

Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo

JORGE FELIU REY

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid
Abogado

RESUMEN

La cláusula penal es uno de los mecanismos contractuales de tutela más usados en la contratación, lo que podría hacer pensar erróneamente que es una figura jurídica con pocos problemas de interpretación y escaso conflicto en su generalizada y frecuente aplicación práctica. Sin embargo, bajo esta denominación bien conocida, se esconde una amplia y compleja tipología de cláusulas que difieren en su contenido, en su función y efectos. Esta constatación práctica, sigue dotando de sentido e interés al estudio de la cláusula penal por su poliédrico perfil y su empleo constante en la praxis contractual. Por otro lado, además, la renovada atención que está recibiendo recientemente su régimen jurídico anima a retomar su estudio. En efecto, las recientes propuestas de Derecho Uniforme, tanto de ámbito internacional como regional, dirigidas a aproximar las soluciones de las diversas tradiciones jurídicas, y su influencia en la labor del legislador nacional, obligan a indagar en la base lógica-jurídica que subyace en esta figura con objeto de hacerla más coherente y comprensible en su aplicación, interpretación y ejecución uniformes. Este trabajo pretende, primero, partiendo del estudio del régimen jurídico de la cláusula penal actual, reflexionar sobre las nuevas orientaciones que marcan las propuestas de modernización, armonización y reforma más recientes, en concreto, en la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos. Este análisis crítico se centra, en particular, en las cuestiones más controvertidas donde la divergencia de posiciones se agudiza, como, por ejemplo, la cuestión de la naturaleza de la pena, su posible moderación judicial, y todo ello en relación con el id quod interest. Tras este estudio crítico comparado, retornamos a la función esencial de la cláusula penal como mecanismo de tutela de la que se

deriva fácilmente que la inmediatez y eficacia de su exigibilidad sea un elemento clave. Por ello, el trabajo finaliza con una aportación eminentemente práctica, analizando la posible conversión de la cláusula penal en un título ejecutivo que permita una rápida satisfacción del interés del acreedor.

PALABRAS CLAVE

Cláusula penal, pena, indemnización pactada, Derecho uniforme, Derecho comparado, Propuesta de Modernización, moderación judicial, ejecutividad, título ejecutivo.

ABSTRACT

*The penalty clause (in the civil law sense) is one of the most used protection contractual mechanisms in today's contractual practice, what could make mistakenly think that its application is devoid of interpretation problems and conflicts in its widespread and frequent practical use. However, under this widely-known name, a broad and complex typology of clauses that differ in content, in its role and effects, is comprised. As a matter of fact, the study of the penalty clause is still meaningful and full of interest on the grounds of its multifaceted profile and constant use in the contractual practice. On the other hand, moreover, the penalty clause is attracting a renewed attention from the harmonizing legal initiatives that encourages to retake its study. Indeed, recent Uniform Law proposals, both at international and regional levels, aimed to approach solutions among different legal traditions, are impacting on the domestic legislator's work and forced to look for the underlying legal-rationale in order to make its uniform application, interpretation and enforcement more coherent and understandable. The aim of this paper is, from the study of the current legal regime of the penalty clause, to reflect on new trends that latest proposals for modernization, harmonization and reform, in particular, the Proposal to Modernize the Civil Code in the Field of Obligations and Contracts are pointing to. This critical analysis focuses, in particular, on the most controversial issues where positions differ the most, for example, the question of the nature of the penalty, its possible judicial moderation, and the relationship with the *id quod interest*. After this comparative critical study, we revert to the essential function of the penalty clause as a means of protection from which is easily derived that the immediacy and effectiveness of its enforcement is a key element. Therefore, this paper concludes with a very practical contribution, analyzing the possible conversion of the penalty clause in an enforcement order enabling a rapid satisfaction of the creditor's interest.*

KEYWORDS

Penalty clause, liquidated clause, id quod interest, Uniform Law, Comparative Law, enforcement order, judicial moderation, Proposal to Modernize the Civil Code in the field of Obligations and Contracts.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Régimen jurídico en Derecho Español: 1. Definición, precisión terminológica, y regulación.–2. Características.–3. Funciones o efectos de la cláusula penal. 3.1 Efectos cuando se estipula la cláusula penal. 3.2 Efectos cuando se produce el incumplimiento.–4. Modalidades de la pena. 4.1 Pena sustitutiva o liquidatoria. 4.2 Pena cumulativa. 4.3 Pena facultativa. 4.4 Pena moratoria.–III. Búsqueda de una base lógico-jurídica en el régimen de la cláusula penal del Código Civil en relación con la Propuesta de Modernización.–1. Punto de partida: la naturaleza de la prestación que constituye la pena. 2. Indemnización, pena e *id quod interest*. Una reflexión. 2.1 *Common Law*. 2.2 Derecho uniforme. 2.3 Nuestro ordenamiento. 2.3.1 Régimen vigente. 2.3.2 La Propuesta para la modernización.–3. Moderación de la indemnización y de la pena. 3.1 Regulación actual. 3.2 Regulación en la Propuesta y crítica.–IV. Efectividad de la cláusula penal: su configuración como título ejecutivo.–V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula penal es uno de los mecanismos de tutela más usados en la contratación¹. Sin embargo, bajo esta denominación, que designa una figura extendida y relativamente bien conocida, se esconden diversas tipologías de cláusulas que reflejan, por tanto, diferentes contenidos contractuales, diseñados y redactados dependiendo de la función que le quieran atribuir o del efecto que quieran alcanzar las partes con la incorporación de esta disposición en el contrato. Sólo con esta amplia presencia en la práctica contractual se justifica el interés por conocer esta figura, en su extensión y en sus límites, como ya corroboran numerosos trabajos publicados sobre el tema.

Pero, además de esta razón práctica, con la que le dota su frecuencia en la *praxis* contractual, esta figura, y por ende, su régimen jurídico, está siendo objeto durante los últimos años de una renovada y especial atención que conviene considerar y que anima a retomar su estudio. Por un lado, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en el ordenamiento español avanza una «reforma» en la regulación de esta figura. Por otro, instrumentos de Derecho uniforme internacional y regional abordan todos ellos su configuración, sus condiciones y sus límites con una pluralidad de aproximaciones que ofrece nuevas aristas para el debate sobre el perfil de la cláusula penal. Ade-

¹ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, abril-junio, 1993, p. 512.

más, y en el contexto de armonización de soluciones que ofrecen los instrumentos uniformes, de ámbito internacional o regional, en el tratamiento de la cláusula penal se refleja la divergencia entre tradiciones jurídicas y las soluciones propuestas para aunar estas diferentes aproximaciones revela concepciones diversas sobre los intereses de las partes en la contratación y las funciones básicas de los medios de tutela en caso de incumplimiento que nos hacen reabrir el planteamiento sobre la razón de ser de esta extendida figura jurídica.

Estos dos parámetros, el práctico, por su extendida frecuencia contractual, y el puramente regulatorio, que resulta de la atención mostrada a esta figura en las propuestas de reforma, modernización y armonización, han inspirado este trabajo y guían su desarrollo y estructura.

En primer lugar, creemos necesario, para entender el alcance de las diferentes configuraciones legales de la cláusula penal en los textos referidos, conocer esta figura jurídica tanto en una vertiente estática (definición y modalidades) como dinámica (efectos y funciones). Para ello, proponemos, con carácter previo y de forma sumaria, una exposición del régimen legal vigente de la cláusula penal en el ordenamiento español, explicando sus clases, sus efectos y sus funciones, y deteniéndonos en uno de los temas más significativos para este trabajo, y menos tratado en la literatura, la naturaleza de la pena y la divergencia de posturas al respecto en las distintas propuestas de regulación.

Es, por tanto, el diverso tratamiento que los textos y propuestas analizados hacen de la naturaleza de la pena el que compone la segunda parte del trabajo y responde a la finalidad de estudio crítico-comparado que nos planteábamos.

Por último, y como afirmábamos al comienzo de estas notas introductorias, si la cláusula penal es uno de los medios de tutela más usados en la contratación, se deriva fácilmente que la inmediatez y eficacia de su exigibilidad sea un elemento clave para la obtención satisfactoria del interés del acreedor. Por ese motivo, concluimos este estudio con una propuesta sobre cómo exigir por vía ejecutiva la pena contenida en una cláusula penal, convirtiendo, en definitiva, la cláusula penal en un título ejecutivo.

En todo caso, y como cierre de esta introducción, queremos insistir en que este trabajo no tiene la intención de ser terminal ni omnicompreensivo, ni pretende agotar el análisis de esta compleja y extendida figura, sino, una vez más trata de representar una pequeña contribución al gran debate siempre abierto sobre la cláusula penal con una revisión de su régimen jurídico, un análisis crítico y

comparado de las más recientes reformas e iniciativas normativas y finalmente una propuesta para reforzar su exigibilidad.

II. RÉGIMEN JURÍDICO EN DERECHO ESPAÑOL

1. DEFINICIÓN, PRECISIÓN TERMINOLÓGICA, Y REGULACIÓN²

Doctrinalmente, no existe una definición única y comprensiva de cláusula penal. La distintas definiciones varían según el criterio adoptado por los autores para su concepción y su clasificación. En este sentido, Gómez Calero³ distingue entre aquellas definiciones que se centran en su naturaleza de estipulación o pacto; que se detienen en alguno de sus efectos (garantía, sanción, resarcimiento...); y que se caracterizan por una formulación estricta o amplia; que no definen la cláusula penal, sino las «obligaciones con cláusula penal», «la pena convencional» o, en el supuesto del Derecho mercantil, «los contratos mercantiles con cláusula penal».

Jurisprudencialmente, también han existido discordancias en la definición, dependiendo del criterio adoptado para aproximarse a la figura. Pero, generalmente, se ha adoptado un concepto guiado por su naturaleza negocial y se ha definido la cláusula penal como «la estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar, viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero»⁴.

² Sobre sus antecedentes históricos, vid. ESPÍN CÁNOVAS, D. E., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo, 1946, pp. 146 y ss.

³ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2.ª edición, Madrid: Civitas, 1983, pp. 51 y ss. Este autor define la cláusula penal conforme a lo establecido en el Código de Comercio como «una estipulación contractual, de la que nace una obligación accesorio, que sirve a las partes para predeterminar las consecuencias del incumplimiento de un contrato mercantil mediante la fijación de una pena de carácter indemnizatorio contra el que no lo cumpliera, con lo cual –y dada la posibilidad de que la pena prescrita sea exigida por la parte perjudicada si el contrato no se cumple– se estimula al cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, se sanciona al contratante que no cumple y se satisface a la parte perjudicada».

⁴ SSTs de 11 de marzo de 1957 [R. Ar. 751] y 17 de noviembre de 1957 [R. Ar. 2872]. En este mismo sentido, la STS de 16 de abril de 1988 [RJ 1988/3173], afirma que «es una obligación accesorio generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y en favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que acarrea tal situación». Por el contrario, siguiendo el criterio de los efectos, podemos encontrar la STS de 8 de enero de 1945 [R. Ar. 7] que la define como «promesa accesorio y condicionada que se incorpora

De ahí que sea necesario, como hace la mayoría de la doctrina⁵ y menciona la jurisprudencia⁶, realizar previamente una precisión terminológica y diferenciar, principalmente, entre cláusula penal, obligación penal, obligación con cláusula penal y pena, que componen el entramado conceptual. Pues, en términos generales, la cláusula penal es la estipulación, de origen legal o convencional⁷, donde se establece la obligación del deudor de satisfacer una prestación (pena) en caso de incumplimiento de la obligación que garantiza (obligación con cláusula penal).

Por tanto, la cláusula penal es la estipulación, accesoria y subsidiaria a la obligación u obligaciones principales a las que hace referencia, y en la que se contiene una obligación, cuyo objeto es la pena (convencional), que a su vez, según Díez-Picazo, es «aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de incumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal»⁸.

La regulación jurídica, en el Ordenamiento español, de esta figura viene principalmente establecida en el Código Civil y en el Código de Comercio⁹. Aparte de las distinciones sustantivas que iremos haciendo a lo largo de este apartado, las principales diferencias superficiales y no de contenido entre ambas regulaciones son varias. Por un lado y en primer lugar, la extensión, pues, mientras que el Código Civil le dedica cuatro artículos (1152 al 1155), el Código de Comercio sólo uno (art. 56). En segundo lugar, su ubicación, ya que el Código Civil la ubica dentro del apartado de obliga-

a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor». En este sentido, la STS de 29 de abril de 1965 [R. Ar. 2434].

⁵ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, p. 49 y ss. distingue entre «obligación con cláusula penal», «cláusula penal», «obligación nacida de la cláusula penal» y «pena convencional». RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 514. QUESADA GONZÁLEZ, Corona, «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional», *Aranzadi Civil*, 2003, Vol. II, T. XII, P. 2073.

⁶ SAP de Barcelona de 2 de abril de 2003 [AC 2003/1064].

⁷ Así, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 514 y 515; 519 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», en Paz-Ares, Cándido, Díez Picazo, Luis, Bercovitz, Rodrigo y Salvador, Pablo (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 158.

⁸ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 6.ª Edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 457. Queremos hacer mención de la definición dada en la SAP de Barcelona de 2 de abril de 2003 [AC 2003/1064] que nos parece errónea, ya que manifiesta, y copio literalmente, «pena convencional, por último, es la denominación que corresponde utilizar cuando la pena no ha quedado establecida en una de las cláusulas del negocio principal, sino en un negocio separado aunque directamente relacionado con aquél», aunque a continuación la define como lo hacemos en el cuerpo de este trabajo.

⁹ También existe la regulación establecida en la Compilación del Derecho civil de Navarra, en su artículo 518, donde se refiere a la estipulación penal (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

ciones, dedicándole una sección completa (la sexta) bajo la denominación «De las obligaciones con cláusula penal», mientras que el Código de Comercio lo hace dentro del Título IV, «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio», refiriéndose en el cuerpo del artículo no a las «obligaciones con cláusula penal» sino al «contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización».

La parquedad de la regulación mercantil implica, conforme los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, y según la prelación allí establecida, su remisión al Código Civil conforme a un determinado orden de prelación. Es decir, y siguiendo a Gómez Calero¹⁰, en el supuesto en que el contrato donde se fija una pena de indemnización tuviera naturaleza mercantil, se aplicará en primer lugar el artículo 56 Código de Comercio y disposiciones mercantiles concordantes; posteriormente los usos mercantiles y por último el Derecho común (art. 2 CCo). La prelación de los usos frente al Derecho común variaría en las materias relacionadas en el artículo 50 Código de Comercio. En este supuesto el Derecho común se aplicaría con anterioridad a los usos mercantiles¹¹.

2. CARACTERÍSTICAS

Las características más comunes que se predicán de la cláusula penal son, en primer lugar, el carácter accesorio¹² respecto de la obligación principal de la que depende, tanto en su constitución, como en su exigibilidad y en su extinción. En su constitución, porque garantiza o refuerza el cumplimiento de la obligación principal; en su exigibilidad, porque nace la obligación contenida en ella en el momento en que se incumple la obligación principal conforme a lo dispuesto en el artículo 1152 del Código Civil; y en su extinción, por lo que se desprende del artículo 1155 del Código Civil «la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal» y no al revés.

De este carácter accesorio se desprenden las características de la especificidad y la subsidiariedad. Especificidad, porque garantiza una obligación concreta y no todo el contrato; y subsidiariedad porque, como hemos mencionado anteriormente, es sólo exigible

¹⁰ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles...*, op. cit., p. 47.

¹¹ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1968, p. 113. RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Introducción a la contratación mercantil», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2003, pp. 785-812.

¹² STS de 8 de enero de 1945 [RJ 1945/7], STS de fecha 16 de abril de 1988 [RJ 1988/3173], STS de 25 de octubre de 2004 [RJ 2004/6403], STS de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6390].

cuando se incumple la obligación principal. Como ha indicado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, «(...) no todo incumplimiento del contrato generaba la punición civil, sino sólo aquel que entorpeciera el fin que la cláusula salvaguardaba»¹³.

3. FUNCIONES Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Dependiendo del contenido de la cláusula penal (de cómo esté redactada), los efectos que puede desplegar son distintos. Se parte de la constatación de que el efecto fundamental es el liquidatorio –además de su efecto general coercitivo–¹⁴ y sobre esta base, se pueden ir adicionando otros efectos como son el punitivo, o el liberatorio. Pero en determinados contratos, en realidad, el efecto principal que se pretende es el coercitivo, ya que la finalidad de su inclusión es que las partes cumplan¹⁵.

Para entender de forma sistemática los efectos que pueden pretender anudarse a este tipo de cláusula y servir como base a su futura redacción, estamos de acuerdo con Gómez Calero en distinguir dos momentos diferentes: cuando se estipula la cláusula penal y cuando sobreviene el incumplimiento¹⁶.

3.1 Efectos cuando se estipula la cláusula penal

En el primer momento, en la estipulación, se manifiestan dos efectos¹⁷. El primero de ellos es establecer de antemano el *quan-*

¹³ STS de 21 de febrero de 1992 [RJ 1992/1422].

¹⁴ Así lo han declarado numerosas Sentencias: STS de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6390], STS 13 de julio de 2006 [RJ 2006/4507], STS de 12 de enero de 1999 [RJ1999/36], STS de 12 de enero de 1998 [RJ 1999/36], STS 7 de marzo de 1992 [RJ 1992/2007], STS de 22 de octubre de 1990 [RJ 1990/8033].

¹⁵ Manifiesta PÉREZ MORIONES, Aránzazu, *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 440, que en relación con los sindicatos de voto, «prevalece esencialmente la función garantizadora, por medio de la cual se busca el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el sindicato deudor». Del mismo modo, BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, «La cláusula penal como instrumento jurídico de protección de la posición contractual del acreedor», en NIETO CAROL, Ubaldo y BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo I, Madrid: Civitas, 1996, p. 898, la finalidad principal es «disuadir al potencial incumplidor del recto cumplimiento: para nuestro Tribunal Supremo la cláusula penal es, en primer lugar, un «medio de presión».

¹⁶ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles...*, op. cit., p. 90.

¹⁷ Compartimos la idea de ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII, fasc. IV, pp. 1593 y 1594, que «la pena convencional tiene, conceptualmente una finalidad esencial y común a sus diversas modalidades: la de reforzar el vínculo obligacional proporcionando al acreedor una garantía añadida del cumplimiento exacto y puntual de la prestación principal. Esta finalidad protectora del acreedor se logra mediante

tum indemnizatorio en el supuesto de un futuro incumplimiento¹⁸, siendo ésta la función básica que desempeña la pena convencional¹⁹. Así lo manifiestan el artículo 1152 del Código Civil y el artículo 56 del Código de Comercio al disponer, respectivamente, que «la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento» y «en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera».

De esta forma, concretando en la cláusula el *quantum* indemnizatorio, el acreedor no tiene que probar y calcular el daño sufrido²⁰, por lo que está exento de llevar a cabo tal tarea. Incluso en el supuesto en que no se produjera daño alguno o fuera inferior a la pena establecida, ésta sería debida²¹. De esta forma, se evitan los problemas procesales que suelen acompañar a la solicitud de este tipo de pedimentos. Por tanto, el primer efecto sería el valorativo, liquidatorio o sustitutorio.

El segundo de los efectos es el persuasivo o disuasorio, en virtud del cual la cláusula penal persuade al obligado al cumplimiento de la obligación reforzada con la cláusula penal o le disuade de su incumplimiento²².

El efecto tendrá mayor intensidad dependiendo de la prestación establecida, de la posibilidad de exigir no sólo la pena, sino también los daños que excedan de esa pena y de la posibilidad de exigir no sólo la pena, sino también el cumplimiento de la obligación, siempre y cuando sea posible. Veamos cada una de ellas.

dos posibles efectos, o funciones (...). Por un lado, el efecto coercitivo y disuasorio sobre el obligado (...). Por otro lado, el efecto liquidatorio de los daños».

¹⁸ Aunque se ha manifestado, QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2076, que en el caso de la pena sustitutiva o liquidatoria, ésta «no es propiamente una valoración anticipada de los daños, dado que habrá de pagarse con independencia de que los haya o no, y de si son mayores o menores que la pena si los hay».

¹⁹ La STS de 12 de enero de 1999 [RJ 1999/36] declara: «(...) es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal –aparte de su función general coercitiva– es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios (...)».

²⁰ En palabras de RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 528 y 529, esta función liquidatoria «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». SSTS 13 de julio de 2006 [RJ 2006/4057], y de 12 de enero de 1999 [RJ1999/36].

²¹ CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 158.

²² Conforme a la STS de 8 de junio de 1998 [RJ 1998/4284], «el artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios». En este sentido, SSTS de 7 de marzo de 1992 [RJ 1992/2007], 12 de abril de 1993 [RJ 1993/2994], 12 de diciembre de 1996 [RJ 1996/8976] y 12 de enero de 1999 [RJ 1999/36].

La prestación establecida como pena debe influir en la conducta del deudor, para que no le compense incumplir, por lo que debe ser medida en relación con la obligación principal que garantiza²³. En el supuesto de una cantidad de dinero, la onerosidad de la pena, unida a la exoneración del acreedor de calcular y probar el daño, tiene que ser lo suficientemente significativa como para persuadir al cumplimiento o disuadir del posible incumplimiento. En otros tipos de prestaciones, el valor afectivo o sentimental de un bien puede tener un mayor efecto coercitivo que el liquidatorio, ya que, aun siendo el valor del bien inferior al posible daño, al obligado le resulta más costoso desprenderse de él²⁴.

El efecto persuasivo se incrementa si convencionalmente las partes acuerdan que la pena no es sustitutiva o liquidatoria, sino cumulativa. Es decir, que el futuro acreedor, además de exigir la pena puede solicitar la indemnización de daños y el abono de intereses²⁵. Así lo reconoce el artículo 1152 del Código Civil que establece 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»²⁶. De ahí que «solo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal»²⁷. La única contrariedad es que, en este último caso, el acreedor sí debe calcular y probar los daños alegados.

Por último, también se puede incrementar el efecto disuasorio a través de la posibilidad establecida en el artículo 1153, *in fine*, que permite a las partes pactar que el acreedor pueda exigir conjunta-

²³ Espfín, «La cláusula penal en...», *op. cit.*, p. 146, «(...) si la pena con que se condena al deudor, caso de incumplimiento, tiene para éste mismo valor que el objeto de la obligación principal, en realidad ninguna garantía se habrá añadido a ésta; mas si, por el contrario, la pena supera al valor de aquello a lo venía obligado el deudor, éste tendrá interés en cumplir lo estipulado para no incurrir en la pena pactada, que representa para él una obligación más gravosa.» RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 527 y ss.

²⁴ DÁVILA GONZALEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1992, p. 305. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2076.

²⁵ Sobre este aspecto, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 528, «si se acumula a la indemnización, toda suma estipulada como pena, será un plus 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».

²⁶ Aunque el Código de Comercio no contempla esta posibilidad, si sería de aplicación lo dispuesto en el Código Civil, por el carácter dispositivo de la norma. Sobre el carácter imperativo o dispositivo del artículo 56 de Código de Comercio y la aplicación subsidiaria del Código Civil, vid. GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss.

²⁷ STS de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6390].

mente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena²⁸ (sobre este aspecto nos remitimos a lo que expondremos en apartados posteriores).

3.2 Efectos cuando se produce el incumplimiento

El primero de los efectos, y el más habitual, es el indemnizatorio o resarcitorio, ya que establecida la pena en la cláusula, se resarce el interés del acreedor. El segundo de ellos es el penitencial, regulado en el artículo 1153 del Código Civil, en virtud del cual «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». Por tanto, en este tipo de pena, se faculta al deudor, siempre y cuando exista pacto expreso, a elegir entre cumplir la obligación o cumplir la pena²⁹. La sustitución del cumplimiento de la obligación principal por la de la prestación en la que consiste la pena convencional satisface los intereses en presencia.

Otro de los posibles efectos es el punitivo, cuando se sanciona el incumplimiento que deriva de la conducta llevada a cabo por el obligado. Este efecto se da, en principio, en los supuestos de pena cumulativa, e incluso de pena sustitutiva cuando la pena pactada sea superior al daño efectivamente producido³⁰. La función persuasiva de la que deriva este efecto, como resulta lógico, dejará de producirse tras el incumplimiento, momento en que pasan a desplegarse todas las consecuencias establecidas en la cláusula³¹.

Igualmente, se puede predicar el efecto de garantía, de aseguramiento del riesgo. Este efecto se produce cuando en la cláusula se ha estipulado la pena para el supuesto en que el incumplimiento se

²⁸ STS de 18 de abril de 1986 [RJ 1986/1860].

²⁹ *Idem ut supra*, GÓMEZ CALERO.

³⁰ En este sentido MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal: la facultad moderadora del juez», *Indret*, www.indret.com, enero, 2008, p. 4, «la función coercitiva es aquella estrictamente punitiva, consistente en una agravación del resarcimiento, ya que normalmente la pena estipulada supera el *quantum* exigible conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC)».

³¹ Respecto a la relación entre el efecto persuasivo y sancionatorio, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 527, nota al pie núm. 44, afirma que «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».

produce por caso fortuito o fuerza mayor, es decir, por una conducta no culpable por parte del deudor³².

4. MODALIDADES DE LA PENA

Según los efectos antes descritos, la doctrina distingue las siguientes modalidades de pena:

4.1 Pena sustitutiva o liquidatoria

Esta tipo de pena es la general o básica, ya que, si no se pacta otra cosa, ésta sería la que debería aplicarse. Establecida en el artículo 1152 del Código Civil y en el artículo 56 del Código de Comercio sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y le concede el privilegio al acreedor de no tener que probar los daños y perjuicios ocasionados³³.

La redacción del artículo 1152 del Código Civil («...la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento,...») ha dado a lugar a la interpretación casi unánime por parte de la doctrina de que, exigiéndose la pena, el acreedor no puede reclamar mayor cantidad en concepto de daño aunque este sea superior a la pena estipulada (daño excedente)³⁴. Algún sector doctrinal ha considerado la posibilidad de exigir el daño excedente cuando el incumplimiento es doloso, argumentándose que «de negar esto, la cláusula penal constituiría una renuncia anticipada a la responsabilidad por dolo, prohibida en el artículo 1102 del Código Civil»³⁵. Y, minoritariamente –Rodríguez Tapia– admite la posibilidad de exigir la indemnización 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»³⁶. Admitiéndose esta posibilidad, el

³² CABANILLAS «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 159. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 529.

³³ Vid. las sentencias mencionadas sobre el efecto esencial de la cláusula penal, STS de 12 de enero de 1998 [RJ 1999/36]. SAP de A Coruña 1 de abril de 2005 [AC/2206/225]. Igualmente, Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 465.

³⁴ Según Díez-Picazo T. II, *op. cit.*, p. 465, «(...) se ha discutido, como hemos visto, si el acreedor puede pedir una mayor indemnización de la estipulada a lo que en términos generales, habrá que contestar negativamente».

³⁵ DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 359 y ss. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 571 y ss. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1993, pp. 59 y ss.

³⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 572 y ss. «Queda sin sentido una cláusula penal que no conmina al deudor a cumplir porque la pena es inferior a los daños esperados ni cumple función indemnizatoria alguna».

excedente deberá ser probado y cuantificado, no beneficiándose del privilegio de la cláusula penal.

Un supuesto parecido y el debate en el sentido apuntado lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁷. En un contrato de arrendamiento de ganado se estableció una cláusula según la cual «el incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de quinientas mil pesetas». Al finalizar el plazo de arrendamiento, el arrendatario hace entrega del ganado, pero éste se encuentra envejecido, enfermo y malnutrido, no correspondiéndose con el que se había entregado, hasta el punto que parte del ganado falleció al poco tiempo. El arrendador formuló demanda de reclamación de cantidad exigiendo el pago de una cantidad aproximada de diez millones de pesetas, por la pérdida sufrida y el lucro cesante. El juez de primera instancia condenó a los demandados al pago de la cláusula penal y no a la cantidad solicitada. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia estimando la pretensión del demandante al alegar que «(d)esde luego el artículo 1281 del Código Civil, tras decir que ha de estarse al tenor literal de las cláusulas del contrato, si sus términos son claros, añade que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pues bien, en el presente caso, visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación: indemnización que, por otra parte, no estimulaba, por ello, la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que aplicando criterios lógicos hay que concluir que la intención de los contratantes fue sólo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas, sin perjuicio, además, de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida».

Los demandados interpusieron el pertinente recurso de casación, por vulneración, entre otros, de los artículos 1152 y 1155 del Código Civil y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo desestima el recurso alegando que «dada la entidad del incumplimiento acreditado no puede entenderse, como pretende el recurrente, que su liquidación se satisface con la entrega de quinientas mil pesetas, cantidad fijada, como señala la sentencia recurrida, para un cumplimiento menor. Otra interpretación de la repetida cláusula llevaría a que los deudores de la entrega del gana-

³⁷ STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2007/276].

do quedarían libres mediante el pago de la cantidad señalada, de la entrega total o en gran parte de las cabezas de ganado objeto del arrendamiento; conclusión absurda que no puede recibir respaldo judicial».

Otra cosa distinta es la exigencia de indemnización por el incumplimiento de otras obligaciones. La pena sólo cubriría el incumplimiento de la obligación que garantiza, no del incumplimiento de otras obligaciones. En este último caso, el acreedor podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por esos otros incumplimientos, rigiéndose estos últimos por las reglas generales de la responsabilidad contractual³⁸.

Por otro lado, y como hemos hecho mención anteriormente, el acreedor debe optar, según el artículo 1153 del Código Civil entre exigir la pena o el cumplimiento de la obligación, pero no las dos conjuntamente, ya que, en caso contrario, existiría pluspetición³⁹, aunque sí es viable establecerla como subsidiaria en el escrito de demanda (salvo de conformidad con el régimen mercantil del art. 56 Código de Comercio). Este sería el supuesto normal para aquellos casos en que exigiéndose el cumplimiento éste no fuere posible, activándose la exigencia de la pena. Pero esto no implica que se pueda pactar la posibilidad de exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento, en determinados tipos de incumplimiento.

Por último, interesa hacer referencia a la expresión del artículo 1152 del Código Civil, «(e)l abono de intereses en caso de falta de cumplimiento», y su relación con el artículo 1108 del Código Civil. Como hemos indicado reiteradamente, la pena, si no se estipula lo contrario, «sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses». Por tanto, la pena comprende ambos conceptos, por lo que existiría plus petición si, además de reclamar la pena, se solicitasen los intereses moratorios del artículo 1108, «que tienen carácter indemnizatorio por el incumplimiento contractual, siendo a éstos a los que se refiere el artículo 1152 del Código Civil, para declararlos incompatibles con la cláusula penal»⁴⁰. En conclusión, no se pueden pedir, salvo que expresamente se haya pactado lo

³⁸ CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 158. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2107.

³⁹ QUESADA «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2109.

⁴⁰ STS de 13 de abril de 1992 [RJ 1992/3100]. En este mismo sentido la SAP de Murcia de 30 de junio de 2009 [JUR 2009/376092], que afirma que «el artículo 1.152 CC es claro y no admite interpretaciones, de modo que no existiendo una previsión expresa en el contrato sobre abono de intereses con independencia de la cláusula de la (sic) penal, ha de entenderse que la misma sustituye, no debiendo olvidar que la cláusula penal es un resarcimiento tasado convencionalmente, y el artículo 1108 CC considera el pago de los intereses como equivalente a la indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor incurriere en mora».

contrario, el pago de los intereses desde el incumplimiento contractual y el pago de la pena.

Otra cosa distinta, perfectamente legítima, es la reclamación de intereses que correspondan a la mora por el impago de la suma correspondiente a la cláusula penal, una vez que ésta es líquida. Así lo ha reconocido la jurisprudencia que declara «que los intereses moratorios debidos a la reclamación judicial del importe de la pena no están comprendidos en el artículo 1152 del Código Civil»⁴¹.

4.2 Pena cumulativa

Este tipo de pena también se recoge en el citado artículo 1152 del Código Civil, pero a *sensu contrario*, es decir, si la regla general establecida es que la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de incumplimiento, si recae un pacto en contrario, la pena no será sustitutiva sino añadida a la indemnización correspondiente por daños y perjuicios, y estaremos ante un supuesto de pena cumulativa.

De esta forma, el acreedor, siempre y cuando se haya pactado expresamente, podrá exigir al deudor, además de la pena estipulada, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y probados. Y decimos «probados», porque a diferencia de la pena contenida en la cláusula penal, en la que no se exige prueba alguna, la indemnización que se solicita junto a aquella estará sometida al régimen legal correspondiente.

Por último, queremos referirnos, siquiera sucintamente, a la divergencia de opinión existente entre algunos autores a la hora de incluir dentro del supuesto de pena cumulativa la opción del acreedor de exigir conjuntamente el cumplimiento y la pena. Opción que viene recogida en el artículo 1153 *in fine*, en virtud del cual, siempre que se otorgue expresamente⁴², el acreedor «puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena» y en el artículo 56 del Código de Comercio, «en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de esas acciones quedará extinguida la otra a no mediar pacto en contrario».

⁴¹ STS de 2 de abril de 2001 [RJ 2001/3190] y SAP de Alicante de 28 de marzo de 2006 [JUR 2006/193617].

⁴² SSTs de 27 de marzo de 1982 [RJ 1982/1507], 8 de junio de 1982 [RJ 1982/3409] y de 18 de abril de 1986 [RJ 1986/1860].

De esta manera, la doctrina se divide entre aquellos que estiman que la pena se añade a la pretensión de cumplimiento y aquellos otros que consideran que el efecto cumulativo se produce con respecto a la indemnización⁴³. Entre los primeros se encuentra, en realidad, la mayoría de la doctrina, que incluye en la pena tanto el cumplimiento como los daños y perjuicios, señalando conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1969 (R. art. 967) que este tipo de pena merece en sentido estricto el nombre de pena convencional⁴⁴.

Entre los segundos, Rodríguez Tapia afirma, por el contrario, que «llamar sustitutivas o cumulativas 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* artículo 1153, se refiere tanto a casos de pena sustitutiva como cumulativa, y principalmente a la primera»⁴⁵. Por tanto, es la posibilidad de exigir pena e indemnización lo que distingue ambas modalidades, no la posibilidad de exigir conjuntamente el cumplimiento y la pena.

A este respecto, es interesante mencionar, como desarrollaremos posteriormente, lo establecido en el artículo 1149 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, donde resulta incompatible, en principio, el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica y la reclamación de la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo aquellas que estén estipuladas para el caso de retraso (pena moratoria) o cuando el cumplimiento en forma específica resulte imposible⁴⁶. Como señala con acierto la profesora

⁴³ DE CASTRO VÍTORES, Germán, «La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo», Dykinson, Colección *Monografías de Derecho Civil*, Madrid, 2009, p. 19. En relación con obligaciones mercantiles GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

⁴⁴ QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2076, «este tipo de pena es la que cumple una función rigurosamente de garantía, punitiva o sancionadora por ser la más gravosa para el deudor, pues acaecido el incumplimiento el acreedor podrá pedir el cumplimiento forzoso en forma específica o por equivalente y la satisfacción de la pena, que independiente de los daños y perjuicios, por lo que el acreedor puede obtener además del importe de los daños la pena estipulada». Según Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 466, «es el sistema de nuestro Código Civil y es perfectamente admisible. Su establecimiento queda a disposición de las partes. En él, la pena convencional tiene un riguroso carácter punitivo, y, por consiguiente, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la prestación debida y el pago de la pena». ESPÍN, «La cláusula penal en...», *op. cit.*, p. 161.

⁴⁵ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 579 y ss.

⁴⁶ Sobre este aspecto, MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, www.indret.com, mayo, 2009, pp. 7 y ss. En análogo sentido, el artículo 2 de la Resolución (78) 3 adoptada por el Comité de Ministros el 20 de enero de 1978, durante la 281.ª reunión de los Delegados de los Ministros, relativa a la «Cláusulas Penales en Derecho Civil», que establece: «el acreedor no podrá obtener al mismo tiempo la ejecución de la obligación principal estipulada en el contrato y la cantidad fijada, a no ser que dicha cantidad se

Arana de la Fuente, esta incompatibilidad no impide, como hemos visto en el capítulo dedicado a los remedios legales, que procesalmente se pueda ejercitar la acción de cumplimiento específico y, subsidiariamente, para el supuesto de imposibilidad, ejercitar la reclamación de la cláusula penal⁴⁷ (teniendo en cuenta la particularidad del art. 56 del Código de Comercio).

4.3 Pena facultativa

Esta modalidad, también denominada «pena de arrepentimiento» o «multa poenitentialis»⁴⁸ por la función liberatoria que conlleva, también ha sido objeto de discusión sobre su consideración o no como cláusula penal. La pena facultativa viene regulada en el comienzo del artículo 1153, en virtud del cual «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»⁴⁹.

La exigencia de su reconocimiento expreso tiene su fundamento en que si se dejase al arbitrio del deudor el eximirse del cumplimiento de la obligación pagando la pena estipulada, tal conducta contravendría lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil.

hubiera acordado por un retraso en la ejecución. Toda estipulación en contrario será nula». Del mismo modo, pero con matizaciones, el artículo 6 de las Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento, ya que «si la suma convenida no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por falta de cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida».

⁴⁷ ARANA DE LA FUENTE, ISABEL, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret* 4/2010, pp. 8 y ss., recoge en la obra citada (p. 5) las consideraciones del profesor MARÍN GARCÍA al respecto, «tampoco es la solución socialmente deseable, ya que la solicitud de cumplimiento devuelve al acreedor perjudicado al régimen ordinario de responsabilidad contractual bajo la forma del equivalente pecuniario. En consecuencia, esta solución comportaría los mismos efectos negativos que la medida anterior, aunque en menor grado, porque el acreedor podría exigir la pena desde su inicio.» Sobre el *ius variandi* entre cumplimiento y exigencia de la pena en las obligaciones mercantiles GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 176 y ss. Sobre la pena y el cumplimiento específico LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid: Trivium, 1999, pp. 44 y ss. MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006, pp. 55 y ss.

⁴⁸ STS de 23 de octubre de 2002 [RJ 2002/9305]. Según la SAP de Cantabria de 6 de noviembre de 1997 [AC 1997/2302], «no obstante lo anterior, aún cabe considerar si el citado pacto no es una cláusula penal de las denominadas facultativas, de arrepentimiento o penitenciales, esto es, aquellas en que la cláusula penal no cumple en realidad una función de refuerzo de la obligación sino de sustitución de la prestación prevista. La posibilidad de una cláusula de estas características en nuestro derecho se desprende del contenido del artículo 1153.1.º del Código Civil, pero este mismo precepto impone que ha de mediar un pacto expreso; sólo cuando expresamente se haya reservado el deudor la facultad de eximirse de cumplir la obligación pagando la pena podrá hablarse de este tipo de cláusula penal facultativa cuyo régimen es, ciertamente, igual al de la obligación alternativa».

⁴⁹ En este sentido la STS de 13 de junio de 1962 [RJ 3168].

De ahí que la función liberatoria que se le concede al deudor de eximirse del cumplimiento pagando la pena, cuando expresamente se reconoce, ha supuesto para la doctrina su consideración como obligación facultativa y no como cláusula penal⁵⁰, ya que no se está sancionando, propiamente, dicho incumplimiento, sino que se le está permitiendo optar al deudor entre cumplir o pagar.

Por tanto, no estaríamos ante una pena propiamente dicha, sino ante una multa penitencial «que es el dinero de arrepentimiento o desistimiento, que puede haber sido abonado en forma de arras o no, y que permite al penitente apartarse del contrato y extinguir la relación obligatoria»⁵¹.

4.4 Pena moratoria

Se trata de una pena prevista para el supuesto de retraso en el cumplimiento de la obligación que garantiza, típico en el sector de la construcción y en algunos contratos bancarios, ya que lo que se pretende es el cumplimiento en el plazo pactado, estableciéndose, normalmente, penas pecuniarias por cada día de retraso. Este tipo de penas son un ejemplo claro de los distintos grados que puede alcanzar el efecto coercitivo para lograr el cumplimiento, tanto previo como posterior al incumplimiento, ya que, dependiendo de la graduación de la pena (cantidad diaria, porcentaje, fija o incremento gradual por día transcurrido...), el efecto de persuasión es menor o mayor.

Independientemente de ello, la reclamación de la pena cuando se configura como moratoria no implica que no se pueda exigir el cumplimiento de la obligación⁵². De hecho, en la pena moratoria

⁵⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 581. ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1601.

⁵¹ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 542 y ss. DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 43 y 44. La STS de 21 de febrero de 1969 [RJ 967] manifiesta «que aunque la cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o cumplirla contravenga su tenor, en sentido estricto sólo merece ese nombre –según la doctrina científica–, cuando se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena- pena conmutativa-, dejando de merecer aquel nombre tanto en el supuesto de que, por pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena –en cuyo caso existe más bien una obligación facultativa con cláusula de sustitución, y surge la pena de arrepentimiento o multa *poenitentialis*–, como en el supuesto de que se le asigne una función liquidatoria o de cubrimiento de riesgo, en el que, en realidad, viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación».

⁵² La reclamación conjunta de pena y cumplimiento ha conllevado que algún autor –ESPIN– la considere como una pena cumulativa conforme al artículo 1153. Otros GÓMEZ CALERO entienden que la compatibilidad de ambas acciones tiene su fundamento en la

se sobreentiende la «acumulación de la pretensión de cumplimiento y la pena (...), pero no en los de incumplimiento definitivo»⁵³.

Esta modalidad de pena se relaciona con los pactos de intereses, discutiéndose entre los autores si ambas figuras son, de hecho, coincidentes. Lo que sí parece claro es que la pena moratoria puede sustituir a la indemnización por mora (en relación con el art. 1108 del Código Civil: «no habiendo pacto en contrario»). De ahí que, cuando los intereses que haya de pagar sean los legales o los habituales del mercado, no estaremos ante una pena moratoria, ya que no implica una agravación para el supuesto del retardo en el incumplimiento. Sólo estaremos ante un supuesto de pena moratoria cuando exceda de esos parámetros, con los límites propios de la usura.

Este tipo también ha sido discutido como modalidad de pena convencional, existiendo como posturas contrapuestas⁵⁴ la de aquellos que la consideran como tal y la de aquellos otros que la consideran, bien como sustitutiva (indemnización por el retraso), bien como cumulativa (pena más indemnización de daños y perjuicios por el retraso), dependiendo de su formulación. Lo normal es que adquiera la condición de sustitutiva y no cumulativa, ya que resulta muy complejo cuantificar los daños⁵⁵.

III. BÚSQUEDA DE UNA BASE LÓGICO-JURÍDICA EN EL RÉGIMEN DE LA CLÁUSULA PENAL DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

1. PUNTO DE PARTIDA: LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN QUE CONSTITUYE LA PENA

Un aspecto que resulta particularmente llamativo cuando se compara la regulación de la cláusula penal en los distintos textos

propia naturaleza jurídica de la pena moratoria, no en el artículo 1153 del Código Civil, ni en otra norma legal ni de pacto expreso. DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 41 y 42. CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 160. también está de acuerdo con la compatibilidad de la reclamación de la pena moratoria y de la obligación principal, no siendo aplicable la prohibición del artículo 1153.

⁵³ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 580.

⁵⁴ Entre los autores que entienden que estamos ante una modalidad de pena convencional, DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 38 y ss. Dentro de la postura opuesta, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 580 nota al pie 205. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2077.

⁵⁵ DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, p. 43. Dentro de la postura opuesta, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 580 nota al pie 205.

legislativos o prelegislativos es el referente a la naturaleza de la prestación en la que consiste la pena.

Cuando se trata de describir la pena «típica» contenida en una cláusula penal, la imagen más clara e inmediata es la de la pena pecuniaria, consistente en el pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento de la obligación a la que obedece su razón de ser. Aunque, en cierto modo, esta presunción es exacta y responde probablemente a la *praxis* contractual más extendida, ello no quiere decir que la pena no pueda consistir, conforme a diversos ordenamientos jurídicos como el español, en una obligación de hacer, no hacer o dar, como cualquier otra obligación (art. 1088 CC)⁵⁶.

Como consecuencia de esa previsión legal, las partes puedan dotar a la cláusula penal del contenido que estimen más conveniente dentro de los límites generales de la autonomía de la voluntad y de aquellos otros que puedan imponerles legislaciones específicas⁵⁷. Del mismo modo, y como afirma Rodríguez Tapia, «las reglas reguladoras del contrato o de la obligación reforzada por la penal (...) determinan si la pena establecida es admisible o no»⁵⁸.

Por tanto, dentro de estos límites, entre las penas se podría distinguir las configuradas como penas pecuniarias, de aquellas otras que no lo son (p. ej. las que tienen por objeto la retención de algún bien que tenga el acreedor; obligaciones de hacer o de dar, como puede ocurrir con aquellas que prevén, en el ámbito del Derecho de sociedades, determinados efectos sobre las acciones o participaciones sociales titularidad del socio incumplidor⁵⁹, etc.).

⁵⁶ En este sentido, LOBATO DE BLAS, Jesús María, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona: EUNSA, 1974, pp. 132 y ss. GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 457. CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, pp. 157 y 158. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 555. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 2103 y 2104. DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 244 y ss. ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.* p. 1590.

⁵⁷ Al respecto, la cláusula penal quedaría sujeta a la Ley de Usura, la legislación sobre consumidores y usuarios, sobre condiciones generales de la contratación, etc. A este respecto, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1638, la validez o nulidad de la cláusula dependerá de: *a*) que pueda ser o no calificada de usuraria o abusiva; *b*) que respete o no los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC); y *c*) que carezca o no de causa material o real (no meramente formal) que justifique en su totalidad la atribución patrimonial que el pago de la pena conlleva (art. 1275 CC).

⁵⁸ Por ejemplo, y en palabras de RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 556, «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». En el mismo sentido, CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152 1155 CC», *op. cit.*, p. 158, en relación con la posibilidad de que una cláusula penal encubra un pacto de intereses de carácter usurario, a la cual se le aplicará la Ley Azcárate.

⁵⁹ Así, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 556, «del examen de las cláusulas penales más frecuentes se pueden recordar (...) pérdida de derechos sociales (...) que inducen al socio a abandonar la entidad que le sanciona». En este mismo sentido GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 27, «en un contrato

La elección de una u otra, así como la posibilidad de establecer otras modalidades distintas de las mencionadas como típicas, dependerá de la función de la que se le quiera dotar a la cláusula penal y, en gran medida, de la importancia que para los sujetos firmantes tenga la obligación que garantiza la cláusula penal⁶⁰. Lo usual es que la pena tenga carácter pecuniario, sobre todo, cuando la misma sustituye a la indemnización por los motivos que exponemos en el siguiente apartado. Pero si no es sustitutiva, sino puramente penal, entendemos que en este supuesto la pena puede ser tanto pecuniaria como no pecuniaria.

Volviendo otra vez al origen de este apartado, la naturaleza de la pena, podemos comprobar que esta posibilidad de dotar a la pena de carácter pecuniario o no, no es aceptada por otras regulaciones de nuestro entorno. Para observar este fenómeno, más que centrarnos en las actuales legislaciones, vamos hacerlo en las distintas propuestas normativas de ámbito nacional y supranacional que se encuentran en proceso de desarrollo. Entre las normas en proyecto, podemos diferenciar tres grupos: aquellos textos que hacen referencia expresa a la posibilidad de configurar la pena como no pecuniaria; aquellos otros en los que tal posibilidad se puede inferir de su redacción; y finalmente, un tercer grupo de textos que no permiten otra cláusula penal que la pecuniaria.

Entre los primeros podemos destacar el Proyecto de Código Civil Argentino. En el mismo, cuando se refiere al objeto de la cláusula penal (art. 791) se establece que *puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero*⁶¹. Por tanto, es claro en este supuesto que la pena puede consistir tanto en la entrega de una suma de dinero como en cualquier otro tipo de prestación.

En el segundo grupo, podemos encontrar la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos (en adelante la Propuesta), que emplea en su artícu-

parasocial entre accionistas no es infrecuente fijar una cláusula penal que permite a los restantes accionistas de una sociedad mercantil, en caso de incumplimiento del pacto por uno de los socios, comprar las acciones del accionista incumplidor por debajo del precio de mercado o valor económico de las mismas». Desde nuestro punto de vista, algo similar a las penas que se establecen en los estatutos de la sociedad para los supuestos de incumplimiento de obligaciones pactadas e inscritas, que pueden variar desde una simple multa hasta la pérdida de la condición de socio.

⁶⁰ En este sentido, y como regla general, se va a poder deducir la importancia otorgada de la severidad de la pena establecida en la cláusula penal. Por ese motivo, ante obligaciones medulares de la relación, la pena contenida en las cláusulas penales deberá ser extraordinariamente disuasoria, ante un posible incumplimiento.

⁶¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 1991/2011, La Ley, 2012, pp. 131 y ss.

lo 1146 el término amplio de prestación: «la prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado...». Conforme a su dicción literal se puede entender que tendría cabida dentro de la cláusula penal cualquier tipo de prestación⁶², ya que no limita el tipo de prestación al pago de una cantidad y, además, hace referencia a la autonomía de la voluntad a la hora de configurarla («convenida»).

Ahora bien, el segundo párrafo del citado artículo hace referencia expresa al pago, de este modo establece que *el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida*. Aunque podría pensarse que se está refiriendo únicamente al pago de una cantidad dineraria, creemos que no debería llegarse a tal conclusión por tres motivos. El primero, de redacción, ya que si hubiera incluido el término «cumpliendo» existiría una reiteración en el uso de esa palabra y probablemente se haya querido evitar ese efecto. El segundo, por el concepto amplio que se le otorga en nuestro derecho a la expresión «pago» entendido como cumplimiento. Tercero, y ante la posible duda, por ser la postura del Tribunal Supremo, la admisión de una pena no pecuniaria, tal y como se desprende del concepto de cláusula penal que establece⁶³.

En el último grupo, aquellos que limitan la naturaleza de la pena a la pecuniaria, podemos destacar los Principios UNIDROIT, los PECL y el DRAFT⁶⁴. Simplemente el título que describe el artículo en cada uno de los textos que lo regula corrobora esta afirmación, si mantenemos un concepto estricto de pago como cumplimiento de una obligación pecuniaria, como se infiere de los propios instrumentos. En los Principios UNIDROIT, su artículo 7.4.13 aparece bajo la rúbrica *pago estipulado para el incumplimiento*. En los PECL, su artículo 9:509 se enuncia como *Indemnización pactada para el caso de incumplimiento*. Del mismo modo, en el DRAFT, § III – 3:712, que sigue la posición de los Principios, *Pago estipulado en caso de incumplimiento*.

Todas estas regulaciones permiten a las partes convenir que, en caso de incumplimiento, una de ellas, la deudora, deba pagar una suma determinada de dinero a la parte acreedora, lesionada por dicho incumplimiento. Como se puede apreciar, en todos los

⁶² En este sentido también, FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», *Foro, Nueva Época*, núm. 13, 2011, p. 92.

⁶³ «...viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero» SSTS de 11 de marzo de 1957 [R. Ar. 751] y 17 de noviembre de 1957 [R. Ar. 2872]. En este mismo sentido, la STS de 16 de abril de 1988 [RJ 1988/3173], afirma que «es una obligación accesoria generalmente pecuniaria...».

⁶⁴ En este mismo sentido la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, relativa a las cláusulas penales en Derecho Civil.

supuestos, se alude únicamente al pago de una suma de dinero, por tanto, la naturaleza de la pena se limita a obligaciones pecuniarias.

Nos preguntamos entonces por la razón que explicaría esta diversidad de criterios entre los textos vigentes y en los proyectos. Entendemos que la naturaleza de la prestación va a ir determinada, por la tradición jurídica en la que se configura legislativamente y, conforme a la función/es que puede cumplir dentro del Ordenamiento jurídico donde se va a aplicar; que se pueden resumir, de forma general, en si la pena cumple una función liquidatoria, o también, puede cumplir una función punitiva.

Efectivamente, si la regulación legal, o en su caso, si la intención de las partes, si la norma lo permite, es establecer una cláusula penal con una función sustitutoria (indemnizatoria), es lógico que la pena sea pecuniaria, ya que de esta forma, como veremos en el siguiente apartado, se obtiene de forma más sencilla el *id quod interest* o en el supuesto de una pena, su satisfacción. Este es el sentido por el que se inclinan los Principios UNIDROIT, PECL y el DRAFT⁶⁵. Por el contrario, si lo que se pretende es alcanzar una función coercitiva-punitiva, la pena podrá consistir en cualquier prestación, ya que su intención no es obtener el *id quod interest*, sino, de forma preliminar, coaccionar al cumplimiento de la obligación que garantiza la cláusula penal, y, posteriormente, penalizar la conducta del incumplidor, como ocurre en nuestro Derecho vigente, al permitir a las partes configurarla en uno u otro sentido.

2. INDEMNIZACIÓN, PENA *E ID QUOD INTEREST*. UNA REFLEXIÓN

La conclusión con la que finalizábamos el anterior apartado nos exige ahora una exposición, al menos esquemática, del régimen de la cláusula penal, en las tradiciones jurídicas principales, para entender la lógica jurídica subyacente cuando la pena se configura como sustitutiva. Para ello vamos a comenzar brevemente por uno de los extremos, el sistema del *Common Law*, para pasar a continuación por un término medio que representa el Derecho Uniforme y, terminando en el extremo contrario con nuestro Ordenamiento y la Propuesta.

⁶⁵ En este sentido, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1594, «la función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios, sin embargo, es la que parece predominar» en el PECL y el Marco Común de Referencia.

2.1 *Common Law*

En el sistema de *Common Law*, se distingue entre *liquidated damages* y *penalty damages*⁶⁶. Cada una de estas figuras, como su nombre ya sugiere, cumple una función distinta. Mientras que las primeras representan cláusulas de estimación anticipada de los daños y perjuicios, con función compensatoria (indemnizatoria), las segundas son consideradas penas privadas, con función, por tanto, punitiva. Esta distinción en su finalidad última resulta en la admisión de las cláusulas de *liquidated damages* como perfectamente válidas y legítimas, pero en la declaración de nulidad e ineficacia de las consideradas como *penalty damages* por ser contrarias al orden público.

En función de la intención de las partes, esencialmente, y de otros factores concurrentes en cada caso, como la proporción entre la cuantía pactada y los daños previsibles, el juez calificará la cláusula como *liquidated damages* o como *penalty damages* y aplicará las consecuencias que correspondan. Puesto que las cláusulas de *liquidated damages* tienen la función de pre-estimar los daños que han de pagarse en el supuesto en que se produzca el incumplimiento de la obligación, se rigen por el principio de compensación (indemnización)⁶⁷; de modo que la desproporción entre la cantidad anticipada y los daños efectivamente causados llevaría al juez a calificarla seguramente de cláusula de *penalty damages* y estimarla ineficaz. La lógica subyacente en esta opción normativa tiene, como explica la doctrina y la jurisprudencia, un origen histórico que limitaba la libertad de las partes para establecer las condiciones del contratos en lo relativo a los *remedial rights*⁶⁸. No obstante, esta rigurosidad en el tratamiento de las *penalty damages* se ha visto en cierta medida algo aliviada en épocas más recientes y la distinción tradicional entre *liquidated damages* y *penalty damages* se va diluyendo por efecto de una jurisprudencia algo más permisiva, sobre todo, en el ordenamiento estadounidense, que trataba de encontrar elementos en el sistema que permitieran salvar la razonabilidad de los *penalty damages* (previsibilidad de los daños,

⁶⁶ En el *Civil Code de Louisiana*, más próximo al sistema *Civil Law*, con anterioridad a la reforma, las *liquidated damages* se denominaban *Penal Clause* (art. 2117). Tras la reforma se sustituye por *Stipulated Damages* (art. 2005), en primer lugar, porque semánticamente resultaba de difícil comprensión. En segundo lugar, por los problemas de confusión que pudiera existir con las *Penalty Clauses*, dando a entender que Louisiana estaba permitido tal tipo de cláusulas. *Louisiana Civil Code*, 2012 edition, Vol. I, edited by A.N. YIANNPOULOS, West, 2012, pp. 457 y ss.

⁶⁷ § 356 «Restatement (Second) of Contracts. ICC», *Guide to Penalty and Liquidated Damages Clause*, Paris: ICC Publishing, 1990, p. 11.

⁶⁸ FARNSWORTH, Allan E., *Contracts*, 3rd Ed., New York: Aspen, p. 841.

dificultad de prueba, daños reputacionales), una doctrina que especialmente desde el análisis económico del derecho avalaba la eficiencia económica de las cláusulas penales en todo caso y finalmente una práctica contractual tendente a buscar vías directas o indirectas para salvar la prohibición (*deposit clauses, accelerated clauses, forfeiture clauses*)⁶⁹.

Tomando en cuenta estas consideraciones sobre el tratamiento de las cláusulas referidas en el *Common Law*, se entiende, por un lado, el alcance de la función moderadora del Juez y, por otro, la posibilidad o no de acumular los remedios.

Respecto a la primera cuestión, el Juez debe considerar si la *damage clause* representa una razonable (en el ordenamiento norteamericano) y/o genuina (tradicionalmente en el Derecho inglés) pre-estimación de las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento del contrato, ya que en caso contrario la función que pasa a cumplir esta cláusula es punitiva, que la hace ineficaz⁷⁰. El efecto que deriva de esta calificación es que la cláusula si es punitiva no se modera sino que se hace inaplicable y, por tanto, se pueden reclamar los daños efectivamente causados por el incumplimiento. Por el contrario, si la cláusula es una legítima estimación anticipada de los daños, la aplicación de la misma implica que el acreedor, en principio, no pueda pedir su modificación, al alza en este caso, ni reclamar el resto de los daños causados y no cubiertos por la suma pactada. No obstante, alguna jurisprudencia norteamericana ha permitido la reclamación de los daños que exceden de la suma convenida en la cláusula. Estas situaciones se tratan habitualmente como cláusulas válidas de limitación de la responsabilidad entre las partes que se aceptan generalmente. Pero la aplicación más reciente de la normativa sobre cláusulas abusivas (*unfair contract terms* o *unconscionable clauses*)⁷¹ ha incorporado en este panorama otros elementos de juicio que pueden llevar al juez a estimar irrazonable la limitación de responsabilidad pretendida por las partes.

En relación con la segunda cuestión apuntada, la posible acumulación de la indemnización y la acción de cumplimiento específico está muy conectada con las bases que conforman el sistema de remedios contractuales (*remedies*) en el *Common Law*, ya que su

⁶⁹ DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 42 y ss.

⁷⁰ MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance: Arts 7.4.1-7.4.13 - Damages», VOGENAUER, Stefan & KLEINHEISTERKAMP, Jan (Editors), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 919 y 920.

⁷¹ UCC 2-718.

principal finalidad es compensatoria no punitiva o disuasoria⁷², y de igual modo, resarcitoria no satisfactoria⁷³. Efectivamente, en el Derecho anglosajón existe una variedad de mecanismos de tutela legales a los que puede acudir el acreedor ante un incumplimiento contractual, denominados *remedies* (en adelante, remedios). Entre los remedios judiciales se encuentra, en lo que aquí interesa, la *specific performance*, que, en Derecho del *Common Law*, significa una orden decretada por el juez en virtud de la cual la parte incumplidora debe cumplir, de forma personal y en sus propios términos, lo que prometió cumplir⁷⁴. En definitiva, y *grosso modo*, lo que significa nuestra acción de cumplimiento.

Pero, a diferencia de nuestro ordenamiento, la concesión de este remedio por parte del juez no es usual y ello es debido a que el remedio por antonomasia en el *Common Law* ante el incumplimiento del contrato es la indemnización de daños y perjuicios (*remedies of damage*)⁷⁵; de modo que el juez declara el cumplimiento en forma específica (*specific performance*) en supuestos muy concretos y de

⁷² § 356 *Restatement (Second) of Contracts*.

⁷³ Para poder entender de forma breve esta prioridad de la tutela resarcitoria frente a la satisfactoria, vid FELIU REY, Jorge, *Los pactos parasociales en la sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 263 y ss.

⁷⁴ CARTWRIGHT, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007, p. 249. DOBBS, Dan B., *Dobbs Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, Vol. 3, 2nd edition, St. Paul, Minn: West Publishing co., 1993, pp. 189 y 190. JONES, Gareth & GOODHART, William, *Specific performance*, London, Edinburgh, Dublin: Butterworths, 1996, 2nd edition, p. 1. Conforme al comentario del §357 de los *Restatement (Second) of Contracts*, «an order of specific performance is intended to produce as nearly as is practicable the same effect that the performance due under a contract would have produced. It usually, therefore, orders a party to render the performance that he promised».

⁷⁵ Constancia de este tratamiento lo encontramos en los famosos textos de HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston: Little, Brown, 1881, p. 301, «the remedy is an exceptional one. The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the provisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from intereferente until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he choses». O en su archicitado texto, HOLMES, Oliver Wendell, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, núm. 8, Vol. X, March, 1897, p. 462, «nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, –and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference. (...) I have spoken only the common law, because there are some cases in which a logical justification can be found for speaking of civil liabilities as imposing duties in an intelligible sense. These are the relatively few in which equity will grant an injunction, and will enforce it by putting the defendant in prison or otherwise punishing him unless he complies with the order of the court. But I hardly think it advisable to shape general theory from the exceptions». MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006, p. 68.

forma ocasional⁷⁶. De ahí que, y con carácter general, el acreedor no puede solicitar el cumplimiento de la obligación, teniéndose que contentar con una compensación económica⁷⁷.

Partiendo de esta particular prelación de remedios en el *Common Law*, si el acreedor ya está resarcido ante el incumplimiento con el cumplimiento de la cláusula de *liquidated damages*, entonces no podría ejercitar la acción de cumplimiento específico, ya que ambas son incompatibles y alternativas.

2.2 Derecho uniforme

El Derecho uniforme, tanto de ámbito internacional como regional-europeo, y las propuestas en curso, por el contrario, sí admiten la posibilidad de acordar cláusulas penales con efecto coercitivo-punitivo y no sólo liquidatorio⁷⁸. Así se infiere, por ejemplo, de los PICC (art. 7.4.13), de los PECL (art. 9:509) y del DRAFT (III.-3:712), al establecer que si el deudor incumple y se pactó la entrega de una suma de dinero en tal caso, el acreedor recibirá el importe pactado con independencia del daño efectivamente causado (en términos de los PECL), del daño sufrido (PICC) o de los daños reales (en la terminología del DRAFT).

Por tanto, la regla general es que las partes pueden pactar estos tipos de cláusulas, y la cantidad acordada no tiene que tener correspondencia con el daño previsto de forma anticipada o el daño efectivo⁷⁹, es decir, puede ser superior o inferior. En este sentido «los tribunales deberán ignorar las pérdidas efectivamente sufridas por el perjudicado y deben resolver otorgando una indemnización que no será de importe superior ni inferior al dispuesto en el contrato»⁸⁰.

Ahora bien, si bien es cierto que esta es la regla general, estos textos y propuestas uniformes establecen un segundo apartado donde se reconoce la potestad de los tribunales para reducir las indemnizaciones claramente excesivas. De esta forma, aun habiendo un pacto en contrario, las cantidades que se acuerden podrán

⁷⁶ Sobre este aspecto, SMITH, Stephen A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 2005, 6th edition, p. 371. CARTWRIGHT, *Contract Law*, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁷ SMITH, *Atiyah's Introduction...*, *op. cit.*, pp. 377 y ss.

⁷⁸ Official Commentary PICC 2010. Cmt. 1 to art. 7.4.13.

⁷⁹ *Ibidem*, Cmt. 2 to art. 7.4.13. BONELL, Michael Joachim, *An international restatement of contract law*, New York: Transnational Publishers, 3th edition, 2005, p. 162. MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance...», *op. cit.*, p. 924.

⁸⁰ *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»)* Edición: Ole Lando y Hugh Beale, edición española a cargo de Barrés Benlloch, Pilar, Embid Irujo, José Miguel y Martínez Sanz, Fernando, Madrid: Consejo General del Notariado, 2003, p. 671.

reducirse hasta una cifra más razonable, si aquella resultara exagerada (PECL)⁸¹, notable (PICC)⁸² o manifiestamente (DRAFT)⁸³ excesiva, en proporción al daño ocasionado y en consideración a otras circunstancias concurrentes en el caso.

La finalidad de esta norma es clara, evitar posible abusos. Pero esta capacidad moderadora del órgano judicial no tiende a equiparar la cantidad pactada con los daños ocasionados, ya que de ser así estaríamos ante una mera cláusula indemnizatoria liquidatoria. El Tribunal debe respetar la función coercitiva-punitiva que las partes han querido lograr con el establecimiento de la pena⁸⁴.

Siguiendo a Mckendrick⁸⁵, de conformidad, en particular, con el artículo 7.4.13(2) PICC, un conjunto de requisitos ha de concurrir para que el tribunal pueda reducir la cantidad pactada en el contrato. Primero, se debe probar que la cantidad es notablemente excesiva, no basta con que sea superior al daño resultante del incumplimiento. Y es notablemente excesiva, si así resulta con claridad para cualquier persona razonable⁸⁶. Segundo, para determinar si la cantidad es notablemente excesiva se debe comparar con el daño efectivamente ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias concurrentes. Respecto al primero de los elementos de comparación, el daño ocasionado debe entenderse referido al realmente sufrido por efecto del incumplimiento. Esto es, el daño habrá de determinarse en el momento del incumplimiento y no referirse al momento de conclusión del contrato. Por tanto, no debe tomarse en consideración en este sentido si la parte incumplidora pudo o debió haber previsto razonablemente el daño en la conclusión del contrato. En lo que se refiere, sin embargo, a la comparación de la cantidad pactada con «otras circunstancias», no hay en el comentario oficial una explicación más extensa. Por ello, en opinión de Mckendrick, podría entenderse como una referencia la consideración por parte del órgano judicial de elementos concu-

⁸¹ Artículo 9:509 (2) *Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable si, en proporción al daño provocado por el incumplimiento y en función de las demás circunstancias, su importe resultara exagerado.*

⁸² Artículo 7.4.13(2) *No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.*

⁸³ Artículo III-3:712 (2) *Sin embargo, a pesar de cualquier previsión en el contrato en sentido contrario, la suma estipulada en el contrato o en otro acto judicial, puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea manifiestamente excesiva en relación con los años resultantes del incumplimiento y otras circunstancias.*

⁸⁴ *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II, op. cit., p. 672.*

⁸⁵ MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance...», *op. cit.*, pp. 925 y 926.

⁸⁶ Official Commentary PICC 2010. Cmt. 3 to art. 7.4.13 *It is moreover necessary that the amount agreed be «grossly excessive», i.e. that it would clearly appear to be so to any reasonable person.*

rrentes en la transacción como el poder de negociación de las partes y la adecuada asesoría jurídica recibida en el proceso contractual. Naturalmente, cuanto mayor sea el equilibrio entre las partes, más reticente será el tribunal a considerar la suma excesiva. Tercero, aun considerando el Tribunal que la suma es notoriamente excesiva, su reducción es una facultad discrecional y, por tanto, aunque sea una consecuencia frecuente, el órgano judicial no está obligado a ordenar en todo caso la reducción de la cantidad pactada. El tenor literal del artículo así lo indica al emplearse el verbo «podrá» en vez de «deberá». Diríamos así que si el tribunal no la reduce es que nos encontramos ante una suma excesiva, pero no notoriamente excesiva. Cuarto, decidida por el Tribunal la reducción de la cantidad pactada, ésta habrá de ajustarse a una suma razonable. No hay definición de qué es una suma razonable pero parece poco probable que la suma razonable pueda ser inferior al daño efectivamente causado y también que se haga necesariamente coincidir con este, pues los textos se refieren a reducir pero no a inaplicar la condición contractual. El margen de discrecionalidad del órgano judicial es, por tanto, amplio para moderar la suma a una cantidad razonable, previsiblemente superior, no obstante, a los daños efectivamente causados. Por último, se limita la libertad de las partes para excluir la jurisdicción del Tribunal para proceder a la moderación de la pena.

La capacidad moderadora del órgano judicial y los requisitos para su ejercicio, que hemos repasado brevemente, se plantean en un contexto transaccional en el que la suma acordada es superior a los daños efectivamente causados por el incumplimiento. Por ello, es interesante plantear aquí la situación contraria en la que la suma pactada por las partes sea, sin embargo, notablemente inferior al daño causado. La previsión de los textos analizados se refiere únicamente a la facultad del tribunal para reducir la suma especificada por las partes, pero no se hace mención a la posibilidad de incrementar la misma cuando sea irrisoria o desproporcionada atendiendo al daño causado por el incumplimiento y a las demás circunstancias concurrentes.

La previsión contractual de una suma apreciablemente inferior a los daños reales debe tratarse desde la perspectiva de las cláusulas de limitación de la responsabilidad en las que se limita el *quantum* de la indemnización. Por ello, para poder ajustar esa cantidad, como sugeríamos, se debe tomar la vía que marcan los artículos 7.1.6 PICC (cláusulas de exoneración), 8:109 PECL (cláusulas de exclusión o limitación de los medios de tutela) y III.- 3:105 (Cláusulas excluyendo o limitando remedios). En virtud de estas

disposiciones, las cláusulas que limiten o excluyan los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento son válidas y eficaces en la medida en que su invocación no sea manifiestamente desleal en atención a la finalidad del contrato (PICC) o contraria a la buena fe (PECL y DRAFT).

2.3 Nuestro Ordenamiento

2.3.1 RÉGIMEN VIGENTE

En nuestro Derecho, se parte de la regla general de que la cláusula penal sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento (art. 1552.I) de la obligación que garantiza, no pudiendo exigirse conjuntamente la pena más la indemnización que corresponda, ni el cumplimiento de la obligación garantizada y la satisfacción de la pena (art. 1154 y 56 CCo), como tampoco eximirse el deudor de cumplir la obligación pagando la pena.

La razón de ser de esta específica regulación está relacionada con la función liquidatoria de la pena o, en la terminología de la Propuesta de la «indemnización convenida». Es decir, si la cláusula cumple una función valorativa, liquidatoria o sustitutoria, estableciendo de antemano el *quantum* indemnizatorio en el supuesto de un futuro incumplimiento, la misma estará haciendo referencia, en principio, al *id quod interest*⁸⁷. En este sentido debemos reiterar que la pena hace referencia única y exclusivamente, por su especificidad, a la obligación que garantiza no al resto de las obligaciones que conforman el contrato, por lo que respecto de estas otras el «acreedor conserva sus pretensiones indemnizatorias conforme a las reglas generales»⁸⁸.

Recordemos que el remedio de cumplimiento en forma específica tiene como finalidad la de obtener del deudor la prestación incumplida del mismo modo que debió y no fue llevada a cabo. Obtenido el título ejecutivo donde se condene al deudor al cumplimiento de la obligación, y haciendo éste caso omiso del mismo, se establecen en nuestro ordenamiento jurídico una medidas ejecuti-

⁸⁷ En este sentido, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1582, afirma que «la doctrina canonista sólo admitió la validez de las penas convencionales que estipularan una valoración anticipada de los daños derivados incumplimiento y cuyo importe no superara el doble del *id quod interest*». En Alemania esta limitación permaneció hasta el siglo XIX, FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal», *op. cit.*, p. 103.

⁸⁸ ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1597.

vas tendentes al cumplimiento específico de lo establecido en el título en aras de obtener la satisfacción del acreedor-ejecutante.

Pero puede ocurrir que el cumplimiento *in natura* no se pueda obtener, por devenir la prestación imposible (imputable al deudor), sustituyendo el cumplimiento o la ejecución en forma específica por su equivalente pecuniario (el valor de la prestación). Este equivalente pecuniario es lo que se ha denominado por la dogmática jurídica *aestimatio rei* (aunque a veces también se recurre al término *id quod interest*⁸⁹).

El problema que se plantea, y que no es baladí, es el de determinar si este «equivalente pecuniario» es autónomo e independiente de la indemnización de daños y perjuicios o si es una pieza integrante de la misma. En palabras de Llamas Pombo⁹⁰, las posturas se agrupan en dos claras posiciones. De un lado, la de aquellos que defienden la tesis de la «autonomía del cumplimiento por equivalente» consistente en que el valor de la prestación (equivalente pecuniario) es algo previo e independiente de la indemnización. De otro lado, la de aquellos otros que defienden la tesis del «concepto integral de indemnización», en virtud de la cual el equivalente pecuniario forma parte, como un componente más, de la indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de que la no prestación constituye un daño en sí misma.

Aunque no queramos adentrarnos en esta disputa, por existir obras que lo tratan en profundidad⁹¹, sí nos queremos detener en la postura de los defensores de la tesis del «concepto integral de indemnización». Los mismos parten de que la responsabilidad contractual es únicamente indemnizatoria⁹², no cumpliendo ni una

⁸⁹ Dependiendo de la postura doctrinal, se diferencia, se engloba o se confunde este concepto con el de *aestimatio rei*. Para los primeros, sólo designa el resarcimiento de daños y perjuicios; para los segundos, engloba la indemnización y el valor de la prestación; para los terceros designa el cumplimiento por equivalente. Sobre este tema, entre otros, LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*, p. 64. En relación con la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria, vid. la excelente obra del profesor MORALES, *La modernización...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 19 y ss.

⁹¹ Sobre esta materia, las distintas argumentaciones y sus antecedentes históricos, vid LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*

⁹² Como manifiesta PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fascículo III, julio-septiembre, 1991, pp. 1020 y 1021, «la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevinida de la prestación, una función de «reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado» (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquella al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria –a la que la lógica (¿y el art. 1.156. III CC?) exige considerar extinguida–, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de

función preventiva ni resarcitoria, ni teniendo una función de reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado⁹³.

A diferencia de la anterior postura, al devenir imposible el cumplimiento de la prestación originaria en forma específica, ésta no se transforma en un cumplimiento por equivalente, sino que aquélla se extingue, y surge la obligación de resarcir *in natura* los daños causados al acreedor. De ahí que la *aestimatio rei* forme parte de la indemnización, del *id quod interest*⁹⁴. Al dotarle de naturaleza indemnizatoria, ya no se ejercita el mismo a través de un remedio de cumplimiento, sino a través, como denomina Pantaleón, de un remedio de responsabilidad contractual (categoría incluida dentro de los remedios indemnizatorios)⁹⁵, el cual queda «condicionado a que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor».

Efectivamente, el acreedor, mientras que la prestación originaria pueda cumplirse, podrá ejercitar frente al deudor la correspondiente pretensión de cumplimiento. El supuesto de hecho de esta pretensión es el incumplimiento y la posibilidad de que pueda cumplirse, independientemente de que cause o no daño al deudor, y que le pueda ser imputado. Pero si ésta deviene imposible, el supuesto de hecho cambia, ya que habrá que comprobar si es por causa imputable o no al deudor. El deudor queda liberado de la prestación cuando la misma deviene imposible por caso fortuito o fuerza mayor, extinguiéndose la obligación. Pero cuando tal imposibilidad es imputable al deudor, surge la responsabilidad contractual, no quedando el mismo liberado. Como se puede apreciar, se produce una identidad en el supuesto de hecho, quedando englobado el resarcimiento *in natura* dentro del supuesto de hecho del remedio de responsabilidad contractual, siendo éste el remedio ejercitable al haber devenido imposible la prestación principal.

Independientemente de la postura que adoptemos, a efectos de la cláusula penal, la indemnización que se contempla se correspon-

la responsabilidad contractual». VERDERA, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995, pp. 66 y ss.

⁹³ LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

⁹⁴ Conforme con DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, pp. 780 y 781, «no hay, por consiguiente, más que indemnización, y no se puede separar el régimen de la llamada *aestimatio rei* del de los restantes daños».

⁹⁵ Los medios de tutela de los que a juicio de PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre, 1993, *op. cit.*, pp. 1727 y 1728, ha de disponer el acreedor pueden clasificarse en: a) Pretensión de cumplimiento, incluyéndose la reparación de los vicios o defectos o la sustitución del objeto, y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; b) Remedios sinalagmáticos: resolución del contrato, reducción de precio y *exceptio inadimpleti contractus*, pudiéndose añadir la resolución anticipada del contrato y la que denomina excepción de riesgo de incumplimiento; c) Remedios indemnizatorios, diferenciando la responsabilidad contractual y la indemnización de los gastos del contrato; d) Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenido por el deudor a costa del acreedor.

dería con el *id quod interest*, bien en un concepto autónomo o bien en un concepto integral (englobando el equivalente pecuniario de la prestación junto con la indemnización). Por ese motivo, la posibilidad de exigir conjuntamente la acción de cumplimiento de la obligación garantizada con la pena (en el sentido que le estamos dando, el indemnizatorio) se convertiría en una incongruencia, ya que se estaría pidiendo doblemente el cumplimiento de la prestación objeto de la cláusula penal, una en forma específica otra en su equivalente pecuniario, o ante un imposibilidad de cumplimiento, doblemente el equivalente pecuniario.

De ahí que, si se pudiera ejercitar la acción de cumplimiento y la exigencia de la pena, esta misma no estaría cumpliendo una función liquidatoria sino punitiva. Efectivamente, la exigencia de una pena en este sentido (diferente a la indemnizatoria) tiene como finalidad *ex ante*, coercitiva, *ex post*, punitiva, y puede consistir en cualquier tipo de prestación, no solo dineraria. De esta forma, se puede solicitar el cumplimiento de la obligación principal y el cumplimiento en forma específica de la prestación en la que consiste la pena.

Esta argumentación hace comprensible la regulación del artículo 1149 de la Propuesta, recogiendo lo afirmado por la doctrina y la jurisprudencia, que en los supuestos de pena moratoria se puedan ejercitar conjuntamente la acción de cumplimiento específico y la solicitud de la pena, ya que en este supuesto la indemnización o la pena no sustituye la prestación, sino que está pensada para indemnizar o penar el retraso en el cumplimiento⁹⁶. De igual modo, para el supuesto de que el cumplimiento en forma específica resulte imposible, se podría exigir de forma subsidiaria la indemnización de los daños y la pena convencional, ya que la primera se correspondería con el equivalente pecuniario (con la particularidad ya vista del art. 56 CCo).

Siendo esta la regla general, qué ocurre con la particular. Esta última, hace referencia a la posibilidad de que las partes pacten la posibilidad de acumular. Es decir, por un lado, que la pena no sea sustitutoria a la indemnización de daños y al abono de intereses (art. 1152 CC); por otro lado, la exigencia conjunta del cumplimiento y la pena (art. 1153 *in fine*)⁹⁷. Conforme a ella, se apuntala el argumento desarrollado anteriormente. De esta modo, en el primer supuesto, que no sea sustitutiva a la indemnización de daños y

⁹⁶ A este respecto, MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, p. 8, manifiesta sus reservas a esta redacción, «aclaración poco acertada, porque permite conjeturar que la mencionada acción no es compatible con la reclamación de penas que cubran partidas indemnizatorias distintas a la mora, y que serían igualmente exigibles a causa del incumplimiento».

⁹⁷ Sobre las diversas teorías *vid.* el apartado relacionado con la pena acumulativa.

al abono de intereses, las partes, pactan la indemnización como pena y además se añade la posibilidad de exigir los daños y perjuicios ocasionados y probados. Por ese motivo, la pena que no sustituye no tiene relación con el *id quod interest*, es un «castigo» al deudor incumplidor. De igual manera ocurre con la acumulación del remedio contractual de cumplimiento en forma específica. Al poder exigirse ambos, la pena ya no estaría relacionada con aquel, teniendo ésta una función no liquidativa. En caso contrario se estaría solicitando doblemente el *id quod interest*.

2.3.2 LA PROPUESTA PARA LA MODERNIZACIÓN

Esta argumentación que distingue entre indemnización y pena, y su relación con la posibilidad de acumular resulta más clara en la Propuesta. Así, en el primer artículo del capítulo IV «De las cláusulas penales», el 1146, establece que *la prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos (...)*, apuntando que *salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal*.

Como se puede apreciar en este artículo de la Propuesta y del resto de la regulación que propone, se distingue dentro del concepto de cláusula penal entre «indemnización pactada» o «indemnización convenida» y «pena convencional»⁹⁸. De este modo, se lleva a cabo una diferenciación con distintas consecuencias, ya que se está separando la pena con función liquidatoria o sustitutoria (indemnizatoria), que sería la genérica, de aquella otra, que debe estar expresamente pactada, con función puramente punitiva (la penal).

Entre esas consecuencias se encuentra, por un lado los requisitos de exigibilidad, y por otro, la posibilidad o no de acumular la

⁹⁸ Me uno a la consideración de ARANA, «Algunas precisiones...», *op. cit.*, p. 8, en virtud de la cual, «pese a lo que a primera vista pudiera parecer, entiendo que esta dualidad no constituye una repetición superflua de expresiones equivalentes. (...) En suma, dentro del concepto general de cláusula penal, la Propuesta diseña dos especies y establece ciertas diferencias en sus respectivas regulaciones». Esta diferenciación es criticada por el profesor MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, pp. 6, 7 y 9, manifestando al respecto, «queda patente una diferenciación artificial en nuestro Derecho entre *indemnización previamente convenida* y *pena convencional*, que arranca del *common law* y que se repetirá en las disposiciones posteriores, si bien su régimen jurídico se bifurca solamente aquí: los títulos de imputación que hacen exigible la *indemnización previamente convenida* difieren de lo que hacen exigible la *pena convencional* (...). En ambos párrafos, el artículo 1149 de la Propuesta reitera una diferenciación terminológica extraña en nuestro Derecho como es distinguir entre *pena convencional* e *indemnización convenida*, o *indemnización pactada*, sin ningún motivo aparente, puesto que el término jurídico al uso en Derecho español es *cláusula penal*, con independencia de que no haya agravación de la responsabilidad por incumplimiento del deudor».

pretensión de cumplimiento en forma específica con la reclamación de la pena.

Respecto a la primera de ellas, cuando es una indemnización convenida, el artículo 1148 de la Propuesta, requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor, con arreglo a criterios objetivos. Mientras que si nos encontramos ante un supuesto de «pena convenida», para exigir la misma se requiere la culpa del deudor.

En relación con la segunda de las consecuencias, la posibilidad de acumular o no la pretensión de cumplimiento en forma específica con la reclamación de la pena, se produce una desviación de lo establecido en la legislación vigente. Como hemos hecho mención reiteradamente, el artículo 1153 del Código Civil permite la acumulación de la cláusula penal y la acción de cumplimiento en forma específica. Pero la Propuesta en una primera lectura, en su artículo 1149, no contempla tal supuesto. Permitiría, conforme a esa primera lectura, únicamente la acumulación en los supuestos en que los daños y la pena convencional se hubieran estipulado para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible. Esta es la dirección propuesta por la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, donde en su artículo 2 prohíbe la acumulación, excepto en el supuesto en que se hubiera acordado para un retraso en la ejecución. Aunque debemos manifestar, que el artículo 6.2 de las Normas Uniformes⁹⁹ establece que *si la suma convenida no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por la falta de cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida*.

Esta sería la interpretación conforme a una primera lectura y la que mantienen algunos autores¹⁰⁰. Desde nuestro punto de vista, y para dotarle del sentido lógico que estamos exponiendo en este apartado, entendemos que se podría acumular conforme al razonamiento anteriormente expuesto. Si la indemnización pactada equivale al *id quod interest*, entonces resulta lógico que no se pueda acumular. Por el contrario, cuando nos encontramos con un supuesto de pena pactada, al no tener una función liquidatoria, se podría acumular, ya que no habría incompatibilidad entre ambas pretensiones, la de cumplimiento y la de la pena.

De igual modo, si continuamos con el tenor literal del artículo 1149, el mismo establece que *el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la*

⁹⁹ Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento (A/38/17, anexo I) (A/CN.9/243, anexo I).

¹⁰⁰ De este modo, ARANA, «Algunas precisiones...», *op. cit.*, pp. 8 y 9.

indemnización convenida de los daños y la pena convencional... Conforme a esta redacción, y desde nuestro punto de vista, lo que impide, o debería impedir el artículo, es acumular la pretensión de cumplimiento + indemnización convenida + pena convencional. En este supuesto sí se estaría produciendo una incompatibilidad entre acción de cumplimiento e indemnización convenida de daños. Por tanto, o se exige la indemnización de daños y la pena convencional, o se opta por la acción de cumplimiento y la pena convencional.

Ahora bien, el problema radica es saber qué ocurre si la indemnización pactada no corresponde, bien por ser más baja, bien por ser mucho más alta, con la pretensión incumplida. Se plantearía entonces la cuestión de la posible moderación judicial.

3. MODERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA PENA

Uno de los aspectos más discutidos en relación con el régimen de la cláusula penal está en relación con la posible moderación de la pena por parte del juez. Creemos que este aspecto es muy trascendente para valorar la función que debe cumplir la pena en cada supuesto concreto. Para ello vamos a analizar la regulación actual, para comprender la llevada a cabo en la Propuesta, pudiendo así finalizar con nuestra opinión.

3.1 Regulación actual

Conforme a la legislación vigente, el artículo 1154 del Código Civil establece que «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Esta norma, de naturaleza imperativa¹⁰¹, tiene su fundamento en la equidad que tiende a la proporcionalidad de las prestaciones, no tanto por la excesividad de la pena, sino porque la misma está estipulada en relación con un determinado incumplimiento total¹⁰². Así lo tiene establecido la jurisprudencia

¹⁰¹ Sobre el carácter imperativo y siguiendo a JORDANO FRAGA, Francisco, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Madrid: Civitas, 1992, p. 194, «el control judicial ex artículo 1154 CC, no puede ser válidamente excluido por las partes del contrato a que se opone la penalización convencional (...). Debe considerarse, por tanto, nulo, como no puesto (nulidad parcial de éste, no del entero contrato), el pacto entre el comprador y vendedor por el que se excluye, en el ámbito del su contrato, la aplicación del artículo 1.154 CC, y lo mismo vale para una renuncia del comprador que tenga tal contenido».

¹⁰² CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 160. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 468.

del Tribunal Supremo: «el artículo 1154 del Código Civil prevé la moderación con carácter imperativo (SSTS de 6 octubre de 1976, 20 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7592], 2 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8364] y 9 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8139]) para el caso de cumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (SSTS de 28 de junio 1995 y 30 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1719]), o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (STS de 29 noviembre 1997 [RJ 1997, 8441]», (STS de 7 de febrero de 2002 y, en el mismo sentido, entre otras, STS de 21 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10269])¹⁰³.

Es decir, si la pena estipulada corresponde a un incumplimiento total, no sería equitativo que se condenase al deudor a la satisfacción íntegra de la pena cuando el incumplimiento llevado a cabo por el mismo sea parcial, debiendo el juez proceder a adecuar la pena al cumplimiento realizado. Cuestión distinta es que, conforme al criterio jurisprudencial, la cláusula penal esté establecida para un caso de incumplimiento parcial, un cumplimiento defectuoso o irregular; en tal supuesto no cabría la moderación, ya que «aplicar aquella facultad [moderadora] cuando la cláusula está prevista para un determinado incumplimiento parcial, sería ir contra el principio de autonomía de la voluntad, que proclama el artículo 1255 del Código Civil y el principio de *lex contractus* del artículo 1091 del mismo Código: ambos consagran el principio básico del derecho de obligaciones, *pacta sunt servanda*, que no pueden ser sustituidos por el órgano jurisdiccional»¹⁰⁴. Pero esto no es óbice para que el juez pueda revisar la pena a través de otros cauces distintos al artículo 1154 del Código Civil¹⁰⁵.

Respecto a la aplicación de la moderación de la pena, y según el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil, será *ex officio* por

¹⁰³ STS de 31 de marzo de 2010 [RJ 2010/123425]. Aunque existe algún fallo que admite la moderación «no sólo en los supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos». SSTS de 5 de noviembre de 1956 [R. Ar. 3805]; 1 de octubre de 1990 [RJ 1990/7460]; y 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998/9701].

¹⁰⁴ Entre otras, STS de 10 de mayo de 2001 [RJ 2001/6191]: «Cuando la cláusula penal está prevista específicamente para un determinado incumplimiento parcial (o cumplimiento irregular o defectuoso, que es lo mismo) no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial».

¹⁰⁵ A este respecto, QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 2126 y ss. Sin embargo, el profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 468, manifiesta que «(...) ningún precepto del Código ni de Ley alguna determinan o imponen una aplicación de oficio. Perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio. A la misma conclusión se puede llegar a partir del artículo 24 de la Constitución, que impide una tutela judicial no solicitada».

los órganos jurisdiccionales, no siendo necesario su invocación por la parte interesada. Serán los Tribunales de Instancia los que procederán del tal modo. El Tribunal Supremo no podrá proceder a su revisión en casación, a no ser que tal moderación no haya sido aplicada por el Juez de primera instancia cuando debió hacerlo o, al revés, aplicándolo cuando no debía hacerlo, en contravención así en ambos sentidos de una disposición imperativa¹⁰⁶. Esta regla, contenida en el artículo 1154 del Código Civil, es aplicable tanto a los contratos civiles como a los mercantiles con cláusula penal¹⁰⁷.

A pesar de la redacción del Código Civil y el criterio jurisprudencial y doctrinal mayoritario, algunos autores son partidarios de aplicar esta moderación también para el supuesto de incumplimiento total, a partir de una interpretación finalista y no literal del artículo 1154 del Código Civil, es decir, «corregir-reducir todas las cláusulas penales que sean abusivas o desproporcionadas para el deudor incumplidor»¹⁰⁸. Conforme a este criterio, es indiferente si el incumplimiento es total o parcial, lo importante es la desproporción o el abuso en la aplicación de cláusula. No niegan que la pena sea superior a la indemnización que le correspondería por el incumplimiento, lo cual es lícito, pero eso no quiere decir que se deban amparar situaciones abusivas.

3.2 Regulación en la propuesta y crítica

Esta última, la moderación por razones de equidad, es la tendencia que adopta la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, equiparándose esta opción con la de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹⁰⁹, al establecer que «el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones con-

¹⁰⁶ CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 161. JORDANO, *La resolución por incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 195 y ss. De igual manera, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1615, «salvo interpretaciones irracionales, ilógicas, absurdas o carentes de toda base (SSTS de 28 de septiembre y 12 de diciembre de 2006) o cuando no concurren los requisitos legales exigidos, como declara la STS de 10 de marzo de 2009».

¹⁰⁷ En este sentido, GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

¹⁰⁸ JORDANO, *La resolución por incumplimiento...*, *op. cit.* En este mismo sentido, para RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 582 y ss., «es la desproporción el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena».

¹⁰⁹ ARANA, «Algunas precisiones...», *op. cit.*, pp. 9 y ss. MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, p. 9. En textos internacionales, artículo 9:509 (2) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos; artículo 7.4.13 Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales; artículo 7.1 de la Resolución (78) 3 adoptada por el Comité de Ministros el 20 de enero de 1978, durante la 281 reunión de los Delegados de los Ministros, relativa a la «Cláusulas Penales en Derecho Civil».

venidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido»¹¹⁰.

Aunque esta regulación por razones de equidad se acerca a la seguida en los países de nuestro entorno y a la de los instrumentos uniformes de ámbito internacional o comunitario, en relación con estos últimos no es idéntica¹¹¹, ya que éstos se inclinan por un criterio más amplio al incluir, además del daño provocado u ocasionado, la consideración de otras circunstancias.

Este cambio de orientación, desde nuestro punto de vista, coincidente con parte de la doctrina, no es del todo acertado. Y ello por varios motivos.

El primero, porque se debe distinguir a efectos de moderación, conforme a lo expuesto hasta ahora, en relación con la Propuesta, entre *indemnización convencional* y *pena pactada*. Si la primera tiene relación con el incumplimiento de la prestación en los términos descritos en el anterior apartado, podemos entender que la misma debe corresponderse en cierta medida con aquella¹¹². Esto se induce de la literalidad del artículo 1150 de la Propuesta *-notoriamente desproporcionadas-*, admitiéndose acertadamente como hace el Código Civil Francés¹¹³, la moderación bien porque es excesiva, bien porque es irrisoria en relación con un único criterio de referencia: *el daño efectivamente sufrido*. Este único criterio de referencia no nos parece del todo acertado, ya que se deberían incluir, siguiendo el Derecho uniforme: *otras circunstancias*. De esta forma el Juez puede tener en cuenta otros criterios valorativos, no únicamente el daño efectivamente producido, alcanzando así un juicio valorativo más preciso.

Del mismo modo, y en relación con esto último, la posibilidad de moderación del juez de la indemnización convencional nos lleva a plantearnos el problema de la prueba del daño y la consideración

¹¹⁰ Sobre este aspecto, MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, pp. 9 y ss., que aclara que, según su opinión, la omisión al incumplimiento parcial no es deliberada. «y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual.» En este sentido, el artículo 9:509 (2) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos: «Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

¹¹¹ En este sentido MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, p. 10.

¹¹² Es interesante a este respecto lo recogido por DÍEZ-PICAZO, Luis, «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, Madrid, 2006, pp. 396, en relación con los principios que reglan la materia de la cláusula Penal según POTHIER, así «la pena estipulada para el caso de inexecución de la obligación puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva. Esta regla procedía de una opinión de DUMOULIN en su Tratado *De eo quod interest*, fundándola en la idea de que la naturaleza de la pena es suplir los daños y perjuicios (...)». POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires: Atalaya, 1947, pp. 212 y ss.

¹¹³ ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, pp. 1586 y 1631.

de esta cláusula más que como una cláusula penal como una cláusula de liquidación anticipada del daño. Efectivamente, si la cláusula no es más que una pre-estimación del daño, careciendo del efecto coercitivo-punitivo, ajustándose en cierta medida a la realidad de aquel (por ser la cantidad igual a la pérdida real)¹¹⁴, podríamos entrar entonces en la discusión doctrinal de si estamos ante una cláusula penal o ante una cláusula preventiva del daño¹¹⁵, no estando esta última sujeta a la moderación judicial¹¹⁶.

Por otro lado, si nos encontramos con una *pena pactada*, coincidimos con los argumentos críticos que expone una parte de la doctrina¹¹⁷ en relación con la posibilidad de moderación judicial. En este sentido, si la pena, tal y como nos permite nuestro Ordenamiento a diferencia de otros, puede ser punitiva, cumpliendo una función coercitiva no liquidatoria, nos parece que una posible moderación basada en el *daño efectivamente sufrido* desvirtúa la función de esta figura jurídica, ya que la posibilidad de moderar la

¹¹⁴ En este sentido, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*, *op. cit.*, p. 672, donde se aclara que la potestad moderadora del juez «deberá respetar la intención de las partes de disuadir de los impagos o del incumplimiento y, en consecuencia, el fallo no debería reducirse al importe de las pérdidas efectivas. El tribunal ha de fijar una cifra intermedia».

¹¹⁵ Sobre esta distinción, DÍEZ-PICAZO, «Cláusula penal y resolución de contrato», *op. cit.*, pp. 399 y ss. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 537 y ss. ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1597.

¹¹⁶ DÍEZ-PICAZO, «Cláusula penal y resolución de contrato», *op. cit.*, pp. 400 y ss.

¹¹⁷ Según MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, pp. 10 y ss., «(...) la moderación de la pena por razones de equidad no encaja en nuestro ordenamiento, pues choca con la rigidez extrema en la revisión de los contratos por cambios de circunstancias. Por ello, permitir la moderación de la pena por razones de equidad distorsiona el principio de *pacta sunt servanda* (1258 CC) al debilitarlo única y exclusivamente cuando se trata de una cláusula penal. (...) La entrada en vigor del artículo 1150 de la Propuesta supondría extender a personas distintas de los consumidores y usuarios una protección que, para colmo, sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias». Por otro lado manifiesta la profesora ARANA, «Algunas precisiones...», *op. cit.*, pp. 10 y ss.: «en definitiva, no tengo clara la conveniencia de modificar en este sentido el vigente artículo 1154 del Código Civil. Ahora bien, todo ello no impide reconocer la existencia de razones de peso favorables a la regla contenida en el artículo 1150 de la Propuesta». En este trabajo, la citada profesora recoge la opinión del profesor MARÍN GARCÍA al respecto, el cual manifiesta que «la regla de la inmutabilidad de la pena (art. 1154 CC) es preferible a la moderación judicial de la pena por razones de equidad (art. 1150 de la Propuesta), puesto que las cláusulas penales persiguen finalidades económicas legítimas que con frecuencia pasan desapercibidas a los jueces. El Derecho español y el resto de los ordenamientos comunitarios disponen de mecanismos alternativos a la revisión judicial de la pena para la protección de aquellos intereses dignos de protección, entre otros, el de los consumidores y la defensa de la libre competencia. Por ello, la moderación judicial de la pena por razones de equidad sería innecesaria y, además, distorsionaría la contratación entre privados por sus efectos sobre la litigación y la formación del contrato, sin mencionar la pérdida de las ganancias de eficiencia asociadas a este remedio». En relación con esto, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Disposición Adicional Primera. 6.3.», en MÉNENDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DÍEZ-PICAZO, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 1020 y ss.

pena solo tiene sentido cuando se trata de lo que la Propuesta denomina «indemnización convencional». Del mismo modo, si se admite la acumulación de la indemnización convencional y la pena, en muchos supuestos, la cuantía resultante podría ser excesiva. Si lo que se pretende es proteger a determinados sujetos ante los excesos de otros, ya existen normas específicas que cumplen tal cometido, no creemos que la regulación de la cláusula penal deba ser el lugar que se emplee para tal reequilibrio de posiciones¹¹⁸.

Igualmente, si la pena es configurada precisamente para «coaccionar» el cumplimiento del hipotético incumplidor, resultándole más ventajoso cumplir que incumplir, y la misma debe ser moderada conforme a la Propuesta bajo el grado *manifiestamente excesiva* teniendo como punto de referencia únicamente el *daño efectivamente sufrido*, nos preguntamos qué pasaría cuando el incumplimiento de la obligación que garantiza sea difícil de probar, pero, sobre todo, de cuantificar. En este supuesto, la pena siempre sería manifiestamente excesiva, debiendo el juez entrar a moderar y por consiguiente, beneficiando al incumplidor, disminuyendo, por no decir anulando, la función coercitiva. Además, de este modo, se está limitando la autonomía de la voluntad de las partes que quieren dotar a la cláusula de función puramente penal. No encontramos, en estos casos, justificable recurrir a la moderación judicial, cuando otras normas ya garantizarían el posible desequilibrio entre las partes.

Ejemplo de ello lo encontramos en determinados contratos, como por ejemplo en los pactos parasociales o en los contratos de software, donde este tipo de cláusulas juega un papel fundamental. ¿Cómo se valoran los daños derivados de un cambio de política en la gestión de la compañía, resultante del incumplimiento de un pacto parasocial? Desde mi punto de vista, en línea con la opinión de algunos autores, resulta bastante improbable la posibilidad de acreditarlos y cuantificarlos¹¹⁹ satisfactoriamente. Por tanto, qué criterios seguirá el Juez para moderar la pena.

¹¹⁸ Aunque se podría adoptar el criterio alemán, donde se impide la moderación judicial para el supuesto de que un comerciante se obligue a pagarla con ocasión de su actividad mercantil (§ 348 HGB).

¹¹⁹ Así, PÉREZ MORIONES, *Los sindicatos de voto...*, op. cit., pp. 436 a 438. PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uriá y Menéndez*, 2003, núm. 5, pp. 21 y 22, quien afirma que «una vez producido el incumplimiento de la obligación asumida por parte del sindicato, el resto de los cosindicados goza, en principio, de la posibilidad de exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del primero. No obstante, existen ciertos obstáculos de carácter práctico que impiden una admisión sin condiciones de esta solución, dadas las graves dificultades que se pueden llegar a suscitar tanto en el momento de la prueba de la existencia de tal perjuicio, como en el momento de la determinación de la cuantía a satisfacer por parte del sindicado que ha violado el acuerdo, puesto que resulta sumamente complejo valorar el daño derivado de la adopción de un determinado acuerdo con el voto favorable y determi-

Otro de los motivos en conexión con el anterior es que al poder moderarse la pena, la inmediatez y eficacia en la exigibilidad de la misma también puede ser mermada. La posibilidad de que en un juicio se pueda a entrar a debatir sobre el carácter o no excesivo de la pena provocaría problemas en relación con el binomio discrecionalidad-litigiosidad, con la celeridad, la inseguridad jurídica, etc. Efectivamente, si con la actual regulación, el acreedor está liberado de probar los daños, conoce de antemano la suma a percibir y le permite agilizar el cobro de esta¹²⁰, con la posibilidad de moderación, estas tres características quedarían limitadas.

Para terminar, y como cuestión práctica, si se admite la posibilidad de configurar la pena como no pecuniaria, cómo va a poder el juez llevar a cabo la moderación¹²¹. Deberá valorar tanto el daño efectivamente sufrido, como la prestación no pecuniaria establecida como pena. Cuestión distinta, que nos gustaría advertir, es que, si la pena consiste en una prestación no pecuniaria, nos podemos encontrar con el problema del cumplimiento de la misma en forma específica, por los límites propios en la satisfacción de ese remedio, añadiéndose además las orientaciones del Derecho Uniforme, tanto internacional como comunitario¹²².

IV. EFECTIVIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL: SU CONFIGURACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO

A efectos prácticos, y en conexión con el anterior apartado, la cláusula penal, por sí sola, no es un mecanismo jurídico suficiente para la satisfacción del interés del acreedor; como tampoco lo es para obtener un efecto coercitivo y disuasorio del incumplimiento, ya que el acreedor lo que desea es que, ante un incumplimiento del deudor, la pena se haga efectiva de forma inmediata, al igual que

nante de algún miembro del sindicato que se había comprometido a abstenerse en la votación o de la imposibilidad de haber tomado un determinado acuerdo de especial trascendencia para la vida societaria, ocasionado por el incumplimiento por parte de un miembro de aquél de la obligación de ejercitar el voto atendiendo a la orientación establecida en el sindicato». De igual modo, ERLAIZ COTELO, Íñigo, «Las etapas de inversión y su regulación contractual en los distintos tipos de operaciones (*buy-outs* y capital desarrollo), en ÁLVAREZ ARJONA, José María (Dir.) y ERLAIZ COTELO, Íñigo (coord.), *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos Regulatorios, Mercantiles, Financieros, Fiscales y Laborales*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 452.

¹²⁰ ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1597.

¹²¹ Sobre este aspecto *vid.* FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal...», *op. cit.*, pp. 95 y ss.

¹²² A este respecto, artículo 9:102 PECL o 7.2.2 PCCOM y artículo III.- 3:302 DCFR; donde se establecen los límites en el ejercicio del remedio de cumplimiento en forma específica.

también desea que el deudor sea consciente de ello ante un hipotético incumplimiento llevado a cabo por él, que es en definitiva lo que se produce con el efecto coercitivo.

Por ese motivo, es muy importante proceder a una cuidada redacción de la cláusula penal y de la instrumentalización de la exigencia de la pena, al igual que al establecimiento de garantías para el cumplimiento de aquélla.

Efectivamente, si sólo se establece que el incumplidor deberá pagar al acreedor una cantidad dineraria o, por ejemplo, en relación con cláusulas frecuentes en el ámbito societario, proceder a la entrega de unas determinadas acciones o participaciones sociales, hasta que se haga efectiva la misma, si finalmente se consigue, va a transcurrir mucho tiempo. Por eso, es necesario redactar con especial esmero este tipo de cláusulas y, en su caso (la mayoría) acompañarlas de garantías suficientes o de métodos que aseguren su cumplimiento inmediato, evitando en la medida de lo posible juicios largos y costosos.

Al margen de estas garantías que tienen como finalidad asegurar el cumplimiento de la cláusula penal, deberíamos plantear la posibilidad de obtener el mismo objetivo de una forma expeditiva e inmediata, sin necesidad de una garantía. En definitiva, mediante la posibilidad de acudir a un juicio ejecutivo que, en palabras de Guasp, es *la vía más expedita con que cuentan los acreedores que gozan de un título fehaciente para obtener la satisfacción de sus derechos sin acudir a la vía más larga, costosa y complicada de los juicios declarativos ordinarios incluso de los procesos abreviados o sumarios por razones de cantidad*¹²³.

Efectivamente, si la pena consiste en la entrega de una cantidad de dinero, se produce el incumplimiento de la obligación principal, y el deudor se niega a pagar, deberá el acreedor ejercitar la oportuna reclamación de cantidad por un procedimiento declarativo, y en su caso, solicitar la ejecución forzosa de la sentencia, con lo que todo ello implica en términos de tiempo y recursos. Pero si pudiéramos acudir directamente a la vía ejecutiva, por lo menos, lograríamos un significativo ahorro de tiempo, y conseguiríamos, sin duda, un mayor efecto coercitivo. La cuestión, entonces, que debemos plantearnos es cómo podemos articular esta figura para tener acceso directo a la vía ejecutiva. Aunque no hemos observado esta solución en la práctica profesional (no queremos decir que no exista), queremos analizar con qué viabilidad contaría.

¹²³ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Revisada y adaptada por ARAGONENSES, Pedro, 4.^a edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 145.

Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 517), para ejercitar la acción ejecutiva es necesario que el título lleve aparejada ejecución. Por tanto, para que pueda llevarse a cabo la ejecución es requisito *sine qua non* la existencia de un título ejecutivo (*nulla executio sine titulo*). Es imprescindible, entonces, preguntarse qué es el citado título. El título ejecutivo es una declaración, un acto jurídico, que consta en un documento¹²⁴. Una declaración que expresa la voluntad de «que se cumpla por el momento un actividad o prestación sea o no debida.»¹²⁵ Por tanto, es el título lo que provoca la acción ejecutiva, de ahí que el despacho de ejecución esté en consonancia con el título [«...el título no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título» (art. 551 LEC)].

Ahora bien, no todo título es ejecutivo; sólo aquellos reconocidos por ley, que como *numerus clausus*, no pueden ser ampliados salvo que el legislador por razones de oportunidad política así lo desee. Tales títulos tienen naturaleza procesal¹²⁶, tienen tal carácter, ejecutivo, precisamente por ser fundamento del proceso, de la causa de pedir. El Derecho les reconoce tal característica dentro del proceso, no fuera de él. Al igual que ocurre con otros procesos, como el monitorio, al que puede acudir quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad máxima determinada por la Ley, cuando la deuda de esa cantidad se acredite según los documentos que el artículo 812 de la LEC relaciona. Por tanto, es la Ley Procesal la que determina qué documentos son los pertinentes para poder acudir al citado proceso.

De la enumeración que hace la Ley sobre los títulos ejecutivos (art. 517 LEC), nos vamos a centrar en aquella declaración contractual a la que la Ley le reconoce acción ejecutiva, por lo que su

¹²⁴ Distingue CHIOVENDA, Jose, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción de CASAIS Y SANTALÓ, José, Tomo I, Madrid: Reus, 2000, p. 304, entre el significado sustancial y formal del título ejecutivo. En el primer caso, sustancial, el título jurídico es la declaración en base a la cual se consagra la declaración. En significado formal, es el documento en el cual se consagra la declaración.

¹²⁵ CHIOVENDA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 303 y 304. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 18.ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 538 y 539.

¹²⁶ Conforme con MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, *op. cit.*, pp. 539 y 540, «la tipicidad supone que no se pueda dar un concepto abstracto de título ejecutivo y partiendo del mismo buscar en la realidad jurídica documentos que se acomoden a ese concepto. (...) Un concepto atípico o general carece de utilidad. (...) Fuera del proceso de ejecución los documentos no operan como títulos ejecutivos. En este proceso el documento típico es presupuesto legal de la actividad jurisdiccional y son normas procesales las que lo rigen, y, por tanto, lo que importa no es tanto su noción (abstracta e inútil) sino la función que se cumple en el proceso».

presentación determinará el inicio de las actividades ejecutivas tendientes a la obtención de la prestación establecida en la citada declaración. Nos estamos refiriendo a las escrituras públicas (art. 517.2.4 LEC), la modalidad más lógica para el supuesto de hecho que contemplamos.

Conforme a Chioventa, la razón o el fundamento de la consideración de este tipo de título como ejecutivo no procede tanto de la cualidad del notario como fedatario público, ni del hecho de que el deudor se someta expresamente a la ejecución. La razón estriba, según este autor, «en la particular certeza que en estos casos presenta el crédito; por eso hay fundamento para estimar que la sentencia correspondería al contenido del acto público, que si bien esto no ocurre a veces, el derecho, de ordinario, en el interés general, prescinde de la posibilidad de estas anomalías»¹²⁷. Esta certeza vamos a discutirla en párrafos posteriores.

En relación con los requisitos legales que debe revestir el documento, en el presente caso la escritura pública, la Ley de Enjuiciamiento Civil manifiesta que debe ser primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes (art. 517.2.4 LEC). La finalidad de esta norma es evitar diferentes ejecuciones con copias del mismo título. Pero también se deberá tener en cuenta las normas relacionadas con el régimen notarial, en concreto la Ley Orgánica del Notariado y el Reglamento Notarial¹²⁸. En relación con los mismos hay que destacar, entre otros, el artículo 17 de la Ley¹²⁹ y artículo el 233 del Reglamento¹³⁰ por sus modificaciones recientes,

¹²⁷ CHIOVENTA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 312 y 313. Según GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, *op. cit.*, p. 150, «el juicio ejecutivo (...) destinado a recoger pretensiones dotadas de cierta autenticidad o fehaciencia, no tendría por qué excluir, por su generalidad, a ninguna clase de reclamaciones, con tal que se agrupan en la categoría general que justifica su tratamiento privilegiado».

¹²⁸ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado. Decreto de 2 de junio de 1944 [RCL 1945/57].

¹²⁹ Por las modificaciones realizadas por el artículo 6 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, entre las cuales se encuentra la realizada en el apartado 1 artículo 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en concreto y en lo que aquí interesa, «A los efectos del artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter». Por tanto, conforme a la Ley, y según la modificaciones realizadas, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva. Sobre este aspecto, *vid.* JORQUERA GARCÍA, Luis, «La ejecución judicial de los documentos notariales en función de la fecha de su otorgamiento», *Diario La Ley*, N.º 7389, Sección Tribuna, 27 abril, 2010, Año XXXI. En este sentido el Auto de la AP de Madrid, de 8 de abril de 2010 [JUR 2010/219047].

¹³⁰ Artículo 233 del Reglamento, modificado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero [RCL 2007/148], que establece que «a los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley

que establecen a los efectos que nos interesa que «a los efectos del artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter». Esta modificación permite, en palabras de Jorquera García, «que sea el propio interesado el que decida cuándo desea tener una copia con eficacia ejecutiva, sin que le quite esa posibilidad el hecho de que se hayan expedido para él otras copias anteriores, siempre que no tuvieran carácter ejecutivo, o, teniéndolo, exista la conformidad de las partes (por ejemplo otorgada en la propia escritura a la que se refiere la copia), aun con las dudas que sobre la validez de este tipo de cláusulas expresaron las RRDGRN de 2 septiembre 2005 y 20 de mayo de 1987»¹³¹.

Por tanto, «la ejecución judicial de esos documentos notariales está regulada por dos tipos de normas. Por un lado las propias normas notariales, en cuanto a la forma de otorgamiento y de circulación de esos documentos. Por otro las normas procesales que, en coordinación con las notariales, regulan los requisitos para el despacho de ejecución, basándose en los propios documentos y en otros que los complementan»¹³².

Esto respecto al título como forma. Respecto a su contenido, ya hemos mencionado a lo largo de este apartado que en la ejecución de títulos no judiciales y arbitrales sólo se despachará ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros, en dinero efectivo, o en cosa o especie computable en dinero (art. 520 LEC).

Esta cantidad de dinero debe ser cierta, líquida y vencida¹³³, añadiendo nosotros exigible. Cierta o incondicionada (conforme a Chioventa) significa que la misma debe estar determinada, que no

1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió. En todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva. Expedida una copia con eficacia ejecutiva sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción a lo dispuesto en el de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se expidiere si tal requisito segunda o posterior copia de escritura que contuviere tal obligación, se hará constar en la suscripción que la copia carece de efectos ejecutivos. Con excepción del juicio ejecutivo y de la regulación del Timbre, todas las copias expedidas por Notario competente se considerarán con igual valor, sin más limitación que la derivada del artículo 1220, del Código Civil cuando fueren impugnadas en el juicio declarativo correspondiente, por los trámites de los artículos 597 y 599 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». SAP de Madrid, de 8 de abril de 2010 [JUR 2010/219047].

¹³¹ JORQUERA «La ejecución judicial de los documentos notariales...», *op. cit.*, p. 12.

¹³² *Ibídem*, p. 1.

¹³³ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 150 y 151. Los requisitos sustanciales para CHIOVENTA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 312 y 313, son que la declaración sea definitiva, completa e incondicionada.

esté sometida a ningún tipo de condiciones, a ningún término¹³⁴. Líquida o completa (Chiovenda), como consecuencia de la determinabilidad, significa su necesaria conversión numérica; por ejemplo, en las obligaciones que no sean dinerarias implica su computación en dinero. Por último, vencida implica que haya concluido el plazo de cumplimiento de la obligación. Y añadimos nosotros, exigible; no cabe la condena de futuro.

Hecha esta breve exposición, apliquémosla a un supuesto general para lograr la efectividad ejecutiva de la cláusula penal. Respecto a la declaración contenida en el documento las partes acordarían en escritura pública que en el supuesto en que una de las partes incumpla una obligación concreta le será exigible una cantidad determinada de dinero en concepto de cláusula penal. Recordemos que el documento, para que sea ejecutivo, debe reunir unas determinadas características (art. 517.2.4 de la LEC, artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado y 236 del Reglamento Notarial, entre otros).

Respecto al contenido, lo importante aquí es determinar el tipo de incumplimiento, ya que cualquiera no servirá a los efectos que queremos lograr. Debe ser un incumplimiento que sea fácilmente demostrable y constatable, sin que el Tribunal deba indagar en el fondo del asunto.

Respecto a los otros requisitos, cierta, líquida, vencida y exigible, hemos de hacer las siguientes consideraciones. La cantidad de dinero está determinada en la cláusula penal, y la misma, conforme al criterio jurisprudencial actual antes expuesto, no está sometida a moderación judicial. Por tanto, está determinada y es líquida. Por otro lado, el vencimiento y la exigibilidad de la pena se produce en el momento del incumplimiento (recordemos que no cualquiera), no estando la declaración condicionada. Siguiendo a Chiovenda en relación con las condiciones propias y verdaderas, «al verificarse la condición *suspensiva*, la acción ejecutiva existe o deviene pura; ni para esto se exige una declaración solemne de su verificación, ni sentencia, ni acto público; en cambio, al verificarse la condición *resolutiva* no existe acción ejecutiva para las restituciones»¹³⁵. Por ese motivo, como el vencimiento se produce con el incumplimiento, tal hecho debe ser constatable para el órgano judicial, con la correspondiente prueba.

¹³⁴ Según CHIOVENDA, *Principios...*, *op. cit.*, p. 320, «si la preservación de la acción ejecutiva requiere un cierto acto como protesto, éste debe ser realizado. Si hay obligación de prestar caución, debe presentarse antes de pedir la ejecución. (...) Si hay términos, deben haber vencido».

¹³⁵ CHIOVENDA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 320 y 321.

En conclusión, para algunos supuestos concretos, y siempre que el criterio de moderación judicial se mantenga como hasta ahora para los incumplimientos totales (donde no cabe esa moderación), entendemos que sería posible acudir a la vía ejecutiva para exigir la pena establecida en una cláusula penal en la forma y con las condiciones que hemos planteado en este apartado¹³⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, www.indret.com, octubre, 2010, pp. 1-19.
- «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII, fasc. IV, pp. 1579-1686.
- BONELL, Michael Joachim, *An international restatement of contract law*, New York: Transnational Publishers, 3th edition, 2005.
- BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, «La cláusula penal como instrumento jurídico de protección de la posición contractual del acreedor», en Nieto Carol, Ubaldo y Bonet Sánchez, José Ignacio, (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo I, Madrid: Civitas, 1996, pp. 887-974.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», en Paz-Ares, Cándido, Díez Picazo, Luis, Bercovitz, Rodrigo y Salvador, Pablo (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 157-162.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Disposición Adicional Primera. 6.3.», en Méndez Menéndez, Aurelio y Díez-Picazo, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 1021-1031.
- CARTWRIGHT, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007.
- CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Casais y Santaló, José Tomo I, Madrid: Reus, 2000.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 1991/2011, La Ley, 2012.
- DÁVILA GONZALEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1992.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A. 1993.

¹³⁶ Para el supuesto en que cupiera la moderación judicial tal y como plantea la Propuesta, se abren nuevos interrogantes. ¿Sería admisible en el juicio ejecutivo la moderación, ex officio o por excepción de pluspetición?, o ¿debería admitirse la demanda ejecutiva y posteriormente, plantear la pretensión en juicio declarativo?

- DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, Madrid, 2006, pp. 396, — *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 6.ª Edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DOBBS, Dan B., *Dobbs Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, Vol. 3, 2nd edition, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1993.
- ERLAIZ COTELO, Íñigo, «Las etapas de inversión y su regulación contractual en los distintos tipos de operaciones (*buy-outs* y capital desarrollo), en Álvarez Arjona, José María (Dir.) y Erlaiz Coteló, Íñigo (coord.), *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos Regulatorios, Mercantiles, Financieros, Fiscales y Laborales*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. E., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo, 1946, pp. 145-169.
- FARNSWORTH, Allan E., *Contracts, 3rd Ed.*, New York: Aspen, 1999.
- FELIU REY, Jorge, *Los pactos parasociales en la sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», *Foro, Nueva Época*, núm. 13, 2011, pp. 61-110.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1968.
- GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2.ª edición, Madrid: Civitas, 1983.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Revisada y adaptada por Aragoneses, Pedro, 4.ª edición, Madrid: Civitas, 1998.
- HOLMES, Oliver Wendell, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, núm. 8, Vol. X, March, 1897, p. 457-478.
- *The Common Law*, Boston: Little, Brown, 1881.
- ICC, *Guide to Penalty and Liquidated Damages Clause*, Paris: ICC Publishing, 1990.
- JONES, Gareth & GOODHART, William, *Specific performance*, London, Edinburgh, Dublin: Butterworths, 1996, 2nd edition.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Madrid: Civitas, 1992.
- JORQUERA GARCÍA, Luis, «La ejecución judicial de los documentos notariales en función de la fecha de su otorgamiento», *Diario La Ley*, N.º 7389, Sección Tribuna, 27 abril, 2010, año XXXI, pp. 1-13.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid: Trivium, 1999.
- LOBATO DE BLAS, Jesús María, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona: EUNSA, 1974.
- Louisiana Civil Code*, 2012 edition, Vol. I, edited by A. N. Yiannopoulos, West, 2012.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal: la facultad moderadora del juez», *InDret*, www.indret.com, enero, 2008, pp. 1-13.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, www.indret.com, mayo, 2009, pp. 1-22.

- MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance: Arts 7.4.1-7.4.13 - Damages», Vogenauer, Stefan & Kleinheisterkamp, Jan (Editors), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 864-926.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 18.^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006.
- Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento (A/38/17, anexo I) (A/CN.9/243, anexo I)-Official Commentary PICC 2010.
- PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fascículo III, julio-septiembre, 1991, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre, 1993, pp. 1719-1745.
- PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, 2003, núm. 5, pp. 19-43.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu, *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires: Atalaya, 1947, pp. 212 y ss.
- Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»)* Edición: Ole Lando y Hugh Beale, edición española a cargo de Barrés Benlloch, Pilar, Embid Irujo, José Miguel y Martínez Sanz, Fernando, Madrid: Consejo General del Notariado, 2003.
- QUESADA GONZÁLEZ, Corona, «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional», *Aranzadi Civil*, 2003, Vol. II, T. XII, pp. 2071-2135.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, abril-junio, 1993, pp. 511-587.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Introducción a la contratación mercantil», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2003, pp. 785-812.
- SMITH, Stephen A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 2005, 6th edition.
- VERDERA, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995.