no sólo el contrato sino la concreta obligación contractual reforzada por la penal.

5.4.2.1. Nulidad parcial

El negocio, en todo o en parte, puede ser nulo:

1) Si la nulidad procede de vicio del consentimiento que atañe exclusivamente al pacto de la pena, quedaría «limpio» el contrato de tacha de nulidad relativa.

2) Si la nulidad de la penal procede de la capacidad (153) del deudor, no cabría a mi juicio un tratamiento análogo al supuesto del art. 1824 C.C. para la fianza pues se trata de la misma persona, en principio la obligada a la prestación principal y a la pena accesoria. Si son personas distintas, la que promete la penal, y la deudora de la obligación principal, es posible independizar y no comunicar el vicio de nulidad de uno con el otro:

a) si el deudor es menor o incapaz, y el que promete la pena es capaz, puede que la pena prometida cumpla una función parecida a la del fiador capaz de un deudor incapaz.

b) por el contrario, si el promitente de la pena es incapaz, siendo capaz el deudor, la estipulación penal es en principio anula-ble.

(153) *Vid* POTHIER, Obligaciones, 340.

3) Windscheid (154) distinguía a su vez entre aquellos supuestos en que la nulidad de la obligación principal es conocida (155) por el deudor de los casos en que el deudor considera válida la obligación principal.

Siendo nula la pena en el caso último, en el primero, cuando el deudor conoce la nulidad, será válida la cláusula penal siempre que no persiga un fin prohibido por la norma.

La invalidez de la cláusula penal, por el principio de accesoriedad, parece implicar nulidad parcial del negocio donde estaba inserta la estipulación, de forma que subsiste la obligación reforzada y el contrato, salvo que la causa de nulidad sea común a ambas o que razonablemente pueda pensarse que el acreedor no habría contratado de haber estado el negocio desprovisto de un refuerzo. No obstante, y aunque los usos hagan impensable hoy un contrato de obra entre profesionales sin cláusula penal, declarar la nulidad de la estipulación penal no excluye ni mucho menos la acción indemnizatoria, si bien el acreedor no está entonces exento de la prueba del daño.

5.4.2.2. La cláusulas penales usurarias

Por otra parte, la Ley de represión de la usura rompe el principio de accesoriedad y declara nulo el préstamo (art. 1) o negocio de análogas características (art. 9), en que se pacten intereses usurarios o se declare recibida una cantidad mayor de la realmente obtenida, abusando el acreedor de la especial situación de necesidad del deudor.

La pregunta que se suscita es si la Ley Azcárate declara nulo el préstamo cuya cláusula penal o cuyos intereses moratorios son usurarios. Habida cuenta del art. 1155, C.C. que, sin embargo, es ley anterior, y del principio pro negotio, cabría interpretar que el acreedor no presta al interés de incumplimiento sino al interés de cumplimiento. Por eso, si son sólo usurarios los intereses de demora, no siéndolos también los de cumplimiento, es posible considerar que la pena es nula, pero que el préstamo o la obligación pecuniaria reforzada con la pena nula subsiste.

El segundo inconveniente, es quizá menor, por mucho que se quisiera ver en el art. 1 de la Ley de 1908 una norma sancionadora de interpretación restrictiva. (No creo que sea sancionadora una norma que protege a prestatarios acuciados por la necesidad, como

(154) Lehrbuch des Pandekten, 286.

(155) Esta cuestión parece zanjada hoy en Alemania a la vista del parágrafo 344 BGB: «Si la ley declara ineficaz la promesa de una prestación, es también ineficaz el acuerdo concertado de una pena para el caso de no cumplimiento, incluso si las partes han conocido la ineficacia de la promesa».

otras normas tuitivas de incapaces, arrendatarios, consumidores, etc.). Como sabemos, el art. 9 de la citada Ley establece un supuesto objetivo de aplicación amplio por vía de la analogía. Creo, sin embargo, que la aplicación a supuestos análogos a los del art. 1.1 LU no alcanza a los intereses de incumplimiento o demora, sino a operaciones o negocios jurídicos que, ya por ser complejos, ya de forma indirecta, comportan una obligación pecuniaria para el deudor aunque no se llamen exactamente préstamo o crédito, sino, como podemos pensar, financien (hablando en términos modernos) la obligación de pagar de uno de los contratantes, frente al cual nace un derecho de crédito en favor del otro contratante (vendedor, por ej.) o un tercero (financiera).

Por ello, es posible apreciar nulidad parcial de la cláusula penal usuraria, subsistiendo el préstamo u obligación pecuniaria e integrar la laguna con la norma del artículo 1.108: los intereses legales. Creo que esta solución además es más satisfactoria para el deudor.

5.5. Eficacia de la cláusula penal. Exigibilidad

Establece el artículo 1152, II C.c. que la pena será efectiva cuando sea exigible conforme a las disposiciones del Código.

Se ha interpretado unánimemente que la pena será exigible de forma similar a cuando es exigible al deudor que responda por el incumplimiento del contrato o de la obligación. Esto implica recordar y aplicar al caso los supuestos, primero, de subsistencia y extinción de la obligación, y en segundo lugar, los criterios de imputabilidad. Parece asimismo necesario exigir, cuando la obligación principal consista en un hacer o dar, que el deudor debe haber sido colocado en situación de mora (156), conforme al pacto y ley aplicables.

La jurisprudencia de nuestro TS ha completado la interpretación del art. 1152. II en dos reglas básicas: que subsistan los supuestos para los que se pactó expresamente la pena y que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor.

5.5.1. Subsistencia de los supuestos para los que se pactó

No ofrece gran problema este requisito, pues significa, por un lado, que la obligación principal subsista, esto es, que no se haya extinguido, y que la *específica* forma de incumplimiento prevista en la estipulación

(156) Con la opinión aisladísima en contra de TRIMARCHI, Encl. Dir.

penal sea la que efectivamente provoca la reclamación de la pena por el acreedor.

5.5.1.1. Incumplimiento específicamente pactado

No hay comunicabilidad entre distintas formas de incumplimientos o entre distintas obligaciones principales.

Así es razonable que los tribunales desestimen la pretensión de un acreedor que reclamaba la pena estipulada por no haber desalojado el deudor el inmueble, cuando este desalojo ya se había producido hace muchos meses, no siendo exigible la pena por otro tipo de incumplimiento no previsto en la cláusula penal.

5.5.1.2. Subsistencia del incumplimiento específico

Se considera que no subsiste, por ejemplo, el supuesto para el que específicamente fue pactada la pena, si se alteran sucesivamente los planes de la obra encargada; los términos implícitamente o no, han sido modificados de forma que no es exigible la pena por ejecutar una obra cuando la obra a realizar ya es otra por acuerdos ulteriores del acreedor y deudor (STS 16.9.1986).

El alcance e intensidad del incumplimiento imputable al deudor es también presupuesto para el cálculo de la pena exigible. Por eso, creo incorrecta una decisión judicial (157) que dice moderar una pena porque el retraso de unas obras se había debido a causas no imputables del todo al deudor.

En mi opinión, no es un supuesto de moderación, porque esto implicaría que rigurosa o literalmente aplicada la estipulación penal, el deudor sí debía la pena moratoria de dos años de retraso. Creo más razonable afirmar que literal y rigurosamente el deudor de aquella, lo es sólo por el tiempo de retraso a él imputable.

Esto es, para la liquidación de una pena moratoria, normalmente establecida según una fórmula (multiplicación normalmente), uno de cuyos factores es el tiempo, es imprescindible presupuesto de aplicación de la pena que la base de cálculo de la pena exigible sea el tiempo que real y efectivamente le fue imputable al deudor el incumplimiento, es decir, el tiempo en que subsistió el supuesto para el que fue pactada la pena.

(157) Sent. 5.6.1991, JPI n.º 1 Pamplona. Y la pena es que la decisión es notable porque, siendo en Navarra, el Juez considera que determinadas circunstancias excepcionales le mueven a moderar la pena, a pesar de que la Ley 518 prohíbe la moderación.

5.5.1.3. El problema de la extinción de la pena

Aun dándose los requisitos objetivos necesarios para que sea exigible la pena, se ha planteado la posible extinción de la misma (158).

Por un lado, se discute si es posible que la pena decaiga o se extinga por un acto posterior al incumplimiento del deudor, que daría derecho a reclamarla.

No suele haber duda en admitir que la pretensión de cumplimiento se extingue cuando el acreedor ejercita la pretensión sobre la pena (158 bis), en aquellos casos en que no se pueden acumular. Por eso, se suele admitir la extinción de la pretensión penal que ha nacido con el solo hecho del incumplimiento, si el deudor ofrece el cumplimiento antes de la decisión del acreedor de optar por una u otra cosa (159).

Por otro, cuál es el número de veces que puede reclamarse una pena cuando la obligación reforzada se incumple numerosas veces, en los casos de contratos de tracto sucesivo o en las obligaciones de no hacer.

Aunque a veces se propone el criterio de la suma de la pena para estimar exigible una o más veces, habrá que examinar en cada caso si hay continuidad de actos o si los distintos incumplimientos son perfectamente aislables (160). Por regla, se entiende que a menos que la pena se haya estipulado expresamente por CADA incumplimiento, debe entenderse exigible sólo una vez.

5.5.1.4. La buena fe como criterio de valoración de la exigibilidad

Desde el punto de vista del acreedor, se ha considerado contrario a la buena fe que se reclame una pena por incumplimientos insignificantes que a su vez provocan daños insignificantes.

(158) Un tratamiento monográfico del principio *semel commissis poena non evanescit* en GUARNERI CITATI, *BIDR*, XXXII, 241, y en KNÜTEL, *AcP*, 175 y KNÜTEL, *Stipulatio...*, 147 y ss.

(158 bis) No se permite la «vuelta atrás», pues las partes han perdido interés en el cumplimiento, con apoyo legal expreso (340 I BGB) o analógico (1124 II C.c.).

(159) SOERGEL/LINDACHER, 339, 22; LARENZ, *Schuldr.* 24 II a, 350; MUNCH. *Komm.* SOLLNER, 339, Rdnr 21, quien considera esta regla conforme a la buena fe; KNUTEL, *AcP*, 175 (1975), 44 explica detenidamente como una propuesta de Celso recogida en D, 4,8,23, pr., ha dado lugar a admitir esta posibilidad. Pues aunque el aforismo *semel commissis poena non evanescit* significaba que es inextinguible la pena por un cumplimiento posterior del deudor, se distinguían aquellos supuestos en que el término de la obligación había sido fijado, en cuyo caso sólo si el acreedor aceptaba el cumplimiento posterior, podría defenderse el deudor de una pretensión ulterior sobre la pena con la *exceptio doli*, de aquéllos en que no existía plazo. En estos casos se consideraba un *modicum tempus* y en él tuvo acogida la idea de que la pena se «desvanecía», que se extinguía con el ofrecimiento del deudor anterior a la demanda.

(160) SOERGEL/LINDACHER, 339, 20; STAUDINGER/KADUK, 339, 53; PALANDT/HEINRICH, 339, 4 b).

Desde el punto de vista del deudor, la doctrina alemana ha subrayado la posibilidad de eludir la obligación principal reforzada por la pena y ésta, por medio de maniobras indirectas o por subterfugios que llevan a resultados no queridos por la estipulación: es conforme a la buena fe que el deudor respete en su finalidad la prohibición u obligación reforzada con la cláusula penal. De lo contrario, es exigible la pena.

5.5.2. *Imputabilidad del incumplimiento*

Nuestro Tribunal Supremo ha establecido de forma constante que para que sea exigible la pena, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso debe ser imputable al deudor: la expresión recurrente del Alto Tribunal es que el incumplimiento sea debido a dolo, culpa o cualquier otra causa imputable a la parte que asumió la responsabilidad accesoria (STS 4.7.1988, entre otras muchas). Parece que establecido un criterio de imputabilidad al deudor que sea admisible, no hace falta culpabilidad, aunque puede admitirse que éste es el criterio supletorio a falta de pacto.

La pregunta que debemos plantearnos es si es admisible el establecimiento de penas por dolo y por caso fortuito, pues parece que no hay problema en prometer la pena por culpa.

5.5.2.1. Incumplimiento doloso

Si se estima que la pena por incumplimiento doloso es un subterfugio o un artificio del deudor para eludir la responsabilidad por dolo o para limitarla en parte, pues es posible que la pena (estimación anticipada) no cubra los daños causados por el incumplimiento doloso, es probable que digamos que la pena establecida vulnera la prohibición del art 1102 C.c.

Como el juicio de validez y la calificación de la cláusula deben hacerse al momento de pactarse, y no cuando se incumple la obligación (en ese momento ya se sabe si la pena es mayor o menor que el daño indemnizable), la ignorancia de si la estipulación limita o agrava la responsabilidad del deudor debe llevarnos a afirmar que no es una limitación de responsabilidad, además de otras diferencias antes estudiadas. Más aún si se considera indemnizable el mayor daño, caso de probarlo el acreedor. En consecuencia debe admitirse la validez de la pena por dolo, no siendo en mi opinión admisible que *a posteriori*, en vista de los daños irrogados por el incumplimiento, se consideren válidas las penas que superen o iguallen el daño indemnizable y nulas las restantes.

De considerar nula dicha estipulación por la eventual posibilidad de que la pena no cubra los daños, nos veríamos en la paradójica situa-

ción de que un acreedor debe probar el daño producido por el deudor doloso (pues la cláusula penal sería nula), pero no debe hacerlo al reclamar contra un deudor culposo (cuya estipulación es válida).

Parece que es contra el deudor doloso contra quien más sentido tiene la institución de la pena contractual. Como veremos más adelante, la eventual superación de la pena por los daños indemnizables derivados del incumplimiento doloso, dará acción al acreedor para su completo resarcimiento.

5.5.2.2. Pena por caso fortuito

Dado que, según el art. 1152.I C.c., en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización, salvo que otra cosa se pacte, es posible concebir que, a tenor del pacto previsto en el art. 1105 C.c., se acuerde (161) que el deudor cumplirá la pena por incumplimientos debidos a caso fortuito.

La cuestión no es clara ni pacífica. En la doctrina germana, mientras para Savigny (162) no es admisible que el deudor responda de una pena por hechos que no dependen de su voluntad, porque entonces la pena convencional pierde su razón de ser, que es conminar al deudor al cumplimiento, y extraño valor preventivo-punitivo tiene las penas que castigan hechos ajenos a la voluntad, para Windscheid la cuestión es ambivalente, pues si por una parte, afirma que en caso de duda, el deudor está libre de la imposibilidad no culpable de cumplimiento, pues no se puede pensar, en caso de duda, que las partes han querido derogar uno de los criterios legales (163), por otra, afirma que, a menos que la imposibilidad de cumplir no se deba al mismo acreedor, no debe considerarse «buena» (no libera al deudor) la imposibilidad no culpable de cumplir a tiempo, pues debe considerarse, en la duda, que las partes han acordado la pena para asegurar al acreedor en todo caso frente a las desventajas del cumplimiento tardío (164). Gierke, en fin, admite el pacto de asunción del riesgo, pero nunca comprenderá causas imputables al acreedor (165).

Ya en la doctrina actual, Von Tuhr (166) considera admisible la promesa penal por incumplimientos no culpables del deudor, pues será

(161) LAURENT. *Principes*, XVII, 440.

(162) *Obbligazioni*, II; par. 80, 259.

(163) *Pandekten*, 285, 101 y Nota 9.

(164) *Pandekt en*, 285, 101, Nota 10.

(165) *Deutsches Privatrecht*, 371, Nota 71.

(166) *Tratado de las obligaciones*, II, 238, nota 4; idea mantenida en VON THUR/ESCHER, 281. Para el Derecho austríaco habría que añadir la opinión semejante de sus tribunales. DITTRICH/TADES, ABGB, 1336, E.16.

una forma usual de recibir del acreedor contraprestaciones más ventajosas, al asumir el deudor un mayor riesgo. Larenz (167) añade que las partes pueden, incluyendo los incumplimientos no culpables, darle a la pena convencional una función similar a la de garantía. Y al disentir de opiniones (168) que consideran imperativo el requisito de la imputabilidad, en sentido subjetivo y no objetivo, recuerda que la pena contractual, a pesar de su nombre, no es una auténtica pena, sino un medio del Derecho civil para asegurar pretensiones civiles. Por último, se distinguen los casos en que la obligación incumplida era positiva o negativa. Aunque existe mayor coincidencia en que tratándose de un deber de no hacer, la culpabilidad del deudor es inexcusable, sin embargo, se dan resoluciones de los tribunales que han aceptado también incumplimientos no culpables como criterio de imputación de la pena (169).

En la doctrina francesa la cuestión es tratada mucho más superficialmente, si bien hay que advertir que, desde el Código, la cláusula penal tiene una casi unánime consideración de cláusula indemnizatoria, por lo que apenas se plantean diferencias de imputabilidad respecto al régimen general de responsabilidad contractual. Pothier se limita a decir que no puede haber lugar a la pena cuando es por el hecho del acreedor (170). Touillier nada dice al respecto. Duranton (171) excusa al deudor por fuerza irresistible o por hecho del acreedor. Laurent exime al deudor de cumplir la pena por incumplimiento debido a fuerza mayor y a caso fortuito, pero, en este caso, admite un pacto formal de asunción del riesgo (172).

Ya en la doctrina actual, se impone la idea de que no cabe pactar la pena por incumplimiento no imputable al deudor (173), lo que, en rigor, no excluye el caso fortuito asumido por aquél.

(167) *Schuldrecht*, cit, 347, Nota 52.

(168) Como la de LINDACHER, *Phaenomenologie*, 87, ratificada después de la réplica de LARENZ, en SOERGEL/Lindacher, 339, 19.

(169) Como se señala en STAUDINGER/KADUK, 339, 27 y ss.

(170) *Obligaciones*, 350.

(171) *Course*; II, 356, 357.

(172) *Principes*, 17, 439-440.

(173) MARTY/RAYNAUD: *Les obligations*; 1, 623 bis; WEILL/TERRE. D Civil, IV, 459.I.º a; CARBONNIER, 9^{me} Ed, vol 4., 78, p. 283, que sólo mencionan la fuerza mayor al poner ejemplo de lo no imputable al deudor y CHEVALLIER, J.C.P., voz *Clause pénale*, 19, que añade también el hecho propio del acreedor y el caso fortuito pero advierte que la jurisprudencia es restrictiva, si bien los ejemplos puestos no evidencian que los tribunales descarten el caso fortuito como eximente de la pena, sino que no era aplicable al caso: una huelga de seis meses comenzada seis meses después de haber expirado el plazo no justifica un retraso de un año (Cass 16.5.77), ni le eximen de la pena los retrasos de arquitectos y auxiliares del contratista sin averiguar si se debió a fuerza mayor (aquí quizá muy rigurosa, Cass 13.10.1971), ni le eximen causas extrañas no contempladas en el acuerdo. (Cass. 7.3.1968).

En la doctrina italiana, asimismo, es constante la idea de que el incumplimiento debe ser imputable al deudor para hacer exigible la pena, lo que excluiría el caso fortuito o cualquier otra causa no imputable al deudor. Hay sin embargo discrepancia en la admisibilidad de un pacto que impute la pena al deudor incluso por hecho fortuito. Mientras Trimarchi (174) y Magazzu (175) lo consideran admisible y no estima que deje de ser cláusula penal, Mirabelli (176) se manifiesta en contra y la Corte de Casación italiana (177) considera que se trata de una condición o cláusula atípica, que puede ser pactada por el principio de autonomía de la voluntad, pero que resulta inidónea para la función de la penal y que, más bien, resulta una cláusula de asunción del riesgo.

En nuestro Derecho, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse, «a contrario», al admitir que la pena sea exigible si el incumplimiento es imputable al deudor (178), y no a ambos (179), o si el hecho no supone un caso de fuerza mayor (como, por ejemplo, en el caso que origina la STS de 1.2.1989, en que expresamente se estipuló que la huelga se consideraría supuesto de fuerza mayor, a efectos de exigir la pena).

En cuanto a la doctrina, Roca Sastre y Puig Brutau ya admitían el pacto para incumplimientos no culpables, atribuyéndoles en tal caso a la cláusula penal una función de «cubrimiento del riesgo» (180). Quizá puede entenderse lo mismo de las palabras de Castán cuando afirma que la pena sólo podrá hacerse efectiva cuando el deudor incumpla o cumpla defectuosamente «por dolo, culpa o cualquier otra causa» (181). Espín, por su parte, no presume pero admite el pacto que imputa la pena al deudor incluso por caso fortuito (182). Ruiz Vadillo admite sin más la validez del pacto (183). Albaladejo expone un razonamiento parejo al de Von Tuhr, antes mencionado (184) y Lacruz admite dicha posibilidad, aunque en tal caso, no considera que estemos ante una penal y sugiere la reducción de la pena al importe de la prestación principal (185). Por su parte, Dávila, con razonamientos extensos, rechaza la validez del pacto en tanto no compele al deudor a cumplir y habida cuen-

(174) La clausola penale, 38 ; y Nov Dig. Ital. voz Clausola penale, 5) donde, aun más, afirma que el incumplimiento puede ser fortuito, doloso o culposo.

(175) Enc. Dir. Voz Clausola penale, 4, 192, y nota 39.

(176) Commentario al CC, UTET, *Contratti*, 336.

(177) *Cassazione* 4603/1984.

(178) Sents de 4.7.1988 y 20.2.89.

(179) Sent. de 5.4.1988.

(180) *La cláusula...*, 275 y 283.

(181) *Derecho civil...* 186.

(182) *Manual...*, 6.^a ed., 301.

(183) *Algunas consideraciones...* 402.

(184) *Comentarios...* 472.

(185) *Elementos*, II, 2.^o, 369.

ta del principio pro debitoris y de la interpretación restrictiva de la pena (186).

La Resolución del Consejo de Europa, (78) 3, de 20.1.1978, por último, excluye expresamente que la pena sea debida por incumplimientos no imputables al deudor. Su art. 4 dice exactamente por *responsabilidad* del deudor.

En mi opinión, debemos distinguir entre las penas sustitutivas, las penas cumulativas, y las penas moratorias. En el primer caso, es posible que el caso fortuito sea un criterio de imputabilidad de la obligación penal, pues estaremos ante un supuesto análogo al del artículo 1105 C.c. Si el Derecho admite que el deudor responda por hechos de los que no es culpable, mediando pacto expreso, no debe haber inconveniente en que pueda responder por medio de una pena que sustituye a la indemnización.

En cambio, tratándose de una pena cumulativa que se añade a la indemnización que sea procedente, es probable que, en principio, tenga plena vigencia lo apuntado por Savigny. Poca función preventivo disuasoria tiene una pena que castiga por un caso fortuito y que, a diferencia de la pena sustitutiva, no cumple una función indemnizatoria.

Tratándose, por último, de pena moratoria, en las que se reclama el cumplimiento y la pena por el retraso, habrá que recoger probablemente las tesis de los autores antes citados, de manera especial, Windscheid, Von Tuhr y Larenz, y considerar que la pena cumple una función de aseguramiento o garantía del acreedor frente a los retrasos, por lo que el caso fortuito es un criterio de imputabilidad válido si así fue expresamente pactado.

5.5.2.3. Concurrencia de culpas

Es posible que la culpa o el dolo del deudor se vea compensado por el dolo o culpa del acreedor, respectivamente. En una cláusula penal, esto sólo será posible si se refiere a la concurrencia de culpas de ambos para que un mismo incumplimiento se produzca. Lo que no puede significar es que el incumplimiento culposo del deudor de la obligación A, se vea compensado por la culpa del acreedor que no cumplió su correspondiente obligación A u otra diferente B.

Si ambas partes estaban penalizadas con sendas multas, caso de incumplir sus respectivas obligaciones A y B, ambos incurrirán en el supuesto de efectividad de la pena aparejada a cada obligación, quedando cada uno libre de exigir al otro como acreedor de la pena, haya sido

(186) *La obligación...* 64.

exigida o no por el otro. Lo único que podrá compensarse será, en su caso, la cuantía de las penas debidas por cada uno.

Por último, no hay culpa ni concurrencia de culpas alguna, sino excepción de incumplimiento, si ambas partes dejan de cumplir lo suyo porque la otra no lo hace. Examinado cada caso, si el incumplimiento de cada uno es procedente, la otra parte no le podrá exigir la pena, pero no porque se compensen las culpas respectivas sino porque no se da el supuesto de exigibilidad de la pena.

6. EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL

Siendo la cláusula penal válida, eficaz y exigible, conviene repasar sus efectos, ciñéndonos a las normas del Código civil español, aunque no sigamos por orden riguroso de aparición de las mismas.

6.1. **La estipulación de una pena convencional tiene carácter accesorio. (1155 Cc)**

De todo lo expuesto hasta el momento, se desprende como imprescindible y esencial de la cláusula penal su carácter accesorio. La unanimidad de la doctrina es total. Y ni siquiera en aquellos países, como notablemente Alemania, donde se concibe una así llamada pena autónoma, la doctrina está dividida pero parece coincidir en llamarla promesa penal no auténtica.

Cuando el Tribunal Supremo afirma en la reciente sentencia de 28.1.1992, anunciada en la introducción de este trabajo que «La literalidad de los términos en que aparece redactado el documento de 20 de enero de 1987, revela que la estipulación de penalizar con un 5% por día de retraso, la entrega de las piezas descritas, efectuada fuera de las fechas concretas señaladas, vino a constituir la obligación primordial y fundamental convenida en dicho documento, razón por la que no cabe configurar como accesorio de otra principal acordada y de aplicación condicionada o en función del parcial o incorrecto cumplimiento de esa principal lo que conduce si necesidad de mayores razonamientos y coincidiendo con el criterio mantenido por el tribunal a quo a la inaplicabilidad de las disposiciones reguladoras de las «obligaciones con cláusula penal»...(Fundamento Quinto), o está cometiendo un enorme lapsus, porque querría decir que la cuestión primordial del pleito es la cuantía de la pena exigible y su moderación en su caso, pero no parece que así sea porque extrae la consecuencia de que a esa obligación penal primordial no le son aplicables los artículos 1152 a 1155 C.c.; o, lo que parece más temible, está desconociendo por completo la naturaleza accesorio de la penal y sobre todo que el hecho de que un pacto posterior al contrato de

suministro entre demandante y demandado (que el TS niega que sea acuerdo novatorio) SOLO contenga una estipulación sobre el 5% de recargo diario por retraso en el cumplimiento de una obligación PREEXISTENTE para nada empeece que sea un acuerdo estipulación o pacto accesorio al negocio principal del que trae causa y que le da el único sentido posible de ser reconocido en el derecho: se penaliza el incumplimiento de una obligación principal contemporánea o preexistente. Por si cupiera alguna duda de que la obligación es penal y accesorio, el documento en que se acuerda la penal tiene como fecha el 20 de enero y la fecha INICIAL tope de cumplimiento el 10 de febrero. De forma que antes del incumplimiento y no después, las partes del contrato de suministro acuerdan la penalización accesorio y exigible SI HAY incumplimiento imputable al deudor. La inexistencia de novación así como la fecha anterior al incumplimiento impide dotar a esta estipulación del carácter transaccional de que el tribunal parece dotarle. Pues el deudor seguía obligado al suministro y no había habido incumplimiento todavía. Por último, si al calificar el Alto tribunal de obligación primordial quisiera decir que sin esa pena no se habría contratado, esto es, que el acreedor considera imprescindible, aunque esto no casa con los hechos pues el contrato original no tenía estipulada la pena, que se acuerda posteriormente, si fuera así (el contrato no se habría celebrado sin estipulación penal) tampoco eso impediría el carácter accesorio de la cláusula penal.

El principio de accesoriedad lo recoge el Código civil en su artículo 1155 C.c., de forma semejante a sus precedentes (187) y a los Códigos modernos (188).

Aunque ya hemos manejado este principio antes al examinar la validez de la cláusula penal estipulada y sus repercusiones sobre el contrato en que se incluyó, parece conveniente resumir el estado de la cuestión en los límites y excepciones al principio de accesoriedad.

La accesoriedad experimenta excepciones cuando se promete una pena por hecho de tercero (189), cuando la nulidad es debida al objeto o para asegurar precisamente las consecuencias derivadas de la nulidad (190) de la obligación principal, como cobertura o garantía del acreedor.

No puede aplicarse a la pena la norma del art. 1824 C.c., cuando la nulidad de la obligación principal se deba a la incapacidad del deudor. Aunque García Goyena (191) parecía sugerir un tratamiento semejante

(187) Artículo 1.080 del Proyecto de 1851, idéntico. El Anteproyecto de 1882 sin embargo sólo contenía la primera proposición: La nulidad de la cláusula penal no producirá la de la obligación principal.

(188) Código francés 1227; Art 1210 del Código italiano de 1865; BGB 344; Código portugués, art 810.2.

(189) POTHIER, *Obligaciones*, 340.

(190) DURANTON, 328 y 332.

(191) *Concordancias*,... artículo 1080.

a la fianza, creo que sólo será posible cuando la pena la prometa una persona distinta del deudor de la obligación principal.

En sentido inverso, hemos visto antes que en algunos casos la nulidad de la pena acarrea la nulidad de la obligación principal, notablemente en los casos de pena usuaria si ampliamos la aplicación del art. 1, en relación con el art. 9 de la Ley de 1908, o cuando se pueda inferir que no se habría otorgado el contrato de no estar provisto de una penal, cuyo objeto, por ejemplo, está fuera del comercio.

En cuanto a los límites del principio de accesoriedad, pueden encontrarse en la transmisibilidad inter vivos de la pretensión. Pero si la cláusula penal es de hacer o *intuitus personae*, la cesión del crédito (192) o la sucesión *mortis causa* (193) no llevará siempre la transmisión de la obligación accesoría.

Probablemente, de la accesoriedad no se deriva que la insolvencia del deudor para cumplir la pena permite, en cambio, apreciar la solvencia respecto a la obligación principal, a los efectos del art. 1529 C.c., porque ésta comprende seguramente el mayor interés posible derivado de la obligación y este interés se conoce al constituirla porque la pena se fija entonces.

Ahora bien, la accesoriedad de la obligación penal no impide que a su vez sea reforzada con otra pena, si el deudor no cumple con lo estipulado en la penal (STS 28.11.78) ni que la pena sea garantizada, en sentido propio, con una fianza, prenda, hipoteca o que sea asegurada.

6.2. La llamada cláusula penal sustitutiva y la indemnización del mayor daño

La llamada cláusula penal sustitutiva (art. 1152.I C.c.) tiene como función indemnizar al acreedor sin dejar de cumplir la función coercitiva sobre el deudor.

Literalmente, lo que dice el primer párrafo del art. 1152 es que «la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento si otra cosa no se hubiere pactado».

Esta redacción ha dado a pensar, casi de forma unánime, que en el Derecho español la acción indemnizatoria está excluida cuando el acreedor ha optado por la pena. Se admite no obstante la posibilidad de que el acreedor obtenga la indemnización del mayor daño, cuando el

(192) DAVILA 152, PANTALEÓN, *La cesión de créditos*. ADC 1988, 1109 y NAVARRO, *La cesión de créditos...*, mantienen criterios distintos al respecto.

(193) La transmisibilidad *mortis causa* de la pena convencional era ya problemática en el Derecho romano (KNUTEL, *Stipulatio...*, 22) para quien el problema se enmarcaba dentro de un debate más amplio sobre la transmisibilidad de las estipulaciones de hacer.

daño probado derivado del incumplimiento *doloso* sea superior a la pena pactada. De negar esto, la cláusula penal constituiría una renuncia anticipada a la responsabilidad por dolo, prohibida por el art. 1.102 C.c. En los demás casos, no parece a la doctrina española admisible la reclamación por el acreedor del daño que exceda a la suma estipulada en la pena (194).

No tiene el Código civil una norma similar a la del Código civil alemán (194 bis) o austríaco (195) en que la suma de la pena se entiende una cuantía mínima y que no se excluye la reclamación por el acreedor del daño que exceda a la pena. Tampoco tiene una norma como la del Código civil portugués (196) o italiano (197), según los cuales es admisible que se pacte, aunque no se presume, la facultad del acreedor para reclamar la indemnización del mayor daño. Por último, tampoco tiene el Código civil la norma introducida por la reforma de 1975 en el Código francés (198) que permite al juez aumentar la pena cuando sea manifiestamente irrisoria (198 bis).

El Código español se limita a decir que la pena sustituye a la indemnización, salvo pacto distinto. Este pacto distinto básicamente puede decir que la pena se acumula a la indemnización debida por los daños indemnizables probados (pena cumulativa) o que la pena es la cuantía mínima indemnizable si no se prueba por el acreedor haber sufrido un daño mayor, o dicho de otra forma, que el deudor deberá la mayor de estas dos cantidades, la pena o los daños probados por el acreedor. En este caso, el acuerdo expreso daría derecho al acreedor a exigir la pena más la indemnización o la indemnización del mayor daño, respectivamente.

En mi opinión, y a pesar de la coincidencia doctrinal (sólo se pronuncian Jornado, Espín y Dávila), creo que el Código civil no está impidiendo que se indemnice el mayor daño, aun a falta de pacto expreso y sólo lo impedirá cuando se pacte expresamente lo contrario.

De manera que es posible indemnizar al acreedor por el daño mayor a la pena estipulada, siempre que se prueben derivados del incumplimiento del deudor, incluso no doloso, y que no se haya excluido esa posibilidad. Queda sin sentido una cláusula penal que no conmina al

(194) Por todos, DÁVILA, 359 y ss.

(194 bis) 340.II BGB.

(195) Par. 1336 ABGB.

(196) Art. 811.2 C.c.

(197) Art. 1382.I in fine C.c.

(198) Art. 1152.2 C.c.

(198 bis) Sin embargo, ESPÍN, *Manual*, II, 307, ve en el apartado 2 de la Ley 518 F.N. una admisión de esta posibilidad: «...el acreedor podrá rechazar la oferta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal».

deudor a cumplir porque la pena es inferior a los daños esperados ni cumple función indemnizatoria alguna.

Se podría pensar que, siendo los daños superiores a la pena, o bien la pena no es válida o se tiene por no puesta, porque carece de sentido alguno, en cuyo caso queda abierta la vía de la pretensión indemnizatoria, o bien que la cláusula penal exime de prueba al acreedor de los daños por la cuantía, pero no le impiden la prueba de un mayor daño.

a) Antecedentes históricos. Se citan dos pasajes del Digesto para admitir la indemnización del daño mayor a la pena cuando queda probado.

D. 17,2,41: Cuando alguno ha estipulado de su socio una cantidad a modo de pena, si su interés no excede de la pena estipulada no podrá demandarle por la acción de socio (Ulp. 20 ed.);

Porque si hubiese conseguido la pena en virtud de la estipulación, al demandar después por la acción de socio recibirá esto de menos, computándosele la pena en el capital (Ulp. 45 Sab.) (D, 17,2, 42).

D. 19.1.28: me vendiste unos predios y se convino que yo hiciese alguna cosa, y prometí una pena para el caso de que no lo hiciese. Respondió: el vendedor, antes de pedir la pena de la estipulación, puede demandar por la acción de venta; si hubiese conseguido cuanto en concepto de pena se hubiese estipulado, la excepción de dolo lo repelerá si demanda por la estipulación, y si tú hubieses conseguido la pena por la estipulación no podrás demandar, de propio derecho, por la acción de venta, A NO SER en la diferencia en que interesase que se hiciera aquéllo (Iul. 3 ad Urs.).

Con base en estos textos, cabría pensar que la finalidad de la pena es asegurar que el acreedor va a tener cubiertos sus daños con la estipulación penal. Si la pena es bastante para cubrirlos, no será admisible: mayor reclamación, pero si prueba un daño mayor, podrá pedir la diferencia entre la pena y los daños reales indemnizables. Habiendo cobrado la pena, ésta se restará del total de daños que pruebe haber tenido. Es posible que el deudor acepte pagar la pena estipulada pero no el daño excedente y, por tanto, que la demanda verse únicamente por la diferencia.

Pothier cita estas leyes del Digesto para concluir su razonamiento ligado al principio de acesoriedad: «Como la obligación penal no puede ocasionar perjuicio alguno a la obligación principal; si la pena que el acreedor ha percibido por la inejecución de la obligación principal no le indemnizaba de un modo suficiente, no dejaría por esto, aunque hubiese percibido esta pena, de poder demandar los daños y perjuicios que resultaran de la inejecucion de la obligación principal, imputando y teniendo en cuenta sobre los dichos daños y perjuicios, la pena que ya hubieses percibido». Sentado esto, el autor citado sugiere la interpretación restrictiva, pues el juez no debe recibir esta pretensión, que parece ir contra la estimación que el mismo acreedor ha hecho, a menos que tenga una prueba en la mano de que el daño por él sufrido ex-

cede de la pena convenida, proponiendo el ejemplo de un carro de bueyes prestado, con 30 libras de pena si no se devuelve el día de la feria, y que el acreedor demuestra que la no devolución a tiempo del carruaje le ha costado alquilar uno de 50 para ir a la feria, y que 50 era el precio común del día en que debía haber sido devuelto (199).

Por su parte Windscheid, en un pasaje ya citado anteriormente, manejó un argumento que se oíría en las discusiones del BGB. Citando los pasajes del Digesto anteriores afirma que aquí la pena tiene la naturaleza de una estimación del interés del acreedor hecha en su favor, que le exime de la prueba de la cuantía de la misma. Y que en la duda, de la voluntad de la parte puede entenderse, que el acreedor, aun cuando ha exigido lo uno (pena o actio contracti), debe poder reclamar el exceso de lo otro (200).

En los trabajos preparatorios del BGB se discute la inclusión de un inciso que resulta ser el final del actual 340.I., del que ya reprodujimos antes un párrafo en la Nota 137: «si hubiera elegido la pena, según el párrafo 6, sólo podría pretender la pena y, con ello, la proporción de indemnización que ésta representase, perdiendo por el contrario la suma indemnizable que excediera de la pena. Este resultado sin embargo, por lo general, puede no haber querido ser previsto por las partes, ya que la *estimación* de los daños causados por el incumplimiento del contrato, contenida en la fijación de la pena es solamente *provisional*, basada en el previsible y probable curso de las cosas, en relación a la cual no hay motivo alguno para establecer una *presunción* de que con ello, el acreedor haya querido *renunciar* a los eventuales daños (sic) resultantes por encima de la estimación hecha, y probablemente no previsible al tiempo de celebrar el contrato».

Pero continúa la Comisión con el siguiente razonamiento: «Por eso establece el párrafo 7 del Proyecto que el acreedor, cuando los daños ocasionados por el incumplimiento superan la cuantía de la pena, puede exigir junto a la pena, el exceso de los daños. Esta disposición tiene la eficacia de que el acreedor, cuando elija la pena, debe dejársele probar la prueba del daño mayor. Esta posibilidad tiene el interés de que si no consigue probar los daños, al menos siempre tendrá (derecho a) la pena, lo que no sería posible».

Citando la concordancia con el Proyecto de Dresden y el párrafo 284 del Código de Comercio, la Comisión considera que «no se rompe el principio de igualdad de trato, aunque no haya moderación judicial, pues la pena tiene la finalidad de establecer una estimación provisional de los daños y, en esa cuantía, liberar al acreedor de la prueba, pero no tiene en modo alguno la consecuencia de limitar la indemnización o de que el acreedor ha querido renunciar a la indemnización de daños pro-

(199) *Obligaciones*, 343.

(200) *Pandekten*, 286, Nota 15.

bados que efectivamente sufrió, pues, entre otras cosas, al tiempo de contratar los daños no son siempre previsibles, por lo que sería inadmisibles una renuncia sobre un objeto no cierto. Del principio de libertad contractual no se deriva», continúa la Comisión, «motivo alguno para el legislador, a admitir un obstáculo para el contrato». La disposición tiene la finalidad de proteger al acreedor de los padecimientos de una pérdida producida por un error, por otra parte excusable, al establecer una estimación mínima del daño (201).

La comisión del BGB parece proteger al acreedor de su error en la estimación provisional, pero no le exige, ni la norma resultante tampoco, que pruebe haber sufrido un error al establecer la pena.

En la discusión parlamentaria se añade la condición de que para indemnizar el mayor daño la pena consistirá en una suma de dinero y es unánime la opinión de que estableciendo una pena no se puede perjudicar la pretensión indemnizatoria del acreedor. Y se trae a consideración el argumento de que, de otra forma (de no admitir la indemnización del mayor daño), el resultado sería que el tráfico se vería inducido o forzado a establecer penas lo más altas posibles. Por otra parte, si se concede al acreedor el derecho frente al deudor moroso, de exigir la indemnización del mayor daño que los intereses de demora, la pena contractual no podía recibir un tratamiento distinto (202).

Hasta aquí la historia doctrinal de la presente cuestión que no dejan de ser muestras ilustrativas de una posición minoritaria. No obstante, conviene advertir que ninguno de los autores que sostienen la opinión mayoritaria ha esgrimido o combatido los argumentos expuestos. Sólo Touillier menciona las tesis de Pothier y considera la pena como una estimación preventiva del daño de carácter vinculante, sin entrar a valorar su valor preventivo o coercitivo sobre el deudor y criticando sobre todo que los tribunales franceses, que consideran inmutable la pena, no la moderen.

Para mí, sin embargo, los argumentos son de bastante peso, incluso para el Derecho español común (203), que, como ya se dijo no contiene ni estipulación legal expresa, ni facultad judicial de aumentar la pena irrisoria.

Si los contratantes quieren establecer una pena y han decidido que es pena y no cláusula de limitación de responsabilidad, es porque deci-

(201) *Die Vorlagen, cit...* 344 ss.

(202) MUGDAN. Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich, 2, Protokolle, par 420, 718.

(203) Otro es el régimen de la pena en Navarra, donde parece imperar un favor creditoris mucho mayor: No habiendo moderación judicial alguna, sin embargo es posible indemnizar el mayor daño. El tercer párrafo de la Ley 518 FN establece, en su segundo inciso, que «Cuando (el acreedor) cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato».

den que el deudor va a ser conminado con una cuantía o una prestación, que no requiere prueba por el acreedor y que, la mayoría de las veces, superará los daños reales. Si por el contrario, los daños son superiores, no cabe, salvo expresa renuncia, pensar que el acreedor ha querido perder en el acuerdo su derecho a probar los daños.

b) El argumento gramatical. El único argumento sostenible para no admitir la indemnización del mayor daño es el literal, pues el art. 1152.I dice que la pena sustituye, salvo que otra cosa se pacte. La propia literalidad del art. 1152 no es, a mi juicio, definitiva en sí misma, pues si se demuestra que la pena no equivale siquiera remotamente y de forma razonable a la cuantía de los daños derivados del incumplimiento, podría argumentarse que la pena establecida es inidónea como tal y que carece de reconocimiento legal: esa pena no sustituye nada.

La razón por la que el legislador francés permite aumentar la pena irrisoria es porque no son recibibles ni admisibles en juicio excepciones basadas en una pena inútil que ni ha reforzado el contrato, ni ha compelido al deudor a cumplir ni indemniza mínimamente al acreedor.

Tratándose de contratos aleatorios, quizá se podría contestar que el acreedor ha tenido «mala suerte», pero se trata más bien, y por término general, de contratos conmutativos. Por eso, parece que la primera consecuencia es que a veces la pena NO sustituye a la indemnización, si es irrisoria o insignificante.

c) Argumentos en favor de indemnizar el mayor daño. Pero el argumento literal debe ceder en todo caso a los argumentos teleológico, sistemático, constitucional que exige un tratamiento razonablemente igual de situaciones análogas, que, en este caso, justifique la prohibición o la irrelevancia de la prueba del daño, sociológico y procesal.

En primer lugar, la finalidad de la cláusula penal no se ve cumplida si el deudor cree que puede incumplir porque la pena es inferior al valor de la prestación o los daños. Por otro lado, esto no es así, en la medida en que el acreedor opte por la pretensión de cumplimiento. Si el acreedor opta por esto (por ej., cuando la utilidad que le reporte sea 80, mientras la pena sólo es 20), no podemos decir que podrá pedir el cumplimiento, pero si éste resulta imposible después de haber incurrido el deudor en mora o éste sea, rebelde y hay incumplimiento definitivo, sólo puede pedir 20 y no la indemnización de 80 que fue la pretensión elegida. De afirmarlo, diríamos que el deudor puede negarse siempre a cumplir porque acabaría pagando sólo la pena. Una pena con esos efectos no es pena alguna y carece de causa como tal. Como decía Windscheid, cuando el deudor puede elegir, no puede llamársela pena.

En segundo lugar, el art. 1152 dice que la pena sustituye a la indemnización salvo que otra cosa se pacte; el art. 1153 establece por otra parte la presunción de que no puede el acreedor exigir conjuntamente pena y cumplimiento. No es claro que deba interpretarse aislado el art. 1152.I C.c., prescindiendo del art 1153 C.c.

Desde una interpretación sistemática, puede entenderse que el acreedor puede elegir el cumplimiento y lo hará si le reporta más utilidad que la pena. Exigido el cumplimiento, se está admitiendo que puede exigir 100 al deudor aunque la pena sólo ascienda a 40, pero no quiere decir que la indemnización debida por incumplir la pretensión ulterior de cumplimiento sería 40 (pues sustituye a la indemnización, según el art 1152) porque entonces el deudor nunca cumpliría.

En tercer lugar, si cuando el acreedor de una obligación pecuniaria *prueba* (203 bis) el mayor daño sufrido por el incumplimiento, los tribunales españoles y europeos lo admiten ¿por qué van a tener distinto trato los acreedores que refuerzan sus derechos de crédito con cláusulas penales? Si la cláusula penal es un refuerzo y no una debilitación del contrato, no parece razonable que los acreedores vean peligrar su crédito por ello. De igual forma que un acreedor hipotecario puede dirigirse contra otros bienes si el bien hipotecado no hubiere sido bastante para satisfacer el crédito lesionado, parece que el acreedor debe poder pedir aquella cuantía en que la pena no haya cubierto su daño probado e indemnizable.

Desde el punto de vista sociológico, conviene decir que, aunque será raro el caso en que la pena sea inferior al daño, lo más probable es que se trate de un supuesto en que el acreedor es la parte débil del contrato. Si, por falta de medios, tecnología o información, el acreedor ha estimado incorrectamente sus daños o se ha visto forzado a admitir la pena a su favor, en un contrato de adhesión o en situaciones de monopolio, sin haberla discutido, y dicha pena apenas cubre su riesgo, parece razonable dejarle abierta la puerta a la prueba del daño —por otra parte costosa—. Si la diferencia del daño y la pena es mayor que el coste de su prueba, o si por razones morales o de otro tipo, le compensa la reclamación, no existen razones serias de justicia material para cerrarle dicha posibilidad.

En cuanto a los resultados de la interpretación dominante, se desprenden efectos no queridos por el legislador ni por los principios procesales. Como decían los redactores del BGB, si se impide la prueba e indemnización del mayor daño, las penas contractuales —que eximen de la prueba, no lo olvidemos— serán tan altas como la oferta y la demanda toleren, de forma que el acreedor se cubra a todo riesgo de los daños del incumplimiento.

Desde mi punto de vista, dado que la prueba es un requisito general en el proceso y de toda pretensión, la exención de la prueba que otorga la pena debe ser considerada una anomalía. Los factores correctores introducidos a la misma, en favor de deudor o de acreedor, deben ser los deseables. Creo que el deudor, puesto a elegir, prefiere indemnizar unos daños que han sido probados, a indemnizar

(203 bis) Cuando se ha negado, con cierta frecuencia, la indemnización al acreedor pecuniario, es exclusivamente por que el Tribunal no encuentra acreditado el mayor daño, no porque sea imposible o inadmisibile.

unos daños cuya existencia o cuantía se ignora. Por su parte, el acreedor se ve igualmente beneficiado.

d) Aplicación. ¿Cómo se exigiría la indemnización del mayor daño? Si la pena ha sido considerada irrisoria, podría ser considerada nula por el juez si ha sido estipulada en favor de un consumidor, ex art. 10 LCU, pero no así si el deudor no entra en el ámbito de protección de la LCU, a menos que el Juez considere que la pena carece de sentido, pues la finalidad coercitiva-resarcitoria es prácticamente inexistente.

No obstante, la declaración de nulidad de la pena no es aconsejable, sino que debe considerarse su eficacia limitada, salvando la cláusula en lo que sirva al negocio y al propósito propuesto al establecerlo: exime al acreedor de la prueba del daño igual a la cuantía de la pena. De esta forma, es admisible, en caso de que el acreedor no pudiera probar el daño que, al menos, cobre la pena, por insuficiente que sea. Argumentar lo contrario sería decir que el acreedor de una pena insignificante está condenado a la más absoluta desprotección, porque, o consigue probar el daño en su totalidad, o ni siquiera cobra la mínima pena.

Descartando de este razonamiento dilucidar si en el Derecho civil hay un favor debitoris o un favor creditoris, podemos al menos descartar que no interesa al Derecho ni el cumplimiento de las obligaciones ni la indemnización de los daños. Un deudor que no ha cumplido culposamente, quizá porque sabía que la pena era insignificante en relación a los daños y al coste que a él le suponía la prestación incumplida, no puede verse premiado con que la pena que a él le ha inducido a incumplir, al acreedor no le va a valer para probar el daño mínimo, exento de prueba. La pena establecida por debajo del interés de la obligación no puede beneficiar al deudor y perjudicar al acreedor. Buscando un equilibrio razonable, de la misma forma que al deudor no le van a poder exigir más que la pena, a no ser que se pruebe (y en juicio normalmente) un daño mayor, al acreedor no se le puede indemnizar con menos de la pena, por insignificante que sea.

En la práctica, si el deudor hubiese abonado la pena pero se negase a pagar el exceso hasta el daño realmente sufrido por el acreedor e imputable al incumplimiento del deudor, la pretensión sobre el exceso se podría formular con la prueba del daño íntegro y de la cuantía estipulada en la pena.

6.3. La cláusula penal cumulativa (203 bis)

La cláusula penal cumulativa se encuentra reconocida en el art. 1152 C.c., a contrario, y consiste en acumular la indemnización de los daños probados e imputables al deudor, a la pena.

Según el Código es necesario pactarla, puesto que se presume la no acumulación. Para algún autor, en este caso, la pena sustituye a la indemnización por resolución y no por incumplimiento (204).

En este caso cumple la pena una verdadera función coercitiva pues se desconecta por completo de la cuantía de los daños existentes o eventuales. Sin embargo, es posible que la pena cumulativa sea utilizada por los acreedores, además de como presión sobre el deudor para que cumpla, como una estimación aproximada de los daños sin necesidad de ir a juicio ni de practicar la prueba. Si se aprecian daños en el juicio, se acumularían y no compensarían con la pena, como en el caso de la sustitutiva. No obstante esto, hemos descartado antes la idoneidad de una pena cumulativa para caso fortuito.

A efectos de la moderación, veremos que la pena acumulada a la pretensión indemnizatoria puede ser valorada excesiva también en atención a los daños realmente producidos o razonablemente previsibles derivados del incumplimiento sancionado, aunque no sustituye la indemnización. En cuanto a los criterios moderadores puede que sea posible atender a factores subjetivos como el grado de culpa.

Aunque parece igual, no significa la pena cumulativa pedir cumplimiento y pena, lo que a veces se confunde.

Llamar sustitutivas o cumulativa a una pena contractual depende de su relación con la pretensión indemnizatoria. Por el contrario, la facultad del acreedor de pedir cumplimiento y pena, que no se presume, ex. art. 1153, se refiere tanto a casos de pena sustitutiva como cumulativa, y principalmente a la primera.

6.4. Pretensión simultánea de cumplimiento y pena (204 bis)

La cláusula penal no puede reclamarse junto con el cumplimiento (1153 C.c.) salvo que *claramente* le haya sido otorgada esta facultad al acreedor.

Nótese que el Código no exige una expresa atribución sino una clara atribución de esta facultad a este acreedor. Es muy clara y quizá no siempre expresa la atribución efectuada en una pena moratoria: «el deudor deberá abonar 500.000 pts por cada día de retraso en la entrega de la obra». A nadie le cabe duda de que el acreedor podrá reclamar el cumplimiento y la pena por el tiempo de retraso.

(204) DAVILA, *La obligación...* 314.

(204 bis) Esta facultad pactada por deudor y acreedor recibe el nombre en la doctrina americana de cláusula «repicar y andar en la procesión» (Have cake and eat it clause).

La acumulación de la pretensión de cumplimiento y de pena se sobreentiende en casos de pena moratoria, pero no en los de incumplimiento definitivo, por ej., en caso de término esencial:

El frac encargado para una boda, cuyo término esencial fue incumplido, que sin embargo acaba reclamando el acreedor que lo prefiere a la pena, pues desea un frac, descontando quizá parte del precio, como indemnización o pena por el incumplimiento del término esencial.

Dije antes que la pena no es cumulativa cuando se pretende además del cumplimiento. La prueba es que probablemente en el caso del primer inciso del art. 1153 la pena es más sustitutiva que nunca: se pide la pena por el retraso (que sustituye a la indemnización por mora) (205) y el cumplimiento. En este caso, la pena sustituye a la indemnización como dice el art. 1152 I y, de igual manera que en el art. 1124 se puede pedir cumplimiento y la indemnización procedente, según el art. 1153 I, se puede pedir cumplimiento y pena (sustitutiva).

Aunque extraña la diferencia de tratamiento (206) pues el art. 1.124 C.c. establece lo que no se presume el 1.153 C.c., no es imprescindible el pacto expreso. Basta que se desprenda claramente de la obligación.

El art. 1153 C.c. parece tener aplicación universal, y sin embargo sus antecedentes y normas concordantes de Derecho comparado están pensando en un caso muy concreto: el cumplimiento defectuoso en cuanto el tiempo o el lugar. Esto es un tipo muy calificado de incumplimiento en el que no hay duda de la integridad del cumplimiento, sino de su identidad (en el sitio debido y en el tiempo debido).

Es razonable, se afirma, que no se puede pedir la pena y el cumplimiento si aquella representa la valoración del incumplimiento total. Sin embargo es razonable su petición simultánea si la pena es moratoria y se establece por un cálculo, normalmente lineal, sobre el grado de demora. Lo razonable será además que al establecer la pena moratoria, se desprenda claramente la facultad del acreedor.

(205) Por eso, aunque se suelen clasificar las penas en sustitutivas, cumulativas y moratorias (o incluso se añade la cuarta categoría, multa penitencial), parece que las clases básicas son las dos primeras, la llamada pena moratoria suele ser sustitutiva pero podría formularse de manera cumulativa. El problema de esta clasificación tiene entre es que no es homogénea: cumulativa se opone en cierta forma a sustitutiva, pero moratoria no se opone a nada ni se distingue claramente de las otras dos. En todo caso se opondría a la pena de incumplimiento definitivo, que es un término no utilizado.

(206) Que quizá se deba al distinto origen histórico de las normas del art. 1124 (referido a los contratos sinalagmáticos) y del 1153 (estipulaciones).

6.5. La cláusula penal no tiene función solutoria

Por ello si estamos ante la reserva expresa en favor del deudor que exige el art. 1153, 2.º inciso, no estamos ante una cláusula penal, como ya vimos anteriormente, sino ante una obligación facultativa (207).

6.6. La pena estipulada es susceptible de moderación judicial (art. 1154 C.c.)

Establece el art. 1154 C.c. que «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido cumplida en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Su redacción ha dado lugar a dos tipos de problemas, relativos a los presupuestos de aplicación de la norma y relativos a su alcance.

6.6.1. Presupuestos de aplicación

1) Naturaleza de la norma: imperativa.

Se suele afirmar que el empleo del futuro imperfecto «modificará» significa un deber del juez y no una facultad del mismo. Por ello se afirma que es una norma imperativa (208). Pero como bien señala Jordano (209), esto no implica necesariamente su aplicación de oficio, sino que las partes del contrato no pueden sortear este efecto por convenio.

No dice el Código civil lo que los códigos alemán (210), italiano (211) y francés (212) o el Proyecto de 1851 (213), que utilizaba el verbo poder: el juez podrá moderar o la pena podrá ser moderada, reducida.

2) Presupuesto procesal

(207) Por ejemplo, *vid.* DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, I, 2.ª ed., 585.

(208) Lo dicen claramente los artículos 1152 y 1231 del Código francés. La doctrina alemana (por todos, LARENZ, 348) y la doctrina italiana (por todos CENDON/de Nova, 656) son unánimes.

(209) La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria; Madrid, 1992, 194 y ss. Futuro imperfecto también lo hay, por ejemplo, en el art. 81 C.c. y nadie duda de la aplicación a instancia de parte. Lo que quiero decir es que no es definitivo este dato.

(210) BGB 343: la pena puede ser reducida.

(211) Art. 1384 C.C. italiano: la pena puede ser disminuida equitativamente.

(212) Arts. 1152 y 1231 C.c.

(213) Arts. 1081 y 1085.

El carácter imperativo del art. 1154 C.c. ha llevado a su vez a plantear la cuestión, no resuelta del todo (214) por nuestra jurisprudencia de si la moderación puede realizarse de oficio (215) o si debe moderarse por el juez sólo si se lo pide el deudor (216), so pena de incongruencia.

Dado que el juez va a realizar un juicio de equidad (sopesando las desventajas que va acarrear la imposición de la pena al deudor), es probable que sea más conforme con dicha finalidad su apreciación de oficio. Sin embargo, en la práctica, parece que el deudor realizará algún acto que excite la apreciación judicial de oficio.

Esto es, aunque el deudor no solicite expresamente la moderación de la pena, es muy probable que ésta no se produzca si el deudor no invoca algún hecho o circunstancia relevante que determine bien la inexigibilidad de la pena, que el juez no aprecia pero sí le mueve a moderar su cuantía, bien su situación económica o la prueba de su ausencia de culpa o incluso la prueba (difícil (217) pero no imposible) del daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento. Nótese que procesalmente tiene la importancia de que, aun siendo de oficio, el deudor algo tendrá que alegar y probar, para que el juez decida una moderación no explícitamente pedida (218).

3) Presupuesto objetivo: la desproporción de la pena.

En cuanto al presupuesto objetivo de aplicación, parece que la moderación alcanza sólo a los supuestos de cumplimiento parcial o irregular. Sin embargo y coincidiendo con el profesor Jordano Fraga (219), creo que la facultad de moderación judicial es aplicable también a supuestos de incumplimiento total (219 bis).

Comenzando por los supuestos expresamente mencionados por el Código, cabe la moderación en caso de cumplimiento parcial. Esta regla se inspira en dos principios fáciles de entender: por un lado, es concebible que la suma fijada en la pena sea estipulada pensando en el incumplimiento total. Por ello, es razonable, atendiendo a la proporcionalidad exigible a toda norma (sea sancionadora o resarci-

(214) Hay dos sentencias, de 20.11.1970 y 30.6.1981, que, como señala JORDANO *cit.*...196) no decidían sobre si era de oficio o no, sino si era excesiva o adecuada la pena.

(215) Como expresamente contempla el art. 1231 C.c. francés.

(216) Como por ejemplo exige el derecho alemán, 343 .1 BGB y la doctrina y jurisprudencia italianas, casi unánime.

(217) Porque, no olvidemos que al acreedor no le es exigible la prueba del daño y será el que en mejores condiciones esté de probarlo. Recordemos que el acreedor sólo debe probar el incumplimiento de la obligación principal de no hacer o el deudor no tiene que haber probado su cumplimiento de la obligación positiva.

(218) Es posible, pero raro, que el juez dicte diligencias para mejor proveer, en vista de que el deudor ni siquiera ha alegado o probado nada.

(219) La resolución por incumplimiento. . . *cit.*, 199 y ss .

(219 bis) *Vid.* las consideraciones de CAPILLA, *cit.*, 203.

toria), adecuar la pena al cumplimiento en parte ejecutado; por otro, se suele decir que si el acreedor que, en principio no está obligado a aceptar cumplimientos parciales, no puede aceptarlo y además exigir toda la pena estipulada (220).

En segundo lugar, lo que habría que decir, con el autor citado, es que no todo caso de cumplimiento irregular dará lugar a moderación. La razón estriba en la adecuación o proporción de la pena al incumplimiento existente. Por eso, si la pena no es desproporcionada, el juez no deberá moderarla. Fijémonos que de afirmar que todo supuesto de cumplimiento irregular da lugar a la moderación judicial de la pena, significaría que siempre que se establezca una pena moratoria, el juez deberá reducirla.

Sabemos que no es así y que esto no tiene sentido. La clave está en la desproporción de la pena atendidos distintos criterios a tener en cuenta. Porque es esta desproporción el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena (221).

¿Cuáles son los criterios que nos pueden llevar a considerar desproporcionada la pena? Parece que de diversa índole: subjetivos, como el grado de culpabilidad del deudor; objetivo-subjetivos, como la situación económica de las partes, en especial, la deudora de la pena; u objetivos: los daños efectivos probables o probados (por el deudor) o incluso la constancia de la ausencia total de daños y el grado de cumplimiento más el grado de satisfacción del acreedor experimentado por el parcial cumplimiento (222). Pero estos criterios deben ser manejados atendiendo a dos razones fundamentales: primero, que la reducción de la pena excesiva no significa reducir la pena a los estrictos daños (que por otra parte, el acreedor no ha tenido que probar) (223); segundo, que los

(220) G. GOYENA, artículos 1084 y 185. Algunos derechos contemplan expresamente esa regla: La Ley 518, párrafo 3.º, primer inciso, de la Compilación navarra: cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiera pactado. Por su parte el BGB 341.3, establece que si acepta el acreedor el cumplimiento, no podrá exigir la pena, a menos que haya hecho reserva expresa sobre esto en la aceptación.

(221) El Proyecto de 1851 establecía la moderación judicial cuando fuere «excesiva» (art. 1081). El Código francés reformó su inmutabilidad para admitir la reducción o elevación de penas manifiestamente excesivas o irrisorias (art. 1152.2). El Código italiano permite la moderación judicial cuando ésta sea manifiestamente elevada o en caso de cumplimiento parcial. (art 1384). Por su parte el BGB, habla simplemente de moderación de una pena desproporcionadamente alta a una cantidad razonable (par. 343).

(222) No podemos estar del todo de acuerdo con DAVILA (*La obligación...* 431), cuando objeta los criterios propuestos por PUIG PEÑA, pues no es verdad que si no hay utilidad alguna para el acreedor es que no ha habido cumplimiento alguno: es posible que un contratista haya construido dos plantas de un edificio de cuatro y que ese cumplimiento parcial no le sea de ninguna utilidad al comitente. En cuanto a la usura, vemos que la cuestión es previa a la moderación.

critérios antes expuestos, de manera especial, el dolo, la culpa o el caso tendrán probablemente mayor incidencia en los casos de pena cumulativa y menor en los de pena sustitutiva.

Por eso, es posible que sean moderadas las penas incluso en casos de incumplimiento total. No hay obstáculos para ello ni en la letra, ni en la finalidad de la norma del art. 1154 C.c. Fijémonos que el citado artículo no dice que el juez sólo moderará o sólo procederá la moderación cuando... cumplimiento parcial o irregular. Lo que está ordenando al juez es una decisión en equidad en caso de cumplimiento irregular o parcial. Pero no impide el art. 1154 C.c. que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el art. 1103 C.c.) en casos distintos de los descritos en esa norma.

Consecuencia necesaria de la conclusión anterior, que el presupuesto de la modificación es la desproporción de la pena, es preguntarse si cabría además aumentar las penas irrisorias (224). La cuestión tiene su importancia pues, aunque hemos admitido la indemnización del daño mayor, cuando el acreedor pruebe que los daños sufridos superan la pena, de admitir la elevación de la pena irrisoria en perjuicio del acreedor, significaría eximirle de la prueba, una vez establecida por la autoridad judicial una pena adecuada al caso (o equivalente a las que la parte beneficiada tenga estipuladas en su contra, para guardar el equilibrio, ex art. 10 LCU). Con todo, parece lógico pedir al acreedor una prueba de lo irrisorio de la pena. Parece difícil afirmar en nuestro Derecho la conversión judicial de la cláusula inútil o insignificante en una cláusula penal adecuada. Pues lo más probable es que una vez declarada irrisoria o desequilibrada, operen las reglas generales de prueba e indemnización del daño, aunque ya se sugirió antes la liberación al acreedor de la prueba por la cuantía de la pena mínima.

4) Presupuesto normativo: que no sea uno de los supuestos excluidos.

Supuestos excluidos de la moderación.

1. Penas regidas por el Derecho navarro.

La ley 518 establece expresamente que «la estipulación de pagar una cantidad como pena... no podrá ser reducida por el arbitrio judicial» (225). La explicación que algunos autores dan a esta inmutabilidad (sólo irreducible, pero siendo indemnizable,

(223) Por ello, entre otras razones, obliga el BGB 343 a tener en consideración todo interés del acreedor, no sólo patrimonial; y el artículo 1384 C.c. italiano obliga a tener siempre en cuenta el interés que tuviera el acreedor en el cumplimiento.

(224) Como permite el art. 1152.2 del Código francés.

(225) Recuérdese la mencionada SJPI Pamplona de 5.6.1991 que dice moderar, a pesar de la ley 518, por las circunstancias excepcionales.

como vimos, el mayor daño) se liga con la habitual solvencia del deudor (226), argumento creo que discutible.

2. Parece que las penas contractuales establecidas por la ley no son moderables (227), aunque no haya expresa disposición que lo establezca. Desde luego, no lo son por debajo del mínimo (art 27.2 LAR) cuando se ha establecido con finalidad protectora. Es probable quizá que en el caso contrario (art 56.2 LAU), sea moderable la pena porque demuestre el inquilino que el arrendador no sufrió ningún daño o todo el daño pretendido, porque alquiló el piso desalojado al mes siguiente (228).

3. Sin embargo, no es obstáculo a la moderación que la obligación sea mercantil o el deudor sea empresario. A diferencia del Derecho alemán, en que su Código de comercio excluye de la moderación a la *Vollkaufmannleute* (según interpretación constante del parágrafo 348 HGB), admitiendo la moderación si el empresario es *Minderkaufmann*. La aplicación supletoria del Código civil al Código de comercio y la ausencia de norma prohibitiva o de exclusión deben incluir a las obligaciones mercantiles con cláusula penal entre las susceptibles de moderación (229).

4) Presupuestos subjetivos: la culpa o el caso fortuito.

Se suele afirmar que en caso de incumplimiento doloso, no cabe la moderación judicial, pues el deudor se la merece» (230). No puedo estar de acuerdo con esta afirmación. Es probable que las desproporciones sean tan apreciables en todo caso de incumplimiento, cualquiera que sea su especie.

6.6.2. Alcance de la moderación

Significado.

Una vez señalados estos dos puntos, conviene recordar que la moderación (y recuerdo que el art. 1154 C.c. emplea el término modificar) no es igual que el control judicial de validez de la estipulación penal pactada, que entre otras cosas puede conllevar la nulidad de cláusulas desproporcionadas o usuarias, y quizá también de las irrisorias, desde luego, en perjuicio de un consumidor. La moderación equitativa del

(226) SALINAS QUIJADA. *Manual de Derecho civil navarro*, Pamplona, 1980, 320.

(227) Esto no obstante, la Corte italiana de casación ha afirmado que también son moderables, ex. art 1384 C.c., las penas establecidas en favor de la Administración (sent. 22.11.76, n 4386. Giust. civ., 1977, I, 250).

(228) Recuérdese, no obstante, la SAP Oviedo 12.6.1989 que modera por analogía la indemnización debida por el art. 56 LAU.

(229) VICENT CHULIA, *Compendio crítico*, 3.^a ed., 42.

(230) DAVILA, *La obligación...* 475

juez es la adecuación material de la consecuencia jurídica de una estipulación penal, hecha por el juez en equidad al supuesto concreto de incumplimiento producido, pero dando por hecho que la cláusula es válida.

Siendo clave la idea de desproporción, es conveniente determinar cuándo es apreciable la desproporción, si al concluir el contrato o al producirse el incumplimiento y subsiguientes daños.

En mi opinión, habría que seguir la propuesta número 6 de redacción del que sería futuro párrafo 343 del BGB, en la que se distinguían los dos momentos, de manera que el juez lo que tendría que invalidar serían las cláusulas penales que de raíz son desproporcionadas y moderar las que, siendo inicialmente razonables, se manifiestan, en el curso de las cosas, y al tiempo del incumplimiento, desproporcionadas en relación con los daños reales, derivados del mismo.

De esta forma vendría explicada la labor del juez: en un primer momento examina la legalidad de la cláusula penal y dictamina sobre su validez, que será negada si es una pena de naturaleza abusiva, usuraria o contraria al art. 10 LCU; en un segundo momento, examina la eficacia de una cláusula válida y adecúa su cuantía a las consecuencias reales del incumplimiento sancionado con la pena.

¿ En qué forma se puede efectuar la moderación?

1) La idea general que se tiene de moderación conlleva la reducción de la cuantía pecuniaria en que suele consistir la obligación penal.

Basada en la idea de proporción, es posible admitir que una pena establecida en 100 para el caso de incumplimiento total puede ser reducida en un 20 o 30% si el deudor ha cumplido esa proporción de la obligación (231). Pero ese dato no es definitivo, pues como hemos visto no todo incumplimiento de la misma proporción reporta al acreedor la misma utilidad (232) y además deben tenerse en cuenta otros factores.

(231) Bien entendido que 100 probablemente excedería a los daños derivados del incumplimiento total, de la misma que 80 ó 70 exceden presumiblemente a los daños derivados del incumplimiento parcial.

(232) El art. 1231 del Código civil francés, tras dos reformas en 1975 y 1985, establece que «siempre que el acuerdo haya sido ejecutado en parte, la pena convenida puede, incluso de oficio, ser disminuida por el juez, en PROPORCIÓN AL INTERÉS que la ejecución parcial haya procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del art. 1152 C.c. Toda estipulación en contrario será reputada nula». La reforma francesa ha sido objeto de fuerte polémica, especialmente por la intervención judicial, llegándose a decir que se ha derogado el principio de autonomía privada. *Vid.* SANZ, RTDC, 1977, 268; PAISANT, RTDC, 1985, 647. En Italia también ha interesado la reforma francesa de 1975 (Riv. Dir. Civ. 1977, I, 440: NEGRI).

2) La jurisprudencia española ha establecido también , como moderación, el otorgamiento de un plazo al deudor. que ya vimos en su momento, a propósito de las cláusulas de vencimiento anticipado (sents. de 5.2.1914, 3.7.1915 y 19.5.1958).

3) No es supuesto de moderación a mi juicio, como ya dije, la mera reducción de la cuantía reclamada porque, en realidad, la exigibilidad de la pena tenía un alcance menor que el pretendido (SJIP Pamplona 5.6.1991) o porque no era exigible en absoluto, porque concurría incumplimiento recíproco (STS 30.5.1984).

