

económica, es de alguna manera objeto de renuncia a través de un convenio accesorio (la cláusula penal), cuyas consecuencias operan automáticamente una vez verificado el supuesto que determina su entrada en funcionamiento, que no es otro que el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación principal por parte del deudor. Y ello, ¡qué duda cabe!, ha de tenerse por una ventaja para el acreedor y por una sanción para el deudor, si bien enmarcada dentro de la consideración de una pena privada nacida del juego de la autonomía de la voluntad y especialmente presente en aquellos negocios jurídicos donde las prestaciones han de ser atendidas dentro de ciertos plazos de tiempo. Resulta así aprehensible que no se dé una identificación absoluta entre la cláusula penal y la indemnización de los daños y perjuicios, máxime cuando la cuantía reparadora que entra en juego una vez producido el supuesto de hecho desencadenante de la cláusula no tiene por qué coincidir con el perjuicio efectivamente experimentado, siendo incluso habitual que la cantidad prefijada lo supere con creces, lo que sin duda estimula la diligencia del deudor en pro del exacto y puntual cumplimiento de las obligaciones contraídas, sea tanto para evitar una

PRESENTE DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA EN EL CONTEXTO DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE OBLIGACIONES

SOMMARIO 1. Introducción. 2. Regulación de la cláusula penal en el Código civil español. a. Definición y elementos. b. Finalidad de la cláusula penal. c. Aplicaciones de la cláusula penal: su proyección sobre la problemática de las viviendas en construcción. d. La obligación con cláusula penal frente a otras figuras afines. i) La obligación sujeta a condición. ii) La obligación alternativa. iii) La obligación facultativa. iv) Las arras. v) La fianza impropia. e. Un viaje al pasado: régimen de la cláusula penal en el Proyecto de Código Civil de 1851. f. Notas al régimen jurídico de la cláusula penal del Código civil. i) Art. 1152 del Código civil. ii) Art. 1153 del Código civil. iii) Art. 1154 del Código civil. iv) Art. 1155 del Código civil. 3. Tratamiento normativo de la cláusula penal en los ordenamientos forales. a. Competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de derecho contractual. b. Singularidad de la cláusula penal en el derecho foral navarro. 4. Vientos de reforma en sede de cláusula penal: la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. a. El art.

1146. b. El art. 1147. c. El art. 1148. d. El art. 1149.
e. El art. 1150. f. El art. 1151. g. El art. 1152.

1. Introducción

La cláusula penal constituye uno de los instrumentos de los que puede valerse el acreedor para un mejor aseguramiento de la obligación contraída por el deudor. En esencia, consiste en una prestación complementaria, a cuya satisfacción se obliga al deudor para el caso de incumplimiento de una obligación, que comprende también los casos de cumplimiento defectuoso o de retraso en el cumplimiento¹. Nuestro Código civil distingue entre las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa. Entre las primeras, se distingue también según la cosa que haya de darse sea determinada o genérica. El régimen del Código civil apuesta en estos casos por el cumplimiento forzoso, esto es,

¹ Todo ello de conformidad con los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL), que señalan en su art. 1:301(4) que “el término «incumplimiento» denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”.

tutela judicial efectiva que podría invocar el deudor frente a la pretensión indemnizatoria del acreedor por la vía de art. 1101 del Código civil, oponiendo la inexistencia de perjuicios, la ausencia de relación de causalidad entre los mismos y el incumplimiento o incluso argumentando su menor relevancia

beneficio del acreedor, imponiendo a aquél la prestación del equivalente o resarcimiento de daños y perjuicios ordinariamente en mayor volumen económico que el realmente causado, como medio de constreñirle al más exacto y normal cumplimiento de lo convenido, a la vez que se exime al acreedor del deber de probar la existencia de daños y perjuicios sufridos y su evaluación, dimanantes de dolo o culpa, a cuyo efecto las partes pactan de antemano la extensión cuantitativa en que se ha de traducir el resarcimiento, sin necesidad de aquellas probanzas, y así surge a la vida del Derecho, con tenue y remota reminiscencia de la *stipulatio poenae*, la llamada cláusula penal como promesa accesoria y condicionada que se incorpora 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 en favor del acreedor”, añadiendo la de 7 de junio de 1963, “sin que su inserción en los contratos pueda interpretarse como renuncia del acreedor a los demás derechos que el contrato le reconoce, que quedan subsistentes, porque la penal es cláusula accesoria, agregada a las demás obligaciones del contrato”.

todo, siendo que la cláusula penal entraña para el acreedor la dispensa de la carga de probar, no ya la existencia misma de un perjuicio efectivo y su relación de causalidad con el incumplimiento, sino de su cuantía, puede afirmarse también en ello una cierta función punitiva aun cuando la pena se configure como sustitutiva de la indemnización del daño. De este modo, el carácter sancionador para el deudor se da tanto en la pena cumulativa como en la sustitutiva. En este último caso, la pena se resolvería, no en una prestación adicional del deudor que sumar a la propia indemnización de daños y perjuicios que ampara el art. 1101 del Código civil, sino en un expediente más ágil y cómodo para el acreedor, exonerado así de tener que indagar la existencia, relación de causalidad y cuantía del perjuicio efectivamente padecido³¹. De este modo, la

GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 41 ss. y 83 ss.; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 158; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1152*, cit., 1346; y X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, 2, *Obligaciones y contratos*, I, Madrid, 2002, 93.

³¹ Así puede reconocerse si consideramos el tenor de la emblemática Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945, que, a propósito de la cláusula penal, señalaba cómo “en ocasiones tiende a una agravación de la responsabilidad del deudor en

compeler al deudor a que realice la entrega o lleve a cabo la actividad a la que se obligó². No olvida el Código civil el problema del cumplimiento defectuoso, que obliga al deudor a deshacer lo mal hecho y a realizar de nuevo la prestación³. Tampoco el del retraso en el cumplimiento, que se dará en sentido técnico, por regla general, cuando, llegado el vencimiento de la obligación, haya intimación por parte del acreedor⁴. En todo caso, este proceder inadecuado del deudor, consistente

² Art. 1096.1 y 2 y art. 1098.1 del Código civil: “cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el art. 1101, puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor”.

³ Art. 1098 (“si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”) y art. 1099 del Código civil (“Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido”).

⁴ Art. 1100 del Código civil: “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”.

en el incumplimiento total, en el cumplimiento defectuoso o en el retraso en el cumplimiento, habrá seguramente desencadenado daños y perjuicios para el acreedor, que, en consecuencia, han de ser indemnizados, si ha intervenido dolo, negligencia o morosidad⁵. En ocasiones, se incluirán en ellos el equivalente económico de la prestación debida cuando ésta devenga imposible. Por tanto, para su fijación será indispensable valorar la conducta del deudor en orden a precisar si su incumplimiento es doloso o culpable, o, por el contrario, ha concurrido caso fortuito o fuerza mayor, lo que le liberaría de su obligación. También es relevante cuál ha sido la intensidad del

⁵ Art. 1101 del Código civil: “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”. Sobre el sentido del término contravención, comprensiva de los supuestos de inexecución absoluta de la obligación, pero también de ejecución diametralmente opuesta a lo pactado o el no atender lo convenido en cuanto al tiempo y lugar en que debía verificarse la prestación, vid. S. NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, Madrid, 2004, 40 ss.

perspectiva exclusivamente patrimonial, puede entrañar una sanción al mermar normalmente en mayor medida el haber del deudor cuando se configura como cumulativa, de modo que frente al acreedor queda obligado principal, con las consecuencias del art. 1101 del Código civil, pero también accesoriamente.

Pero, en función de cómo haya sido configurada por las partes la cláusula penal, puede hablarse de una función resarcitoria o reparadora del daño que ha causado al acreedor dicho incumplimiento o cumplimiento irregular, de modo que la cláusula penal vendría a sustituir a la indemnización de daños y perjuicios que tiene su fundamento legal en el art. 1101 del Código civil, comprendiendo en ella el cumplimiento por equivalente cuando la prestación *in natura* no sea ya posible. De esta manera, la cláusula penal sirve para predeterminedar el montante indemnizatorio que ha de satisfacer el deudor para el caso de incumplimiento o cumplimiento intempestivo o defectuoso, mostrando así una función esencialmente liquidadora del daño³⁰. Con

³⁰ W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht*, cit., 64; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 55 ss.; J. J. BLANCO

civil tiene que ver con el origen romano de la institución (la *stipulatio poenae*), donde el término *poena* se nos presenta como un instrumento que surge de la autonomía de la voluntad al pactarse entre personas privadas, todo ello en orden a un mejor aseguramiento de la obligación principal. Así concebida, la cláusula penal generaría una obligación adicional para el deudor en favor del acreedor, cuya eficacia quedaría condicionada al incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación principal. Si esta obligación adicional es acumulable a la obligación principal o simplemente suple la indemnización de daños y perjuicios que es exigible por falta o defecto en el cumplimiento, ofreciendo sencillamente ventajas para su estimación, ello va a depender de cómo venga configurada por la voluntad de las partes. Llegado el incumplimiento, el acreedor adquiere un segundo derecho de crédito contra el mismo deudor, cuya causa descansa en el incumplimiento de una obligación anterior que se tiene por principal y que, en cuanto pendiente de cumplimiento, sigue subsistente y es exigible, sea acumulada o alternativamente con la pena convenida. Resulta evidente que ello, desde una

incumplimiento, esto es, si estamos ante un incumplimiento total, ante un cumplimiento defectuoso o ante un mero retraso en el cumplimiento. Para este último caso, el Código civil, tratándose de obligaciones dinerarias, prevé un régimen especial de indemnización en ausencia de otro pacto: el abono de los intereses convenidos y, en su defecto, el interés legal⁶, que persigue compensar al acreedor por el daño que le ha ocasionado la falta de puntualidad en el cumplimiento, sin renunciar al mismo. Tampoco hay que olvidar la naturaleza de la prestación debida, pues tratándose de dinero o cosas fungibles, no cabe su imposibilidad sobrevenida. Tampoco la circunstancia de que la relación obligatoria constituida sea sinalagmática, con lo que el incumplimiento de una de las partes facultaría alternativamente a la otra para optar por la resolución, esto es, por exigir la restitución recíproca de las prestaciones ya efectuadas antes de sobrevenir el incumplimiento y,

⁶ Art. 1108 del Código civil: “si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

acumuladamente, una indemnización de daños y perjuicios⁷.

Descrito sintéticamente el panorama del cumplimiento de las obligaciones en el Código civil, la expresión que hemos empleado para referirnos a la cláusula penal (“prestación complementaria”) quiere significar ante todo el carácter accesorio de la misma y, por tanto, no necesariamente entraña para el deudor que incumple o mal cumple una prestación adicional. Ello puede darse, como veremos, cuando la pena convenida refleja una sanción para el deudor, de modo que, además del cumplimiento forzoso y/o de la indemnización de los daños y perjuicios, sea

⁷ Art. 1124 del Código civil: “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1296 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

podría saltar a primera vista una función punitiva en cuanto que las consecuencias patrimoniales, siempre más gravosas para el deudor, arrancan de su incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso a modo de sanción. Sin embargo, es controvertido si esa función punitiva, desligada de todo propósito resarcitorio, debe rechazarse al menos por lo que destila la terminología tradicional (cláusula penal), siendo que el monopolio para imponer sanciones de carácter punitivo corresponde en exclusiva al Estado²⁹, naturalmente si entendemos por punitiva la imposición de exacciones dinerarias con ocasión de una conducta u omisión en el marco de una relación contractual, puesto que el mero hecho de que la cláusula penal, en su vertiente más dulcificada desde la óptica del deudor, sustituya a la indemnización de daños y perjuicios, dispensando del deber de probanza de los mismos al acreedor, ya tiene mucho de punitivo para el deudor y de ventajoso para el acreedor.

En todo caso, resulta evidente que la terminología que contempla nuestro Código

²⁹ Sobre la cuestión, vid. J. M. LOBATO, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 103 y ampliamente J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 31 ss.

fuerza mayor²⁷, tal como contempla el art. 1105 del Código civil²⁸.

b. Finalidad de la cláusula penal

Cuestión esencial que no puede obviarse es la de la función que cumple la cláusula penal al incorporarse a un negocio jurídico o al convenirse separadamente para el mejor aseguramiento de la obligación principal que la justifica. De su misma denominación

²⁷ La regla general se contempla en los arts. 1182 (“quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”) y 1183 (“siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1096” del Código Civil, cuyo párrafo tercero dispone que “si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”).

²⁸ Art. 1105: “fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

por el retraso, sea cuando el cumplimiento no sea posible, el acreedor puede pretender que se le satisfaga la pena pactada. En estos casos se habla de pena cumulativa, puesto que se acumula al cumplimiento forzoso y/o a la indemnización de daños y perjuicios, lo que a todas luces refleja la mayor carga patrimonial que pesará sobre el deudor que no cumple conforme a lo pactado, pues además de deber lo que debía (*in natura* o por equivalente pecuniario), debe también la pena. Otras veces, la cláusula penal ocupa el lugar de la indemnización de daños y perjuicios que puedan generarse, fijándolos anticipadamente, bien por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, bien por el retraso en el cumplimiento, evitando su determinación por el cauce ordinario. Esta indemnización consistiría en el equivalente pecuniario de la obligación principal (el *id quod interest*⁸) y los

⁸ Considerando no sólo el valor económico en sí de la prestación, sino el valor que ella reviste para el acreedor, de modo que el resarcimiento ha de perseguir la eliminación de todas las consecuencias perjudiciales que del incumplimiento han resultado para él, atendidas, eso sí, las limitaciones para la exigencia de tal responsabilidad (previsibilidad, causalidad, evitabilidad y certeza). Vid. G. SMORTO, *I criteri di determinazione del danno nelle model rules e nel diritto*

daños causados por la falta de cumplimiento puntual, pues éstos también son debidos cuando se opta por el cumplimiento en forma específica⁹. Aquí se habla de una pena sustitutiva que sólo en menor medida puede suponer un mayor gravamen para el deudor. Cuando la pena sustituye a la indemnización por incumplimiento, se habla de pena sustitutiva compensatoria, de modo que el acreedor, producido el incumplimiento, puede optar entre el cumplimiento forzoso o exigir la pena. Cuando la pena sustituye a la indemnización por el retraso en el cumplimiento, no se renuncia a éste, que todavía resulta posible, con lo que la pena es compatible con la exigencia del cumplimiento *in natura*. Se habla en estos casos de la pena sustitutiva moratoria.

Cualquiera que sea la modalidad que se adopte, la cláusula penal viene así a sumarse a otras alternativas que brinda el mundo del derecho para la consecución de un mismo interés jurídico y económico, como es el

to commune europeo, en *Europa e Diritto privato* 1 (2011) 205 ss.

⁹ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, 317 s. y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Madrid, 2009, 17 n. 16.

valoración de la conducta del obligado en orden a la exigencia de la obligación accesoria, puesto que lo determinante es exclusivamente la conducta del deudor en relación con la principal, con la que la cláusula penal mantiene estrechísima dependencia. Y, de conformidad con ese régimen general, no hay exigencia de responsabilidad cuando no interviene dolo, culpa o morosidad del obligado, a salvo la eventual existencia de un pacto del que se desprenda un agravamiento de la que soporta el deudor²⁶, haciéndola extensiva a los supuestos de caso fortuito y

M. ALBALADEJO (Dir), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV.2, Madrid, 1986, 470 s.; W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht*, cit., 73; J. SANTOS BRIZ, *Artículo 1152*, cit., 292; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 265; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1152*, cit., 1347.

²⁶ Cfr. M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, cit., 471 s.; y *Artículo 1155*, cit., 491; W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht*, cit., 31; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 159; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 60 ss.; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 76 s.; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 74; y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 67 s.

régimen general que recoge el art. 1101 del Código civil. Así se desprende del párrafo segundo del art. 1152 del mismo al establecer que la pena sólo puede hacerse efectiva cuando fuere exigible conforme a las disposiciones del Código. Si la pena, de acuerdo con la reglamentación que ofrece nuestro Código civil en defecto de pacto, tiene por finalidad ocupar el lugar de la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento o deficiente cumplimiento pueda haber ocasionado, entonces únicamente será exigible cuando se aprecie dolo, negligencia o morosidad en relación con la obligación que le sirve de base, pues son las únicas circunstancias desencadenantes de la responsabilidad²⁵. No hay, por consiguiente,

²⁵ Así se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988 al decir que “la efectividad de la cláusula penal bien en su plena virtualidad conforme al artículo 1152 del Código civil, bien con la moderación judicial de la misma que contempla el artículo 1154 del mismo cuerpo legal, solamente puede tener lugar cuando el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento sea debido a dolo, culpa o cualquiera otra causa imputable a la parte que asumió la responsabilidad accesoria derivada de dicha cláusula penal”. Cfr. J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 162; M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, en

recurso a distintas formas de garantía real o personal que sirven precisamente para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, si bien en estos casos con el inconveniente añadido para el deudor de que se otorga al acreedor una preferencia para la realización de su crédito a costa de un bien específico, bien del propio deudor, bien de un tercero (en el caso de la hipoteca inmobiliaria); o de que se cede la posesión de un objeto mueble, también del deudor o de un tercero, a dicho acreedor con la doble finalidad coactiva y satisfactoria de la obligación que viene a asegurar (en el caso de la prenda con desplazamiento); o de que se da entrada a terceras personas como garantes del cumplimiento puntual y exacto de la obligación del deudor en calidad de fiadores o avalistas, facultando al acreedor, en caso contrario, para dirigirse contra la persona del fiador de forma solidaria o subsidiaria a resultas de la modalidad de fianza que se haya podido convenir. También el mayor aseguramiento de la obligación principal puede alcanzarse, brindando al acreedor mecanismos procesales más ventajosos para reclamar la satisfacción de su crédito, simplificando la tramitación o dispensándole

de la carga de la prueba para ciertos aspectos¹⁰.

Sin embargo, la cláusula penal contribuye a esa función de garantía por otra vía. Con ella no se produce una especial afectación de ciertos bienes al cumplimiento de la obligación principal ni se genera convencionalmente un litisconsorcio que asegure en mayor medida las expectativas de satisfacción del crédito ni se instrumenta para ello un cauce procesal más ventajoso más allá de dispensar al acreedor de la prueba del alcance, causalidad e importe de la indemnización de daños y perjuicios cuando la cláusula penal adopta una función sustitutiva de ésta. En unos casos, la cláusula penal genera la expectativa en el acreedor de obtener un incremento patrimonial, desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, de la obligación que pesa sobre el deudor, sin que ello confiera al acreedor un mecanismo privilegiado para la ejecución de ambos créditos (el principal y el accesorio) ni resulten alteradas las reglas que rigen la responsabilidad patrimonial del deudor. En otros, simplemente entraña un instrumento

¹⁰ J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1907, 237.

régimen legal en el Código civil, para el caso de que se produzca el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío, siendo especialmente útil en aquellos casos en los que hay serias dificultades para determinar el daño o, sencillamente, éste no tiene carácter patrimonial²⁴. En consecuencia, la cláusula penal hace surgir una obligación, bien al tiempo en el que el obligado asume otra principal o con posterioridad a dicha asunción, pero sólo resulta exigible para el caso de que se produzca el incumplimiento o cumplimiento irregular de aquella sobre la que gravita.

En tercer lugar y también en estrecha conexión con el carácter accesorio de la obligación que encierra la cláusula penal, como lo que determina su entrada en juego es el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación principal que sea susceptible de persecución por el acreedor, se hace imprescindible indagar cuáles son las circunstancias concurrentes impeditivas del exacto cumplimiento de la prestación principal. Se ha de considerar, por tanto, el

²⁴ J. SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1991, 550 y J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 54.

principal y otro accesorio, adjetivos estos que tienen por finalidad patentizar la estrecha dependencia que se da entre ambos desde el punto de vista de su eficacia jurídica, puesto que la operatividad de la cláusula penal tiene por presupuesto la no consecución, al menos en toda su extensión y plenitud, de los efectos jurídicos que deberían derivarse del cumplimiento normal de las obligaciones que conforman el negocio principal. Y este carácter accesorio de la cláusula penal le acompaña desde el momento mismo de su entrada en escena en el mundo del derecho, puesto que, pendiente de cumplimiento la obligación principal, su función es esencialmente aseguradora o de garantía del mismo, actuando coercitivamente sobre el deudor para impulsarle al cumplimiento debido ante el temor de la pena, lo que al propio tiempo le confiere naturaleza subsidiaria en el plano meramente resarcitorio, pues la prestación que encierra, normalmente pecuniaria, sólo entrará en juego, sustitutiva o acumuladamente con el cumplimiento forzoso y/o la indemnización de daños y perjuicios que se contempla como

tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”.

ágil para la concreción de la indemnización de daños y perjuicios que el Código civil prevé para el caso de incumplimiento de una obligación. Por último, cabe la posibilidad de que se erija en una facultad de desistimiento de la obligación principal asumida por el deudor en una vertiente, admitida por el Código civil, que la aleja de la finalidad de aseguramiento de la obligación principal, ofreciendo precisamente al deudor una alternativa lícita para apartarse de ella¹¹.

2. Regulación de la cláusula penal en el Código civil español

a. Definición y elementos

Nuestro Código civil nos ofrece una sintética regulación de la cláusula penal en tan solo cuatro preceptos (arts. 1152 a 1155), en torno a los cuales va a discurrir principalmente el presente trabajo, sin perjuicio de dar también cuenta del reflejo puntual de esta institución en algún

¹¹ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, Pamplona, 1974, 34.

ordenamiento foral, dada la peculiaridad del sistema jurídico español, y de anticipar los nuevos vientos de reforma que a propósito de la cláusula penal se apuntan en el horizonte.

Se ha de partir de la ausencia en nuestro Código civil de un concepto de cláusula penal, habiendo correspondido tal tarea a la doctrina científica y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En general se aprecia entre los autores un cierto rechazo hacia la terminología que establece el Código civil (cláusula penal) por el realce que se da mediante dicha expresión al aspecto punitivo, siendo preferidas otras como ‘pena convencional’¹², donde se acentúa

¹² M. ALBALADEJO, *Compendio de derecho civil*², Barcelona, 1974, 196: “prestación (generalmente de entregar una suma de dinero) que, como pena, se establece que ha de realizar el deudor en el caso de que no cumpla debidamente su obligación”. También V. MONTÉS PENADÉS, *Las garantías del crédito*, en M^a. R. VALPUESTA (Coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*², Valencia, 1995, 244: “la pena convencional, también denominada cláusula penal, consiste en una convención accesoria estipulada como cláusula del negocio que contiene la obligación principal, o convenida en negocio separado, por la que se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de incumplimiento o

separadamente, sobre las dos obligaciones interdependientes que lo conforman para el caso de que los intereses de los acreedores de ambas prestaciones queden asegurados a través de sendas cláusulas penales. Desde un punto de vista formal, ello se concreta en su aparición a la vida jurídica antes de que el cumplimiento sea exigible, bien de forma autónoma, bien dentro del propio negocio jurídico, cuyas obligaciones pretende asegurar²². Pero en ambos casos ha de hablarse de un doble negocio jurídico²³, uno

²² V. MONTÉS PENADÉS, *Las garantías del crédito*, cit., 244 subraya que “se suele denominar cláusula penal, cuando se contiene como estipulación en el negocio principal”, mientras que “se acude a la denominación de pena convencional cuando la obligación accesoria de garantía ha quedado establecida en un negocio separado y no como cláusula incorporada al negocio del que se deriva la obligación principal”. Vid. también J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 18 s. y 120 ss.; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 28; y J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 61.

²³ Vid. J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 59 ss. Puede recordarse la clásica definición de F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, 34: “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial

voluntad de la que surge una obligación unilateral y en el que se predeterminan las consecuencias del incumplimiento de otra obligación con la que enlaza. De ahí lo recurrente del engarce de la cláusula penal con el concepto de promesa o estipulación, puesto que, en su más pura expresión dentro de la dogmática del derecho romano, la promesa que deriva de una estipulación viene a ser el paradigma de las obligaciones unilaterales por cuanto sólo nace acción para el estipulante contra el promitente para el caso de incumplimiento de lo prometido, sin que pueda desconocerse la bilateralidad genética que subyace, lo que confiere a la cláusula penal un evidente carácter convencional, aun cuando la obligación que de ella nazca pese exclusivamente sobre el deudor de la obligación principal.

En segundo lugar, como ya se ha expresado, la cláusula penal es un negocio jurídico de carácter accesorio, que, como tal, presupone la existencia de otro principal del que pueden dimanar obligaciones unilaterales o bilaterales. Pero, en todo caso, la cláusula penal no suele tener la ambivalente función de asegurar el cumplimiento recíproco del negocio de base, sino que gravita individualmente sobre una o, en su caso

precisamente su carácter paccionado, al menos en la esfera contractual, que es el campo en el que suele comparecer, frente al régimen general indemnizatorio que prevé el art. 1101 del Código civil y también, de forma particular para las relaciones jurídicas sinalagmáticas, el art. 1124. En verdad, se ha de ser preciso en lo terminológico, distinguiendo entre ‘cláusula penal’ y ‘pena convencional’, pues la primera es aquella convención, autónoma o incorporada a otro negocio, donde se establece la segunda para el caso de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o retraso en el cumplimiento de otra obligación, llamada por ello ‘con cláusula penal’ o ‘garantizada con pena convencional’¹³. Ésta es, por tanto, una obligación ordinaria que, si la llamamos principal es por el hecho de que su cumplimiento viene garantizado por verse el deudor especialmente estimulado para ello: es

cumplimiento defectuoso o irregular de la obligación principal”.

¹³ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 19 y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, Las Palmas de Gran Canaria, 2005, 21 s.

lo que se denomina función coercitiva o de garantía¹⁴.

No faltan tampoco las definiciones donde comparece el origen romano de nuestra institución¹⁵, tomando de él su misma denominación: *stipulatio poenae*¹⁶, recreando al

¹⁴ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 101; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 54 s. y 65 ss.; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 59 s.; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 16.

¹⁵ La *stipulatio poenae* se presenta como una *species* de un *genus* muy amplio (la *stipulatio* como prototipo de la *verbis obligatio*), mediante la cual el *promissor* promete al *stipulans* una suma de dinero por la inobservancia de un comportamiento al que se había obligado. Vid. R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*'. *Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 1; M. TALAMANCA, *s.v. Pena privata (diritto romano)*, en *Enc. dir.* XXXII, Milano, 1982, 712; y A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, 25.

¹⁶ Así A. DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, 1, *Parte General. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1975, 239, define en sentido amplio la cláusula penal como “una estipulación añadida al contrato por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor”, significando que, en sentido estricto, “sólo merece este nombre cuando se estipule que el acreedor puede pedir, conjuntamente, el

Cualquiera que sea la denominación por la que pueda optarse, lo cierto es que de cuanto se ha expuesto emergen algunos caracteres esenciales. En primer término, la cláusula penal se nos presenta como un negocio jurídico continente de una declaración de

insatisfacción del derecho de crédito del acreedor, sino del hecho de que éste tenga lugar como consecuencia de una actitud – acción u omisión – voluntaria del deudor que excluye los supuestos de imposibilidad de la prestación o la concurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor y naturalmente la intervención del hecho por acción u omisión del propio acreedor, pero además implica el mantenimiento de las mismas e idénticas condiciones y circunstancias vigentes en el momento de la celebración del contrato”, esto es, que “subsistan esencialmente los mismos supuestos en base de los cuales se pactó, pues si éstos se alteran con variaciones trascendentes, la eficacia de tal cláusula desaparece”. De esta doctrina reiterada se hacen eco las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2008, 22 de abril de 2009; y 26 de octubre y 4 de noviembre de 2010. Cfr. también M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 489; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1154*, cit., 161; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 267 ss.; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 69 s.; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 158; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1152*, cit., 1347; y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 69 ss.

la cláusula penal comporta las más de las veces un agravamiento de la responsabilidad patrimonial del deudor, que se opone al principio general *favor debitoris*. En consideración a ello, la eficacia de la cláusula ha de descansar en la subsistencia de los mismos presupuestos de hecho que motivaron su incorporación como forma de garantía de una obligación principal, de modo que si se alteran las circunstancias de forma significativa, la cláusula penal devendría ineficaz²¹.

Código civil, Barcelona, 1994, 81 s.; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996, 37 y 70 ss.; J. SANTOS BRIZ, *Artículo 1152*, cit., 289 s.; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, en C. PAZ-ARES e.a. (Dir.), *Comentario del Código civil*, II, Madrid, 1991, 158; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1152*, en R. BERCOVITZ (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Navarra, 2001, 1347; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 54 ss.; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 82.

²¹ Así se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1969 al señalar que “las cláusulas penales deben interpretarse con criterio restrictivo por tratarse en definitiva de una sanción penal, aunque sea convencionalmente establecida”, no bastando para que entre en juego con “la simple

mismo tiempo la terminología tradicional presente en la dogmática de las estipulaciones, con alusiones explícitas a la idea de promesa¹⁷, si bien la regla es naturalmente el empleo del

cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, careciendo de tal carácter tanto en el supuesto de que por pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación pagando la pena, como la hipótesis de que se le asigne una función liquidatoria o de cobertura del riesgo, en cuyo caso viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que pueden derivarse del incumplimiento, sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para su fijación”. También J. SANTOS BRIZ, *Artículo 1152*, en I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), *Comentario del Código Civil*, VI, Barcelona, 2000, 289 la define en sentido amplio como “una estipulación añadida a un contrato por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor”, mientras que en sentido estricto “la cláusula penal faculta al acreedor para pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena”.

¹⁷ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1957: “convención principal, que se integra por la promesa de realizar una prestación ordinariamente pecuniaria y que se establece para el caso de que una de las partes no cumpla lo prometido”.

término ‘estipulación’ en sentido amplio¹⁸. Lo cierto es que resulta patente que una precisa definición de la cláusula penal ha de ser capaz de recoger la versatilidad de funciones que puede cumplir en el tráfico y a las que seguidamente nos referiremos, todo ello de acuerdo con lo convenido por las partes a las que afecta, pudiendo ser punitiva o sancionadora para el deudor que incumple o cumple deficientemente y, al propio tiempo, resarcitoria y de garantía para el acreedor al

¹⁸ Así J. SANTOS BRIZ, en J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*³, IV, Madrid, 1992 y C. LASARTE, *Principios de derecho civil*⁶, II, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 2000, quien habla de “estipulación o cláusula” por virtud de la cual los contratantes se liberan “de la enojosa prueba de los daños sufridos”; la de J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 32 como “estipulación por la que las partes, para asegurar el cumplimiento de una obligación, sustituyen preventivamente el *id quod interest* que de su incumplimiento derivaría, por otra obligación, cuyo objeto consiste generalmente en una suma de dinero, o eventualmente acumulan esta obligación a las consecuencias legales del incumplimiento de la obligación principal”; y la de F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 26 como “aquella estipulación accesoria y subsidiaria que las partes añaden a una obligación principal, con el fin de garantizar y reforzar el cumplimiento exacto de la misma”.

quedar mejor asegurada la obligación contraída por la contraparte. No es, por lo tanto, esencial que adopte específicamente la denominación de ‘cláusula penal’ cuando de la voluntad de las partes se pueda claramente deducir el deseo de asegurar por este medio la obligación que le sirve de causa, lo cual ha de ser valorado en cada caso concreto por los órganos jurisdiccionales a través del examen del caso concreto¹⁹, pero ello es distinto del hecho de que su misma existencia haya de ser apreciada de forma restrictiva²⁰ en cuanto que

¹⁹ Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1906 señalaba que “es manifiesto que los Tribunales pueden en cada caso concreto apreciar, dada la naturaleza de la obligación y condiciones a ella anejas si el determinado pacto constituye una penalidad para los efectos procedentes en Derecho”.

²⁰ Así lo pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1982 al decir que “la cláusula penal, por su naturaleza, debe ser objeto de específico pacto para que pueda ser vinculatoria de las partes, de tal forma que, si no consta su existencia de un modo claro y terminante, no puede ser exigible”. Vid. también J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 140 ss.; W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht. Die cláusula penal und ihre Berücksichtigung im rahmen des deutschen AGB-Gesetzes*, München, 1981, 72; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 44 ss.; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el*

prestación alternativa (para el acreedor), cuya satisfacción puede requerir el acreedor en lugar del cumplimiento forzoso o, como sostendremos más adelante, la indemnización de daños y perjuicios del art. 1101 del Código civil. En definitiva, así configurada la cláusula penal, ha de tenerse por fuente de una obligación alternativa, si bien con la peculiaridad de que es al acreedor a quien corresponde la elección sólo a partir del incumplimiento culpable del deudor, pues es bajo tal circunstancia cuando la cláusula penal adquiere eficacia, siendo exigible la pena convencional que encierra.

iv) Las arras

Respecto de las tres modalidades tradicionales de arras (confirmatorias, penitenciales y penales) también ha sido decisiva la contribución doctrinal y jurisprudencial. Así lo refleja la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010: “la doctrina distingue las siguientes modalidades de arras: a) confirmatorias, que son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien

prestación adicional (la pena cumulativa), sea para sortear una que ha sido prefijada con absoluta independencia del perjuicio que efectivamente pueda causarse.

Se habla también de que la cláusula penal despliega una función de garantía³², porque su misma existencia, gravitando amenazante sobre el obligado, viene a asegurar en mayor medida el cumplimiento de la obligación principal si se quiere evitar el tener que afrontar una prestación adicional o sustitutiva (si bien, por lo general, sensiblemente más gravosa) en favor del acreedor y, en consecuencia, colocar al deudor en una situación de mayor menoscabo patrimonial que la que experimentaría de atender puntual y exactamente la prestación debida, sin que ello comporte una modificación de las reglas relativas a la responsabilidad patrimonial del deudor ni afecte para nada a la ejecución forzosa del crédito. Se trata, por tanto, de una función que resulta perfectamente conciliable con la punitiva y resarcitoria, antecediéndolas en tanto no se materializa su entrada en juego,

³² W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht*, cit., 64; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 54 ss.; y J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 47 ss.

consecuencia del incumplimiento o mal cumplimiento de la obligación principal por el deudor, puesto que el temor a tener que afrontar una prestación adicional, produciéndose así en el deudor un mayor detrimento patrimonial, opera como un estímulo disuasorio frente al incumplimiento o cumplimiento irregular. En definitiva, la función de garantía de la cláusula penal viene a designar la expectativa de un nuevo crédito o de un crédito más oneroso que sustituiría al que de por sí deriva del negocio principal, mientras que la función punitiva o resarcitoria aludiría a la concreción material de esa expectativa, que no es otra que “la satisfacción de los intereses del acreedor por un camino diverso al del régimen legal de responsabilidad por incumplimiento”, puesto que “el acreedor verá finalmente satisfechos sus intereses, bien mediante la coerción al deudor para que cumpla, bien mediante la evitación de una serie de riesgos que el acreedor sufriría en el caso de tener que atenerse al régimen legal de responsabilidad”³³, siendo que el acreedor no puede exigir conjuntamente como regla

³³ V. MONTÉS PENADÉS, *Las garantías del crédito*, cit., 245.

que el deudor, a su conveniencia, puede inclinarse, sin que al acreedor le sea lícito reclamar más que el cumplimiento forzoso o la indemnización que prevé el art. 1101 del Código civil. Así viene expresamente previsto en el art. 1153 del Código civil en su párrafo primero. Una tal modalidad de cláusula penal, que, en realidad, no es tal, requiere pacto expreso. Se habla más bien en estos casos de una pena por arrepentimiento que abre al deudor la posibilidad de resolver a su libre arbitrio el contrato, pagando la pena⁶³, asemejándose así a la función que cumplen las arras penitenciales. Finalmente, cuando la cláusula penal tiene por función la más frecuente de sustituir a la indemnización legal de daños y perjuicios a modo de liquidación anticipada de su importe, la pena convencional adquiere el carácter de una

⁶³ Reproducimos lo que es consolidada doctrina del Tribunal Supremo a partir de su Sentencia de 28 de febrero de 1946, seguida también por la 7 de marzo de 1992: “mientras la pena convencional aparece *in obligatione*, si bien con el carácter de condicional y accesorio, el dinero de arrepentimiento no se halla en igual caso, pues solamente surge la obligación de pagar la cantidad señalada, cuando, existiendo la reserva del derecho de resolución a cambio de esta prestación pecuniaria, se hace uso de tal facultad por su titular...”.

adicional preestablecida no está *in obligatione*, sino *in facultate solutionis*⁶².

También se diferencian de las obligaciones con cláusula penal, concebidas éstas en sentido estricto. En efecto, la cláusula penal entraña para el deudor una segunda obligación, la de satisfacer la pena, si bien condicionada al incumplimiento de la obligación principal. En cambio, en la obligación facultativa sólo hay una obligación, pero extingible mediante el cumplimiento de más de una prestación. En realidad, esta idea se manifiesta de forma más o menos intensa en función de la modalidad de cláusula penal que se haya convenido. Si la pena es cumulativa con la pretensión de cumplimiento forzoso de la obligación asegurada, como se contempla en el párrafo segundo del art. 1153 del Código civil, la doble obligación del deudor se aprecia con total nitidez. Cuando, por el contrario, se faculta al deudor para liberarse de la obligación principal pagando la pena, en realidad la cláusula penal, más que asegurar la obligación principal, viene a erigirse en una prestación facultativa por la

⁶² W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht*, cit., 56; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 170 ss.; y A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 38.

general el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena³⁴.

Así precisadas las diferentes funciones a las que puede ordenarse la incorporación a un negocio principal de una cláusula penal, resulta patente que en todas ellas comparece un elemento coincidente que justifica la expresión al uso ‘cláusula penal’: el endurecimiento potencial de la responsabilidad del deudor a partir de la concurrencia de distintos presupuestos al tiempo en que la obligación está llamada a extinguirse y, en estrecha relación con ello, las mejores perspectivas de un cumplimiento puntual para el acreedor. La auténtica cláusula penal o, si se quiere, la más eficaz y disuasoria para un eventual incumplimiento del deudor sería aquella que entraría en juego con independencia de cuál sea la pretensión que desea hacer valer el acreedor respecto de la obligación principal ante las situaciones de incumplimiento o cumplimiento irregular de la misma, puesto que por ministerio de la ley puede optar por el cumplimiento forzoso (ex. arts. 1096, 1098 y 1099 del Código Civil) o, en el caso de las recíprocas, si hubiere cumplido

³⁴ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 166 y J. SANTOS BRIZ, *Código civil*, cit., 551.

aquello a lo que por su parte estaba obligado, por la resolución (ex. art. 1124 del Código Civil), con derecho, además, a la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses en ambos casos. De este modo, nuestro Código civil contempla, siempre desde un punto de vista potestativo para el acreedor, una intensificación de la responsabilidad del deudor para el caso de incumplimiento o cumplimiento irregular por la vía de la indemnización de los daños y perjuicios y el abono de los intereses, previsión legal que, por tanto, cumple funciones idénticas a las de la cláusula penal: estimular al deudor al cumplimiento ante el temor de ver incrementado su menoscabo patrimonial y compensar al acreedor por los padecimientos que haya podido sufrir como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento irregular del deudor. Y así las cosas, el convenio que se concreta en la incorporación de una cláusula penal, para ser ciertamente operativo y, en consecuencia, ser merecedor de tal nombre, ha de traer consigo un incremento de la responsabilidad que ha de pesar sobre el deudor, sea desde un punto de vista cuantitativo (la llamada cláusula penal cumulativa junto a las previsiones normativas de indemnización de perjuicios, que han de

la categoría de las obligaciones facultativas o con facultad alternativa, cuya característica reside en que sólo es una la obligación y una la prestación debida y, en consecuencia, sólo ésa resulta exigible por el acreedor, pero brindando al deudor la posibilidad de extinguir la obligación, cumpliendo otra prestación distinta previamente determinada. En este sentido, se diferencian de las obligaciones alternativas, donde varias prestaciones eran las debidas, extinguiendo el cumplimiento de cualquiera de ellas la obligación, en principio bajo elección del deudor. Ello tiene consecuencias en relación con la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de alguna de las prestaciones. Cuando éstas se hallan *in obligatione*, caso de las obligaciones alternativas, la prestación devenida imposible no libera al deudor, sino que se reducen o pierden las posibilidades de elección del obligado al concentrarse la obligación en las prestaciones que aún resultan posibles. En cambio, en las obligaciones facultativas, la imposibilidad sobrevenida de la única prestación *in obligatione* libera al deudor, puesto que la prestación

obligado por virtud de la regla del *favor debitoris* (artículos 1.131 y 1.132 del Código Civil)”.

aquella a la que “se le asigna como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, el cual, como dice la sentencia de 16 de diciembre de 1983, no está *in obligatione*, aunque sí *in solutione*, y a tenor de la sentencia de 22 de junio de 1984, en la obligación facultativa o con facultad alternativa, que la doctrina y jurisprudencia definen como aquella que contiene una sola prestación, aunque se concede una facultad solutoria que permite en el momento del pago realizar una prestación distinta, según la fórmula tradicional *una res est in obligatione, altera in facultate solutionis*. la posibilidad de sustituir la prestación originaria por otra diversa, extinguiendo el crédito, viene atribuida a la unilateral decisión del deudor, sin que el cumplimiento quede subordinado al asentimiento del acreedor. La diferenciación de esta clase de obligaciones con las alternativas es clara, ya que en éstas se debe una prestación de entre varias, – prestación aún no individualizada –, y en aquéllas se debe una totalmente individualizada, y así en las alternativas se paga con la prestación que se debe, después de individualizada, y en las facultativas, se puede pagar con la prestación que se debe, – la única que se debe –, o con otra (prestación facultativa); estableciéndose en la sentencia de 22 de junio de 1984 que las obligaciones alternativas se caracterizan por su contenido disyuntivo, con varias posibilidades de prestación en concurrencia no acumulativa y con indeterminación relativa en tanto no se produzca la concentración antes del cumplimiento o mediante la *solutio*, elección que, normalmente, corresponde al

probarse, y abono de intereses; o, simplemente, sin ser cumulativa, contemplando una estimación de los daños y perjuicios muy superior a los efectivamente acaecidos), sea desde el punto de vista de la agilidad para hacerla efectiva, dispensando al acreedor de la carga probatoria relativa a la existencia del perjuicio, a su relación de causalidad con el incumplimiento o cumplimiento irregular y a su alcance pecuniario.

Como veremos, la modalidad de cláusula penal llamada cumulativa no se presume en la regulación que nos ofrece el Código civil español, sino que únicamente entrará en liza para el caso de que haya sido claramente convenida. Ello no obstante, por cuanto es la que mejor cohonesta con la función de garantía señalada, suele darse con cierta frecuencia en la práctica jurídica por exigencia y mejores perspectivas de aseguramiento del interés del acreedor en ver cumplida puntualmente la obligación principal, todo ello con arreglo al principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 del Código civil³⁵, no obstante la moderación

³⁵ Art. 1255 del Código civil: “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que

judicial que pueda eventualmente entrar en juego por aplicación del art. 1154 del mismo cuerpo legal. También puede ser extraordinariamente eficiente aquella cláusula penal concebida como sustitutiva de la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera ocasionar cuando, como hemos apuntado, la prestación en la que se concreta excede con mucho de las consecuencias legales del incumplimiento de la obligación garantizada. Al margen de que, como se ha señalado, aun ascendiendo a idéntico importe, puede resultar ciertamente ventajoso para el acreedor quedar dispensado de tener que probar, sea la existencia del daño que la cuantía del mismo, facilitando así la ejecución de la obligación incumplida o deficientemente satisfecha.

c. Aplicaciones de la cláusula penal: su proyección sobre la problemática de las viviendas en construcción

Se ha puesto de relieve el carácter paccionado de la cláusula penal hasta el punto de que, como expresión de la autonomía de la

tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

obligaciones alternativas y en las obligaciones con cláusula penal. En el primer caso, devenida imposible una de las prestaciones alternativas, el deudor queda privado de su facultad electiva y la obligación se convierte en ordinaria, mientras que en el segundo caso la concurrencia de un incumplimiento no imputable al deudor entraña su liberación a no concurrir un pacto expreso de agravamiento de su responsabilidad.

iii) La obligación facultativa

Si bien carente de regulación expresa en nuestro Código civil, goza de un amplio reconocimiento doctrinal⁶⁰ y jurisprudencial⁶¹

⁶⁰ J. M. MARTÍNEZ-PEREDA, *Las obligaciones facultativas en el derecho español*, en *ADC* 25.1 (1972) 475 ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *Contribución al estudio de las obligaciones facultativas*, en *RDP* (1982) 643 ss.; y J. PÉREZ DE VARGAS, *Sobre las obligaciones facultativas en derecho español*, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, II, Madrid, 2006, 575 ss.

⁶¹ Son las más emblemáticas la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1957; la de 28 de febrero de 1961; la de 16 de diciembre de 1983; y la de 22 de junio de 1984, mencionadas por la de 13 de marzo de 1990 al contemplar la obligación facultativa como

de atender por razón del incumplimiento culpable en el que ha incurrido, predeterminando su importe de forma anticipada; o incluso de sancionar al deudor culpable en aquellos casos en los que la cláusula penal desempeña una función estrictamente punitiva y no meramente liquidatoria, siendo en tal caso compatible con la pretensión del cumplimiento forzoso de la obligación principal.

Aunque volveremos sobre ello más adelante, cabe anticipar que, en mi opinión, cuando la cláusula penal adopta una finalidad exclusivamente liquidatoria o sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, sí puede hablarse de una doble prestación alternativa para el acreedor de la obligación principal: reclamar el pago de la pena o el de la indemnización que resultaría por aplicación del art. 1101 del Código civil. Mucho más ventajosa será aparentemente la primera vía, dispensándole de toda prueba sobre la existencia y alcance del daño, y sobre su relación de causalidad con el incumplimiento del deudor, así como también de la necesidad de intimar al deudor.

Por último, se ha de significar que los efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación son necesariamente distintos en las

voluntad, con fuerza de ley entre los contratantes³⁶, es designada frecuentemente como ‘pena convencional’. Y, de acuerdo con ello, cualquiera que sea su contenido, libremente determinable por las partes, ha de respetar los límites del art. 1255 del Código civil. En algunas de las definiciones que hemos traído a colación se alude a que su carácter es esencialmente pecuniario. Ciertamente la naturaleza divisible que ofrece el dinero encaja perfectamente con la tipología de situaciones que pueden condicionar la entrada en juego de la cláusula penal, donde no sólo se ha de contemplar el pleno incumplimiento de la prestación a la que el deudor se obligó, sino todos aquellos supuestos en los que puede hablarse de un incumplimiento parcial o un mero retraso en el cumplimiento. En estos casos, la pena, concebida en términos estrictamente pecuniarios, se erige, bajo el arbitrio judicial, en un instrumento por medio del cual resulta posible conciliar las expectativas indemnizatorias en favor del acreedor con el juego de la equidad, haciendo disminuir a

³⁶ Art. 1091 del Código civil: “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

través de la moderación judicial la cuantía de la pena en función del mayor o menor alcance del incumplimiento del deudor en los casos en que estaba prevista para un incumplimiento total, no sólo buscando conservar la proporcionalidad convenida por las partes, lo que bien podría alcanzarse aplicando una simple regla aritmética, sino evaluando el grado de insatisfacción que en el acreedor pueda haberse producido, que puede ser muy elevado aun siendo leve el incumplimiento atendidas las circunstancias del caso concreto³⁷. Y, naturalmente, semejante versatilidad es predicable tanto cuando la cláusula penal cumple una función cumulativa con el régimen legal indemnizatorio como cuando lo sustituye, adoptando en tal caso una función esencialmente liquidatoria de su montante.

Examinemos alguna de las manifestaciones más frecuentes en la práctica forense, como es su presencia en la compraventa de viviendas en construcción y en el arrendamiento de obra. En efecto, en ocasiones, la cláusula penal reviste la forma de un derecho de retención sobre el todo o parte

³⁷ G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 86 y 107 ss.

alternativas cumplan, desde un punto de vista económico, una función de garantía, no significa que en sí mismas constituyan una forma de garantía, como acontece, en cambio, con la cláusula penal⁵⁹. Tampoco puede hablarse de preferencia entre las distintas prestaciones alternativas que pueden propiciar la extinción de la obligación, que es única, sino que todas ellas se configuran como principales. En cambio, la cláusula penal genera una nueva obligación que tiene un contenido distinto de la obligación principal y a cuya falta de cumplimiento regular se supedita, lo que le confiere carácter accesorio desde el punto de vista de su eficacia, que sólo será posible cuando la obligación principal no resulte plena o debidamente cumplida. Por consiguiente, satisfacer la pena convenida en la cláusula penal no es una alternativa que se confiere al deudor en lugar del cumplimiento de la obligación principal (salvo en el caso excepcional de que así se haya convenido, ex. art. 1153 párrafo primero), sino un modo de obviar los inconvenientes del cálculo de la indemnización de daños y perjuicios que ha

⁵⁹ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 168 y A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 34.

contraída por el deudor es una sola, pero su extinción puede alcanzarse mediante la realización de una entre varias prestaciones posibles. Entre ellas, dice el art. 1132, “la elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor”. Hay, por tanto, varios objetos *in obligatione* detrás de una única obligación, lo que significa que la liberación del deudor se alcanza mediante el cumplimiento de una cualquiera de las prestaciones alternativas por las que puede optar. Así configurada la obligación, resulta indudable que el interés del acreedor queda mejor asegurado ante el riesgo de que por caso fortuito o fuerza mayor el deudor no pueda cumplir con aquello a que se comprometió, puesto que, en tal caso, devenida imposible una de las prestaciones, la obligación se concentra en la que queda subsistente⁵⁸. Pero el que las obligaciones

⁵⁸ Así se recoge expresamente en el art. 1134 para los supuestos de elección del deudor: “el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable”; y en el art. 1136.1º cuando es el acreedor quien se ha reservado la elección: “si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera”.

de la prestación anticipadamente satisfecha por el contratante que no sigue atendiendo puntualmente la prestación debida, motivando con ello la resolución del contrato a instancia del acreedor. Ello acontece con frecuencia en las compraventas de viviendas en construcción para el caso de que el comprador deje de atender alguna o algunas de las cuotas que el promotor le va girando periódicamente y que entrañan una parte aplazada del precio, que se completará, según los usos habituales en el tráfico inmobiliario, una vez el vendedor esté en disposición de entregar la vivienda, normalmente a través de la *traditio* instrumental del otorgamiento de escritura pública. Tal incumplimiento del comprador facultaría al vendedor a resolver de conformidad con el art. 1124 del Código civil, con la facultad de exigir una indemnización de daños y perjuicios y el abono de intereses, dispensándole, como principal efecto de la resolución instada, de su obligación de entregar la vivienda una vez quede concluida. De este modo, tal cláusula penal viene a sustituir al régimen indemnizatorio ordinario previsto para los supuestos de resolución, a menos que de la voluntad de las partes pueda desprenderse su carácter cumulativo con dicha previsión

normativa³⁸, pero al propio tiempo se erige en un eficaz instrumento que conmina al comprador al cumplimiento de sus obligaciones, lo que no obsta para que tenga encaje una moderación que reprima prácticas abusivas, como las de favorecer la resolución, que es siempre facultativa y que ante un leve incumplimiento, comporta de por sí una sanción para el deudor³⁹.

Con todo, esta manifestación concreta de la cláusula penal puede verse atenuada en sus efectos gracias a la moderación judicial del art. 1154 del Código civil así como a las limitaciones que impone la legislación protectora de los consumidores y usuarios en los casos en que ésta sea aplicable⁴⁰. En este sentido, tratándose de obligaciones de vencimiento periódico, como es la de efectuar derramas parciales durante la construcción de la vivienda, la facultad resolutoria ha de

³⁸ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 158 y J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 117 ss.

³⁹ G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 116 ss.

⁴⁰ Vid. M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 487 y L. A. SOLER PASCUAL, *Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* 1.3 (2008) 95.

que se supedita una obligación condicional puede ser de muy variada naturaleza, sin que sea preciso que se trate de un acto o negocio jurídico, mientras que en la obligación con cláusula penal ese suceso futuro o incierto ha de ser única y exclusivamente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de otro negocio jurídico tenido por esta razón por principal, con lo que el evento condicionante viene concebido en términos muy precisos y perfectamente individualizables, mostrándose propiamente como una *condicio iuris*⁵⁷.

ii) *La obligación alternativa*

Nuestro Código civil dedica a las obligaciones alternativas los arts. 1131 a 1136, que son un fiel reflejo de la construcción doctrinal llevada a cabo por los juristas romanos en sede de estipulaciones. Su característica esencial es que la obligación

⁵⁷ J. M. LOBATO, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 104, 106 y 112 s.; W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht*, cit., 59; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 158 s.; y J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 142 s.

existencia la presencia de otra obligación llamada principal a la que estrechamente se liga, no excluye que en el estricto campo de la eficacia y operatividad de la obligación penal asumida accesoriamente por el deudor principal pueda hablarse también de obligación condicional, puesto que ambas obligaciones han de tenerse por existentes⁵⁶, fundadas ambas en dos declaraciones de voluntad distintas, desde el mismo momento de su emisión, si bien la que sustenta la cláusula penal se presenta como condicionada en sus efectos a cuanto acontezca a propósito de la obligación de la que trae su causa y justificación, de modo que si ésta es puntual y regularmente cumplida de acuerdo con lo convenido, la obligación con cláusula penal, por bien que haya nacido a la vida jurídica, no desplegará las consecuencias que le son propias por no haber acontecido el suceso futuro o incierto a que se sujetaba, que no es otro que el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación que le sirve de base. En definitiva, la diferencia entre la obligación condicional y la obligación con cláusula penal descansa en que el suceso futuro o incierto al

⁵⁶ L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*⁹, II, Madrid, 2005, 94 s.

depender de un incumplimiento esencial de las obligaciones del comprador y ello estará en estrecha relación con el número de plazos dejados de atender y con la dimensión de lo impagado en directa relación con el montante total del precio de compra convenido, puesto que si se han atendido ciertos pagos, puede hablarse de cumplimiento parcial y cuantos más se hayan pagado respecto del montante total, más habrá de quedar reducida la pena⁴¹. De ahí que puedan ser merecedoras de reproche judicial en cuanto abusivas, comportando su nulidad y haciéndose ésta compatible con el principio de conservación del contrato a través de una interpretación integral de su contenido, aquellas cláusulas que facultan a las promotoras a resolver el contrato por el mero de hecho de haber dejado de pagar un único plazo⁴². En aquellos

⁴¹ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 402 ss.

⁴² Como es habitual en los contratos de leasing por el alto riesgo que asume la sociedad arrendadora financiera al haber adquirido un bien por mandato del arrendatario, sin recibir de inmediato el precio total del mismo, cediendo el goce de dicho bien al arrendatario y sin garantías de que éste finalmente ejercite la opción de compra. Vid. al respecto más ampliamente M. UREÑA MARTÍNEZ, *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid, 2003, 21 ss.

casos en los que no concurren los presupuestos para declarar abusiva la cláusula, podrá, no obstante, entrar en juego la moderación judicial para limitar el derecho de retención que se haya podido reservar la promotora respecto de las cantidades ya satisfechas por el comprador, todo ello a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁴³.

Pero en el campo de las viviendas en construcción y como expresión del justo equilibrio entre los contratantes, precisamente en un campo (el de la adquisición de viviendas en construcción, otrora tan pujante en España) en el que la onerosidad de las prestaciones a que se obligan las partes obliga a extremar las cautelas para garantizar su exacto y puntual cumplimiento, puede darse una cláusula penal que contemple una pena convencional para el vendedor-promotor cuando se excede de la fecha convenida para la entrega de la vivienda terminada y en

⁴³ Así, por ejemplo, puede mencionarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003, que califica de “incumplimiento inequívoco y objetivo” la “inactividad o pasividad respecto del pago del precio aplazado durante varios años, que se remonta prácticamente al inicio de la relación contractual, y por un importe elevado en atención al total pactado”.

Cierto es que en rigor la doctrina y la jurisprudencia han tratado de poner de manifiesto las diferencias existentes entre la obligación con cláusula penal y la obligación condicional⁵⁵. Entre ellas, el que ésta no precisa de otra obligación distinta que dé sentido a su existencia, sino que su ineficacia actual depende de sí sola y se prolongará en tanto no acontezca el suceso futuro o incierto que opera como condición. Pero la circunstancia de que la accesoriedad sea realmente la característica que marca la naturaleza de la obligación con cláusula penal, erigiéndose así en fundamento de su misma

⁵⁵ Puede citarse a estos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950, que pone de manifiesto que la pena convencional “se distingue legalmente de la condición, no sólo en sus efectos, sino también, y principalmente, por su naturaleza, pues mientras en la obligación condicional existe una sola obligación cuyo cumplimiento depende de un suceso incierto, independiente de la exclusiva voluntad del deudor, pues en otro caso sería nula (arts. 1113 a 1115), en la obligación con cláusula penal hay dos obligaciones: la que constituye la pena, dependiente del incumplimiento de la principal, y ésta cuyo cumplimiento puede depender de la voluntad del deudor, sin anular, sino, por el contrario, producir la eficacia de la pena (arts. 1152 a 1153)”. Vid. J. SANTOS BRIZ, *Artículo 1152*, cit., 291 y J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 146.

cumplimiento o incumplimiento irregular del negocio que le sirve de fundamento⁵². Ese ligamen es el que permite hablar de dos obligaciones en el deudor, una principal y otra accesoria, pues la cláusula penal, fuente de esta característica obligación accesoria llamada pena convencional, depende de aquélla y encuentra en ella su misma existencia hasta el punto de que, quedando normal y puntualmente extinguida la obligación principal, también se extingue la obligación accesoria, tal como dispone el art. 1155 del Código civil; del mismo modo que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (art. 1203 del Código civil) comporta la transferencia del crédito con los derechos a él anexos⁵³, como así se reitera en sede de compraventa para los casos de venta o cesión de un crédito⁵⁴.

⁵² J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 147 y X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, cit., 92.

⁵³ Art. 1212 del Código civil: “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”.

⁵⁴ Art. 1528 del Código civil: “la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”.

condiciones de ser habitada. En este caso, la cláusula penal no se manifiesta en un derecho de retención, sino en la facultad de deducir del precio aplazado pendiente de satisfacer un tanto por día o por mes de retraso por parte del vendedor, siendo por su carácter de pena moratoria perfectamente compatible con la exigencia del cumplimiento o de su equivalente pecuniario una vez acreditado que el cumplimiento no tendrá lugar⁴⁴. Verificado

⁴⁴ Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1980 al significar que “inserta en el contrato una cláusula penal, consistente en el abono de una cantidad por cada día de retraso en la entrega, respecto de la fecha fijada para ello, no es sostenible que, a tenor del párrafo primero del artículo 1152 del Código civil la cláusula penal sustituirá a la indemnización del daño y abono de intereses en caso de falta de cumplimiento ... Entra en juego el artículo 1153 del Código en su inciso segundo, que permite aquella compatibilidad siempre que haya sido claramente otorgada. Este requisito concurre porque la cláusula discutida es de las llamadas moratorias o de demora, establecidas para el supuesto de retraso en el cumplimiento, y no como sustitutivo indemnizatorio de éste”. Vid. al respecto M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, cit., 468; y *Artículo 1154*, cit., 487 s.; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1153*, cit., 160; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 39 y 331 ss.; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 86

el retraso imputable al vendedor, tal cláusula penal resulta de aplicación inmediata, sin necesidad de probar los daños derivados de la mora en la ejecución de la prestación y sin siquiera necesidad de intimación o interpelación de la mora, “so pena de desnaturalizar las cláusulas contractuales consagradas a la fijación de un término esencial para la ejecución y entrega de las obras, y de ignorar los efectos que se operan y producen con la llegada del término o plazo señalado al efecto”⁴⁵. Tampoco parece posible que pueda operar la moderación judicial en los casos de pena moratoria, puesto que se habrá de abonar en la proporción establecida (tanto por día o mes de retraso) y en función del retraso efectivo practicado⁴⁶, a menos que

ss.; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 94 ss. y 109 ss.; X. O’CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, cit., 94; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1154*, cit., 1348.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1987. Estaríamos así ante uno de los supuestos en los que la obligación o la ley permiten dejar de lado la exigencia de intimación. Vid. J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 101 s. y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 72 ss.

⁴⁶ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 396 y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el*

como presupuesto para su eficacia, pues sin él, la cláusula penal, como negocio suspensivamente condicionado, no podrá desplegar sus efectos normales⁵⁰. El acontecimiento que constituye la condición, haciendo uso de la terminología a la que recurre el Código civil, es el incumplimiento o cumplimiento irregular de las obligaciones que pesan sobre el deudor en el negocio principal, existiendo así entre ellos (el negocio condicionante y el negocio condicionado) una evidente relación subsumible dentro de la categoría de los negocios jurídicos conexos⁵¹, de modo que el negocio que consiste en la cláusula penal ha de tenerse por existente por cuanto ha concurrido un recíproco cruce de voluntades con el propósito de garantizar mejor el negocio principal, pero su eficacia, esto es, que sea exigible la obligación penal, se encuentra condicionalmente suspendida al

DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 141 ss.

⁵⁰ Art. 1114 del Código civil: “en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición”.

⁵¹ J. L. LACRUZ e. a., *Elementos de derecho civil*, I, *Parte General*, III, *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*², Madrid, 2000, 235.

entrega que, pese al aumento de obra, hubiera sido razonable⁴⁸.

d. La obligación con cláusula penal frente a otras figuras afines

i) La obligación sujeta a condición

Sin ser excesivamente rigurosos por lo que a la dogmática del negocio jurídico se refiere, es evidente que la cláusula penal entraña un negocio condicionado a la existencia de incumplimiento o cumplimiento irregular de otro tenido por principal⁴⁹, que opera así

⁴⁸ Vid. más ampliamente sobre todas estas cuestiones la monografía de F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 85 ss.

⁴⁹ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945 se refería a la cláusula penal como “una promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal”; la de 28 de diciembre de 1946 señalaba, al establecer su diferencia con el ‘dinero de arrepentimiento’, que la pena convencional “aparece *in obligatione*, si bien con carácter de condicional y accesoria”; y la de 21 de marzo de 1950 habla de la pena convencional como “modalidad de la promesa condicionada”. Vid. J.

puedan reconocerse alteraciones sustanciales en la base del negocio que propendan por una dulcificación de la sanción que naturalmente resultaría del retraso en el cumplimiento, solución a la que podría llegarse por aplicación del artículo 1258 del Código civil, “lo que permite, en casos límite, revisar la adecuación del resultado penal de acuerdo con el entramado de los intereses y el carácter de los bienes en presencia”, si bien, “dado lo resbaladizo de este territorio, una regla codificada de reductibilidad de la pena por exceso, sería de gran utilidad”⁴⁷.

También puede convenirse que la cláusula penal opere exclusivamente para el caso de que, estando ante un retraso esencial que frustra completamente las expectativas del comprador, éste se incline por la resolución por razón de un incumplimiento imputable al

contrato de obra, cit., 116. En este orden de cosas, G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 101 ss. pone de manifiesto una cierta “esquizofrenia jurisprudencial” evidenciada por una reciente tendencia hacia la moderación de las penas moratorias y resolutorias surgida “de la necesidad de aligerar sanciones desproporcionadas o de ajustarlas a las exigencias de la buena fe”.

⁴⁷ G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 115.

vendedor. Ello entrañará la restitución de las cantidades previamente abonadas por el comprador y la exigencia de la pena convenida, que suele tener una función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento esencial en el que el vendedor ha incurrido. Se hace en todo caso indispensable un control judicial del contrato especialmente en orden a estimar si es o no imputable el incumplimiento. No hay que olvidar, como frecuentemente acontece, que el problema del retraso del promotor en la entrega de la vivienda puede tener por causa remota el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los distintos agentes que intervienen en el proceso constructivo, principalmente el contratista que se liga al promotor-vendedor a través de un contrato de arrendamiento de obra. Sobre éste puede también gravitar una cláusula penal de carácter moratorio que, por una parte, constriña al contratista a observar escrupulosamente los pactos y, por otra, surgida la demora, permita al promotor obtener una indemnización por los perjuicios que el retraso en la entrega pueda ocasionarle, siempre que tal retraso no sea imputable al contratista o, de alguna manera, haya sido propiciado por el propio promotor a través de

la modificación o alteración del proyecto inicial, con la consiguiente consecuencia de haberse aumentado el volumen de obra respecto del inicialmente previsto sin haberse diferido el plazo de entrega. Todo ello, naturalmente, entraña una modificación sustancial de las circunstancias que envolvían la relación obligatoria de base, lo que determina la ineficacia de la cláusula penal tal como había quedado prevista. Naturalmente, habrá que estar al caso concreto, contemplando así en qué medida ha aumentado la obra y cuál habría sido el retraso lógico de tal aumento, puesto que si debe estimarse de forma restrictiva la existencia de una cláusula penal por el mayor gravamen que comporta para el deudor, una vez claramente establecida, fruto del convenio de los contratantes, también se han de restringir al máximo los supuestos de ineficacia de la misma, que han de consistir, por tanto, en graves y esenciales alteraciones de las circunstancias que hagan del todo punto imposible verificar la entrega en el plazo indicado. Y ello no puede servir de coartada para amparar el completo relajo del contratista en la ejecución de aquello que le compete, excediéndose con mucho en la

adverbio ‘conjuntamente’ ha de entenderse no tanto en el sentido de que no sea posible la reclamación coetánea de ambas obligaciones, sino en el sentido de que no es posible como regla general reclamar las prestaciones que se derivan de las dos obligaciones. Así interpretado el precepto, nada obsta para que frustrada la pretensión de cumplimiento forzoso, intente el acreedor la satisfacción de la pena convenida, precisamente contemplada para tal supuesto, como podría también optar por la indemnización de daños y perjuicios que ampara el art. 1101 del Código civil. No, en cambio, al contrario, pues, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, no cabe pedir el cumplimiento forzoso después de haberse el acreedor inclinado por la resolución, lo “que no impide, desde luego, la acumulación alternativa o eventual de ambas opciones en una misma demanda”⁸⁸.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2011. Cfr. M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, cit., 478 s.; J. SANTOS BRIZ, *Artículo 1153*, cit., 295; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1153*, cit., 160; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 325 ss.; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1153*, cit., 1348.

representando un principio de ejecución; b) penales, cuya finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento; y c) penitenciales, que constituyen un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454 del Código civil”⁶⁴.

Hechas estas consideraciones, resulta evidente que el parentesco funcional de la cláusula penal ha de predicarse únicamente respecto de las arras penitenciales y penales. Y tal calificación va a depender esencialmente de la voluntad de los contratantes. Así se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010, puesto que “la entrega de una suma de dinero de un contratante a otro puede efectuarse para asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder rescindirle libremente consintiendo en perder la cantidad entregada”.

⁶⁴ Como así se refleja últimamente en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002, 20 de mayo de 2004 y 24 de marzo de 2009.

Las arras penitenciales se consagran en sede de compraventa en el art. 1454 del Código Civil como una cantidad que se entrega anticipadamente al vendedor y a raíz de la cual cualquiera de las partes queda facultada para apartarse libremente del contrato, perdiendo el comprador la cantidad previamente entregada o debiendo restituirla duplicada el vendedor, según quién de ellos haya instado la resolución. Lo esencial, por tanto, para atribuir a las arras esta función penitencial es que conste de manera clara e indubitada que las partes se han otorgado recíprocamente la facultad de resolver unilateralmente el contrato, presupuesto para la pérdida de las entregadas o la restitución duplicada de las recibidas⁶⁵. En tal caso, no

⁶⁵ Así lo refleja la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010 al exigir para la aplicación del art. 1454 del Código civil “la voluntad de las partes claramente constatada, expresando la intención de los contratantes de otorgar la posibilidad de desligarse de la convención (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1996 y de 24 de marzo de 2009)”, pues “el empleo de la palabra señal no expresa necesariamente la facultad de separarse del contrato y puede ser entendida como anticipo del precio (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1992), y es posible que las partes consideren que las mismas arras que sirven

congruencia con la posición que venimos sosteniendo en el sentido de que la eficacia de la cláusula penal, que se alcanza por el incumplimiento de la obligación principal, permite su exigibilidad, pero no la impone. Podrá exigirse la pena convenida, bien sea acumuladamente, bien sea a modo de sustitución del cumplimiento forzoso o de la indemnización de daños y perjuicios que prevé el art. 1101 del Código civil. Pero no provoca automáticamente la extinción de la obligación principal, lo que entrañaría un supuesto de novación extintiva sujeta a la condición de su incumplimiento, sino que, en atención a la función aseguradora que siempre tiene la cláusula penal, proporciona al acreedor una alternativa que en la práctica suele ser mucho más ventajosa, no sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también procedimental⁸⁷.

Al hilo de esta alternativa, es controvertido si el art. 1153 del Código civil, con una redacción tan tajante, excluye la posibilidad de exigir la satisfacción de la pena cuando el cumplimiento forzoso por el que se ha optado inicialmente deviene imposible. El

⁸⁷ Vid. A. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 78 y J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 83 ss.

civil requiere el pacto expreso o la constancia clara. De este modo, el precepto consagra, supeditándola a la existencia de pacto en ese sentido, dos de las funciones a las que anteriormente hemos aludido: una función liberatoria para el deudor que prefiere cumplir con el tenor de la cláusula penal, evitando así la obligación principal; y una función realmente punitiva para el deudor, puesto que la pena que ha de atender se acumulará al cumplimiento forzoso que el acreedor le reclamará o, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios que resulte de aplicar el régimen general de responsabilidad que consagra el art. 1101 del Código civil⁸⁶.

Otra cuestión que levanta el precepto es si, producido el incumplimiento, el acreedor podrá optar entre el cumplimiento forzoso o la satisfacción de la pena. Se ha de responder afirmativamente y ello en perfecta

⁸⁶ Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1969, que expresamente menciona “una función liquidatoria, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios en el art. 1152, párrafo primero”, una “misión liberatoria en el párrafo primero del artículo 1153 ...”, a modo de “*multa penitencialis*”, y “una función verdaderamente penal en el párrafo segundo de este último artículo – pena cumulativa –”.

desempeñan las arras una función punitiva frente al incumplimiento de cualquiera de las partes, sino la de compensar económicamente a quien no ha hecho uso de tal facultad resolutoria, que ha de tenerse por lícita en cuanto prevista por las partes. En cambio, la cláusula penal, en cuanto, por regla general, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, tiene por presupuesto el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal de la que no resulta lícito apartarse unilateralmente por no haberse así convenido, sin que, además, la cláusula penal comporte una entrega dineraria en efectivo que sea lícito retener, sino que entraña una obligación accesoria supeditada a una serie de circunstancias acaecidas en torno a la principal que, surgidas, la harán exigible. Pero no debe olvidarse que dicha pretensión es siempre facultativa para el acreedor, puesto que está en su mano el interesar el cumplimiento forzoso de la obligación

para confirmar el contrato, puedan considerarse como penales ante la previsión del incumplimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2009), pues las arras siempre tienen el carácter de pago en caso de cumplimiento del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1996)”.

contraída por el deudor. En definitiva, la cláusula penal previene el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso, mientras que las arras penitenciales compensan a la parte que se ve perjudicada por una resolución unilateral del contrato que se ha previsto como posible a instancia de cualquiera de ellas y, por tanto, sin que pueda ser tenida por antijurídica.

Precisado el carácter de las arras penitenciales, se aproximan inevitablemente desde el punto de vista de la función que desempeñan únicamente a la modalidad de cláusula penal impropia que recoge el párrafo primero del art. 1153 del Código civil, sobre el que volveremos más adelante: “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”. No así con la cláusula cumulativa ni con la sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, pues ninguna de ellas permite al deudor optar por el pago de la pena en lugar de atender la obligación principal.

A pesar de su aproximación a la cláusula penal del art. 1153 párrafo primero del Código civil, pueden significarse algunas diferencias. La primera que se aprecia radica en que, cualquiera que sea la modalidad de

hayan pactado los contratantes, bien sea de forma expresa, bien pueda ello deducirse de una interpretación integral de las convenciones de las partes. Se ha de significar así la distinta intensidad de los adverbios “expresamente” y “claramente” que se contemplan en los distintos párrafos de este artículo⁸⁵.

En consecuencia, cabe que ambos contratantes convengan, en el ejercicio de la autonomía privada, un régimen jurídico particular más agravado o más atenuado desde la óptica de la responsabilidad que pesa sobre el deudor, pudiendo así devenir la cláusula penal en fuente de una obligación cumulativa (en los casos en los que la pena no sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, sino que resulta exigible también junto con el cumplimiento forzoso); o de una obligación facultativa (en los casos en los que el deudor puede liberarse de la obligación principal, cumpliendo la pena). Pero ni uno ni otro régimen se presumen, pues el Código

⁸⁵ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 157; M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, cit., 474 ss.; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1153*, cit., 159; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 78 ss.; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1154*, cit., 1348.

resolución convencional pactada incorporada al contrato en base al principio de libre autonomía de la voluntad ... con la correlativa obligación de indemnizar”, naturaleza jurídica que se aleja de la de la cláusula penal, puesto que dicho precepto “reconoce la posibilidad de que mediante pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación principal pagando la pena convenida, en lo que se ha venido a llamar pena o dinero de arrepentimiento en el sentido de que a través de ella se faculta exclusivamente al deudor a elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento, como una obligación facultativa con cláusula de sustitución, como ya precisara la sentencia de 21 de febrero de 1969”⁸⁴.

El precepto se completa en su párrafo segundo, reiterando la función sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios que el ordenamiento jurídico reserva a la pena convencional, puesto que no resulta posible pretender conjuntamente el cumplimiento forzoso de la obligación principal y la satisfacción de la pena, a menos que así lo

⁸⁴ Tal como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2010.

arras considerada, ella implica siempre una entrega efectiva, mientras que la cláusula penal adopta la forma de una promesa de cumplir una prestación que todavía no se ha verificado y que, en consecuencia, no resulta posible retener ni devolver, sino todo lo más exigir una vez acontecido el incumplimiento o cumplimiento defectuoso a que se supedita. La segunda diferencia que salta a la vista es que la cláusula penal, al constituir una promesa, es siempre fuente de obligaciones unilaterales, que ha de cumplir el promitente, todo ello sin perjuicio de que, derivándose del negocio celebrado entre las partes obligaciones bilaterales, puedan convenirse recíprocas cláusulas penales para asegurar las respectivas prestaciones, como hemos visto que puede darse en el caso de la compraventa de viviendas en construcción.

No constando nítidamente tal recíproca facultad resolutoria, las arras adoptan en sede de compraventa una función esencialmente penal, de modo que producido el incumplimiento culpable del vendedor o del comprador, el primero ha de restituirlas duplicadas y el segundo allanarse a perderlas, puesto que se revelan como un medio de garantía del cumplimiento. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010,

haciéndose eco de la de 25 de octubre de 2006, calificaba las arras penales de “cláusula penal por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y solo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula”, de modo que, como ha señalado también la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2009, “se pactan como simple garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, pero no al objeto de que las partes puedan desistir lícitamente del contrato con tal proceder”. Por consiguiente, su función es idéntica a la de la cláusula penal y su ejecución, al igual que la cláusula penal, tiene por presupuesto el incumplimiento. En tanto los contratantes no han cumplido aquello a lo que se obligaron, las arras, normalmente consistentes en una cantidad de dinero, prueban la existencia del ligamen contractual y estimulan a ambas partes al cumplimiento de sus respectivas prestaciones, de modo que regularmente llevadas a cabo, las arras se transforman en una parte anticipada del precio que el comprador entregó al vendedor y que habrá de deducirse del montante total convenido. Por el contrario, verificado el incumplimiento, la función penal de las arras emerge en toda su dimensión. Sin embargo,

pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada”.

La especial consideración al interés del deudor como marco normativo supletorio en defecto de pacto (la pena sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios) no tiene, sin embargo, carácter absoluto. De ahí que, en ausencia de convenio al efecto, la pena no tiene el carácter de una prestación alternativa por la que el deudor puede inclinarse en lugar de atender puntual y debidamente la obligación principal. Se habla en estos casos de obligación facultativa con cláusula de sustitución⁸³. De esta manera, en nuestro derecho común la pena se concibe normativamente como una prestación sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, pero no de la prestación asumida por el deudor. La posibilidad que contempla el primer párrafo del art. 1153 es la de “una

⁸³ W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 69; J. SANTOS BRIZ, *Artículo 1152*, cit., 289; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1153*, cit., 1348.

acreedor y, en consecuencia, de la interpretación del precepto no puede resultar una automática e imperativa sustitución del régimen indemnizatorio ordinario, salvo que así lo manifieste el acreedor, exigiendo la satisfacción de la pena⁸². Predicar lo contrario sería tanto como afirmar que la cláusula penal con función liquidatoria tiene efecto novatorio respecto de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados cuando sea ya patente la imposibilidad de cumplimiento.

ii) Art. 1153 del Código civil

Dispone este artículo que “el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación

⁸² No se comparte el criterio de M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, cit., 480, que ve en la pena sustitutiva, “no un exclusivo derecho del acreedor, sino una situación en la que existe también el derecho del deudor a pagar sólo hasta el montante de la pena, aunque los daños por incumplimiento sean mayores”. Más plausible, en cambio, son las consideraciones de J. M. LOBATO, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 103 de que la “verdadera cláusula penal o pena convencional, debe suponer aun en su carácter liquidatorio previo, un sacrificio material o económico para la parte que incumple”.

en la medida en que entrañan una entrega previa, se diferencia de la cláusula penal, que, como se ha puesto de relieve, es una promesa que cobrará toda su eficacia una vez producido el incumplimiento al que se condicionaba. De ahí que la diferencia esencial es que, ante el incumplimiento, las arras pueden ser retenidas o han de ser restituidas, sin perjuicio de instar además el acreedor el cumplimiento forzoso cuando no tengan carácter penitencial, sino penal, mientras que la pena convencional subyacente en la cláusula penal estará en condiciones de ser exigida, comportando las más de las veces una sustitución de la indemnización de daños y perjuicios incompatible con la pretensión de cumplimiento forzoso de la prestación incumplida⁶⁶.

v) La fianza impropia

Por fianza impropia ha de entenderse aquella cantidad de dinero que se entrega en sede de arrendamientos urbanos sujetos a la

⁶⁶ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 177 ss.; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 82; y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 69.

legislación especial para garantizar las obligaciones del inquilino, en particular las relativas al pago de la merced y de los suministros energéticos que sean de su cargo, siendo más controvertido, dado el modo de determinación legal de su cuantía, si también puede asegurar la obligación del arrendatario de restituir la vivienda arrendada en condiciones de estado y conservación semejantes a las existentes al inicio del contrato. En todo caso, es un modo de asegurar exclusivamente la obligación del arrendatario. El art. 36.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, donde viene contemplada, tiene el carácter de norma imperativa: “a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico, en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda”. Del precepto emerge con claridad las notas características de esta fianza impropia, que participa de las de la prenda irregular. Ha de consistir en una cantidad de dinero con exacta correspondencia con la cuantía de la merced arrendaticia mensual. Sí tiene, en cambio, el carácter de norma dispositiva la actualización de la fianza,

abiertamente contrario a esa función coercitiva que impulsa al deudor al cumplimiento. Resulta evidente que si la cláusula penal interesa en particular al acreedor por venir así mejor asegurada la obligación principal, para el caso, seguramente improbable, de que la pena pactada deviniese irrisoria, habrá de quedar a su elección hacerla valer o instar el régimen indemnizatorio ordinario del art. 1101, que, si bien en el plano cuantitativo podría en este caso excepcional aparecer como más útil, en el plano procedimental obligaría al acreedor a probar la existencia, alcance y relación de causalidad del daño. Sería, por tanto, un mal menor para el acreedor, visto que la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil no permite que la pena convenida pueda ser incrementada, sino únicamente atenuada en favor del deudor en los casos en que, prevista para un incumplimiento total, se haya dado un cumplimiento parcial.

No hay que olvidar que el hecho de que la cláusula penal entrañe una convención encarnada por la declaración de voluntad de los mismos que intervienen en la obligación principal, no significa que debamos desentendernos de la función que cumple, que contempla en primer plano el interés del

autonomía de las partes así lo haya previsto, erigiéndose así el montante de la pena en una indemnización mínima⁸⁰ o que pueda reconocerse un comportamiento doloso en el deudor⁸¹. Otra cosa sería dotar a la regla del artículo 1152 de naturaleza imperativa, derogando así el régimen indemnizatorio ordinario, pero además posibilitar que la cláusula penal, incorporada o gravitando en torno al negocio principal para un mejor aseguramiento del interés del acreedor, pueda eventualmente favorecer al deudor cuando la evaluación anticipada de los daños y perjuicios no haya sido feliz, lo que sería

GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 137.

⁸⁰ J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 357 s.; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 140 ss.; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 61; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 18 y 139 s.

⁸¹ Art. 1107 del Código civil establece que “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

materializada en su incremento o en su disminución, una vez transcurridos cinco años desde la celebración del contrato, operando como límite cuantitativo el importe efectivo de la merced arrendaticia al tiempo de la prórroga (art. 36.2 de la LAU). Asimismo, la LAU apunta a la posibilidad de que los contratantes convengan otras garantías para mejor aseguramiento de las obligaciones arrendaticias del inquilino (art. 36.5) y prevé que el arrendador destine total o parcialmente la fianza consignada a la satisfacción de las obligaciones pendientes de cumplimiento por el arrendatario al tiempo de la extinción del contrato, puesto que el art. 36.4 de la LAU contempla una indemnización de daños y perjuicios que habrá de efectuar el arrendador una vez transcurrido un mes desde la restitución de la posesión mediante la devolución de las llaves: “el saldo de la fianza en metálico que deba ser restituido al arrendatario al final del arriendo devengará el interés legal, transcurrido un mes desde la entrega de las llaves por el mismo sin que se hubiere hecho efectiva dicha restitución”.

A la vista de la conformación normativa de la fianza arrendaticia, emergen de inmediato algunas diferencias con la cláusula penal. La entrega inexcusable de una cantidad

de dinero al arrendador, tal como contempla la LAU, se contrapone a la promesa de una prestación, cuya naturaleza no necesariamente ha de ser dineraria. La entrega de la fianza no tiene por base un negocio jurídico distinto de carácter accesorio, sino que entraña una de las obligaciones *ex lege* que se imponen a todo arrendatario. Además, adoptando habitualmente la cláusula penal una ventajosa función liquidatoria anticipada de los daños y perjuicios experimentados por el acreedor, queda dispensado de su prueba, mientras que el arrendador ha de probar los ocasionados por el inquilino. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la distancia no es tan grande. La facultad de retención definitiva de la fianza arrendaticia y la de reclamar el pago de la pena han de descansar en el incumplimiento de la relación jurídica principal. Si queda acreditado el del arrendatario, es obvio que se ha producido un perjuicio que ha de ser indemnizado, si bien ha de determinarse judicialmente a cuánto asciende y, en consecuencia, si será o no procedente restituir siquiera sea parcialmente la fianza arrendaticia. Por el contrario, en caso de cumplimiento regular de la obligación, la fianza ha de ser devuelta, mientras que la

intereses en caso de falta de cumplimiento”⁷⁸. Este tono imperativo ha de entenderse, a mi juicio, en el sentido de que no cabe reclamar, en principio, ambas cosas, pena e indemnización, ni siquiera por el exceso, a menos que la pena opere cumulativamente por convenio de las partes. La regla general debe entenderse en el sentido de que una acción consume la otra o que no cabe deducir ambas acciones, que descansan en una misma pretensión resarcitoria, teniendo en cuenta que la idea de que, habitualmente, la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios es una proyección en el plano sustantivo del principio procesal *bis de eadem re ne sit actio*. Por ello, no cabe reclamar la pena y la indemnización de daños y perjuicios, sino una u otra, ni tampoco cabe reclamar el exceso cuando la pena convenida no alcance a cubrir todos los daños y perjuicios efectivamente acaecidos⁷⁹, a menos que la

⁷⁸ En contra, M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, cit., 468 s. y 475; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 158; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1153*, cit., 1348.

⁷⁹ Como admiten, por ejemplo, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, en *Anuario de Derecho Civil* 46.2 (1993) 572 ss. y J. J. BLANCO

puntual y exactamente para evitarla a toda costa. Y ello es una previsión que ha de considerarse en primer plano en la medida en que la facultad moderadora de los tribunales en relación con el importe de la cláusula penal, según constante jurisprudencia dado el sentido inequívoco del art. 1154 del Código civil, queda limitado a los supuestos de cumplimiento parcial, pero no a aquellos en los que el incumplimiento del deudor ha sido absoluto.

En congruencia con ello, si los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento excedieran del montante prefijado en la cláusula penal, cabría por parte del acreedor, como anteriormente hemos anticipado, instar el régimen indemnizatorio ordinario del art. 1101 del Código civil, renunciando a exigir la pena convenida, puesto que ésta ha sido incorporada al negocio principal en beneficio exclusivo del acreedor. En cambio, no parece posible que el acreedor pueda exigir la pena y, además, siendo ésta de menor importe que los daños efectivamente ocasionados, reclamar también la diferencia. El ejercicio de la acción derivada de la cláusula penal tiene carácter dispositivo por más que el art. 1152 del Código civil establezca que “la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de

cláusula penal no llega a desplegar sus efectos por falta del presupuesto desencadenante.

e. Un viaje al pasado: régimen de la cláusula penal en el Proyecto de Código Civil de 1851

Antes de abordar de lleno el contenido de la regulación que el Código civil dedica a la cláusula penal se hace necesario cumplir un breve *excursus* histórico, deteniéndonos en el tratamiento dispensado a la cuestión por el Proyecto de Código Civil de 1851⁶⁷, concretamente en sus artículos 1079 a 1085. El primero de ellos recogía el contenido de la obligación con cláusula penal (la promesa del deudor de un “dar o hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligación principal”). El segundo de ellos reproducía literalmente el actual art. 1155 del Código civil, subrayando así el carácter accesorio de la cláusula penal al quedar afectada por la nulidad de la obligación principal.

El art. 1081 disponía que “el acreedor puede reclamar a su elección el cumplimiento de la obligación ó el de la pena estipulada

⁶⁷ Seguimos para ello la obra de F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, 112 y sigs.

contra el deudor moroso”, pero no ambas cosas, salvo que “así se hubiere pactado; en cuyo caso podrán los tribunales moderar la pena si fuere excesiva”. Y añade el precepto que “la cláusula penal es la compensación de los daños é intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta a la limitación del art. 1650⁶⁸”. Como veremos seguidamente, el régimen del Código civil se aparta en algunos aspectos de la letra de este artículo del Proyecto. Así, en la redacción actual del Código civil en su artículo 1154 la facultad moderadora de los órganos jurisdiccionales, a salvo algunas reivindicaciones doctrinales, sólo puede tener lugar cuando, prevista la pena para un incumplimiento total, se está ante un cumplimiento parcial o defectuoso de la obligación principal, pero no en aquellos supuestos en los que la pena convencional pueda ser tenida por desorbitada⁶⁹. En el art.

⁶⁸ Que impedía sobrepasar el doble del interés legal, de modo que en caso de contravención, la facultad moderadora habría de entrar en juego, si bien a instancia del deudor.

⁶⁹ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 178 ss.; W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 37; J.

de ventaja que le exonera de las incomodidades e incertidumbres que siempre acompañan a la tutela judicial de los derechos subjetivos. La recompensa, en consecuencia, si no lo es necesariamente de orden patrimonial, sí lo es de orden procedimental, brindando así al acreedor un instrumento más ágil que facilita la reparación del derecho lesionado. Pero también es frecuente que el tanto alzado al que se eleva la pena convencional alcance unas proporciones que previsiblemente excedan con mucho de los daños y perjuicios efectivamente ocasionados, todo ello para hacer todavía más estimulante al deudor aplicar la máxima diligencia al cumplimiento de la obligación principal⁷⁶. En caso contrario, entraría en juego la posibilidad de que el deudor valorara en cada caso qué es lo que más le conviene desde un punto de vista patrimonial⁷⁷, esto es, dejar de atender la obligación principal, desencadenando así los efectos de la cláusula penal; o cumplirla

⁷⁶ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 32; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 52 s. y 132 ss.; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 28.

⁷⁷ W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 66 s.

Decíamos anteriormente que esta sola consideración desempeña a las mil maravillas el papel de una auténtica pena, que estimula al deudor al cumplimiento exacto de la obligación contraída. La entrada en juego de forma automática de la pena una vez se ha gestado el supuesto de hecho que condiciona su aplicación (el incumplimiento o el cumplimiento irregular), sin posibilidad alguna para el obligado de cuestionar en juicio la existencia efectiva del perjuicio, la relación de causalidad del mismo con el proceder del deudor o el alcance cuantitativo del mismo, colocan de por sí al acreedor en una posición

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”. Cfr. M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, cit., 469 s.; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 158; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 66 s. y 319 ss.; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 82 ss.; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 43 s.; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1152*, cit., 1347; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 61; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 27.

1081 del Proyecto de 1851 se admitía la moderación judicial de las penas excesivas, si bien exclusivamente en el supuesto de la cláusula penal cumulativa. La regla general era, por tanto, la consideración de la cláusula penal como una liquidación anticipada de la indemnización de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de la obligación, puesto que, decía García Goyena en su Comentario al art. 1081, “las partes son bien competentes para fijarlos con anticipación en cantidad determinada, evitando así las molestias y gastos de un pleito”⁷⁰.

El artículo 1082 señalaba que “el cumplimiento de la cláusula penal sólo puede exigirse en los casos y cuando concurren las circunstancias, en que, no existiendo la cláusula, se podrían reclamar los daños é intereses, según las reglas dadas en la Sección 3, capítulo 3 de este título”, lo cual no es otra

DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 393 ss. y 465 ss.; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 75 ss.; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 81.

⁷⁰ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., 115 y W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 38 s.

cosa que supeditar la eficacia de la cláusula penal al hecho de encontrarse el deudor constituido en mora; o de encontrarnos ante un incumplimiento doloso o culposo, quedando sólo exonerado en los supuestos en que concurra caso fortuito o fuerza mayor⁷¹. En todo caso, el texto es un trasunto del artículo 1152 párrafo segundo del Código civil vigente.

Concluye el tratamiento de la obligación con cláusula penal con tres preceptos que contemplan un distinto régimen de responsabilidad de los herederos, según si la obligación asegurada es indivisible o divisible, que, sin embargo, no se ha incorporado al Código civil por haber primado la consideración de que en este caso no concurren especialidades en relación con la obligación que pesa sobre los coherederos respecto de las deudas del causante. El acreedor, producido el incumplimiento por cualquiera de los herederos, podrá reclamar la pena convencional de cualquiera de ellos, sin perjuicio del derecho de repetición del que pagó contra el que efectivamente contravino el tenor de la obligación.

⁷¹ W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 39.

Sin embargo, la vigencia del principio *favor debitoris* está en la base de la previsión normativa a propósito del carácter que la cláusula penal ha de ostentar en ausencia de pacto, que no es otro que su naturaleza sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios. Así concebida, la cláusula penal no persigue como principal finalidad proporcionar ventaja patrimonial alguna al acreedor, considerada estrictamente desde un punto de vista cuantitativo, pues la pena subyacente detrás de la cláusula podrá o no tener correspondencia con el efectivo perjuicio que pueda experimentar el acreedor. Sí, en cambio, resultan evidentes las ventajas en el orden procedimental, pues el acreedor queda liberado del deber de probar el alcance e importe del mismo, siendo debida la pena aun cuando no se hayan derivado daños⁷⁵.

⁷⁵ Recientemente puede mencionarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010 (affaire Marta Sánchez vs. Interviu), manifestando que “tratándose de la aplicación de una cláusula penal, la pena es debida aunque el incumplimiento no hubiese producido daños, ya que como afirma la sentencia número 1261/1998, de 12 enero de 1999, haciendo suya la de 8 de junio de 1998, “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

y la indemnización de daños y perjuicios que pudieran haberse ocasionado. De ahí que sea frecuente en el tráfico jurídico su presencia, muy especialmente dentro del campo de las viviendas en construcción donde suele intervenir el problema del retraso, sea en la entrega de la vivienda por parte del promotor, sin perjuicio de la facultad de éste de repetir contra aquel de los agentes constructivos que sea directamente responsable de la morosidad dolosa o culposa; sea en la de satisfacción de los pagos fraccionados que con carácter periódico suelen convenirse⁷³ y que son parte del precio fraccionado convenido, concretándose en tal caso la cláusula penal en la retención del todo o parte de lo anticipadamente satisfecho por el deudor, si bien con sometimiento a la facultad moderadora de los tribunales⁷⁴.

⁷³ W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 65 s. y J. SANTOS BRIZ, *Código civil*, cit., 551.

⁷⁴ J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 102 y 186; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1152*, cit., 158; ID., *Artículo 1154*, cit., 160; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 180 s.; y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 105 ss.

También, tanto el artículo 1084 como el 1085, regulan el caso del cumplimiento parcial de la obligación. En aquellos casos en los que la prestación es divisible y, por tanto, cabe un pago parcial, como sería el caso de las deudas dinerarias, admitido por el acreedor tal pago parcial, subsiste la facultad de exigir el pago de la pena, si bien deduciendo la cuantía efectivamente percibida, de modo que estamos ante una moderación de la pena impuesta por la ley para los casos en los que la obligación haya sido parcialmente cumplida por el deudor con la anuencia del acreedor. Asimismo, del cumplimiento parcial se ocupaba el artículo 1085, conforme al cual “el juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo”. Resulta evidente que la intervención del arbitrio judicial moderador de la pena desde la equidad, frente al automatismo contemplado en el precepto anterior, descansa *prima facie* en la naturaleza indivisible de la prestación debida al acreedor cuando pueda reconocerse un cierto grado de satisfacción de su interés patrimonial, pero también en los casos en que, siendo la prestación dineraria, el acreedor no ha aceptado el pago parcial que se le ofrecía.

*f. Notas al régimen jurídico de la cláusula penal del Código civil**i) Art. 1152 del Código civil*

Reza este precepto que “en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones de este Código”.

Dentro del Capítulo III, dedicado a “las diversas especies de obligaciones”, comienza la Sección Sexta, dedicada a “las obligaciones con cláusula penal”, con una mención expresa a la modalidad concreta, desde el punto de vista funcional, de cláusula penal que contempla el legislador español, que no es otra que la que encierra una pena sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios que, como régimen general, prevé nuestro Código civil para los casos de incumplimiento de la obligación principal, asumiendo de este

modo una función liquidatoria⁷². Ello no obstante, tal previsión apriorística tiene lugar únicamente en defecto de pacto entre las partes, de modo que el juego de la autonomía de la voluntad viene a constituir el primer criterio determinante de la naturaleza de la cláusula penal, que será aquella que hayan tenido a bien fijar los contratantes. Ya se ha significado cómo, desde un punto de vista operativo, el interés jurídico del acreedor queda mejor asegurado y, en consecuencia, resulta mucho más coercitivo para el deudor atender debida y puntualmente el cumplimiento que de él se espera cuando sobre la obligación principal gravita potencialmente una pena cumulativa, compatible de este modo su exigencia con la pretensión del acreedor de obtener el cumplimiento forzoso de la prestación debida

⁷² Criterio que se ha mantenido de forma uniforme en la jurisprudencia, siendo prueba de ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2011: “cláusula penal que establece una pena, pecuniaria, como obligación accesoria en caso de incumplimiento de la obligación principal garantizada, cuya función liquidadora, si no se ha pactado otra cosa, la proclama el artículo 1152 del Código civil y sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (a ella se refieren las sentencias de 26 de marzo de 2009, 10 de diciembre de 2009 y 10 de noviembre de 2010)”.

mayores contrastes se ofrecen entre los distintos territorios forales.

Veamos, como hemos anticipado, la única manifestación de esta tradición jurídica foral en relación con la cláusula penal, recogida en un cuerpo normativo (el Fuero Nuevo de Navarra) que es preexistente a la propia Constitución Española de 1978.

b. Singularidad de la cláusula penal en el derecho foral navarro

La legislación foral navarra, encarnada por el llamado Fuero Nuevo de Navarra de 1973, contempla una particular regulación de la cláusula penal, en concreto en la Ley 518: “la estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial. El deudor no quedará liberado de la obligación penal aunque concurra alguna causa que pudiera liberarle de la obligación principal. La obligación de pagar la pena, salvo pacto en contrario, no tiene carácter alternativo, sino subsidiario, y el acreedor podrá rechazar la oferta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el

iii) Art. 1154 del Código civil

Señala en este número el legislador que “el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

Introduciendo el criterio de la moderación judicial de la pena convencional, el legislador ha querido distinguir el supuesto de incumplimiento total de la obligación asegurada de aquellos otros en los que, simplemente, puede reconocerse un incumplimiento parcial o un cumplimiento defectuoso de las prestaciones convenidas, circunstancias ambas que implican de por sí una minoración en la intensidad o en la extensión del perjuicio experimentado por el acreedor y, correlativamente con ello, la apreciación de un cierto grado de satisfacción de su interés jurídico. La consecuencia que de ello puede extraerse es que, reconduciéndose habitualmente la pena convencional a una cantidad líquida prevista para un incumplimiento total de la obligación, siempre resulta factible reducirla cuando el perjuicio patrimonial padecido por el acreedor, asimismo traducible en un montante pecuniario, no ha sido pleno; o lo que es lo

mismo, cuando el acreedor ha visto cumplidas, siquiera sea mínimamente, sus expectativas a propósito del negocio celebrado. Y ello exige naturalmente la intervención de los órganos jurisdiccionales, puesto que, si ante un incumplimiento, concretado en la ausencia de toda actividad (o en su caso de la abstención convenida, tratándose de obligaciones de no hacer) por parte del deudor, resulta más sencilla la aplicación de la pena convenida, mucho más problemáticos y, en consecuencia, desencadenantes de situaciones de litigiosidad entre los contratantes son los supuestos en los que puede hablarse de un cumplimiento parcial que proporciona cierta utilidad. Por no decir nada de aquellos otros en los que la pretensión de exigencia de la pena descansa en que, a juicio del acreedor, puede reconocerse un cumplimiento defectuoso que el deudor rechaza como tal; o un cumplimiento irregular consistente en no haberse llevado a cabo la prestación en el tiempo convenido. En definitiva, la moderación judicial, que implica siempre una rebaja de la pena convencional y no su supresión⁸⁹, exige que haya sido prevista para

⁸⁹ M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 485; A.

inconstitucionalidad en caso de abordar cuestiones de principios en materia de obligaciones nacidas de contrato, si así interpretáramos la expresión ‘bases de las obligaciones contractuales’) puede servir para explicar que la regulación del derecho privado en las legislaciones forales no alcance a todas las materias, por lo que en esta sede será de plena aplicación el régimen jurídico contemplado en el Código civil, por desempeñar un papel supletorio¹³⁰. Esta función supletoria se complementa con la aplicación directa en todo el territorio español del Código civil en las materias a que se refiere el art. 13.1 del Código civil, esto es, las disposiciones del Título Preliminar y las del Título IV del Libro I, dedicado al matrimonio, con excepción de las normas referidas al régimen económico matrimonial, precisamente por ser una de las sedes donde

derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

¹³⁰ Art. 13.2 del Código civil dice que “en lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales.”.

de cierre de la Exposición de Motivos, esta espinosa cuestión, afirmando categóricamente que “los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8º del apartado primero del artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y no hay duda de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia”¹²⁸.

Como quiera que sea, la coincidencia de estos dos factores (carácter fragmentario y puntual de las especialidades en materia contractual, particularmente centradas en la admisión de ciertas modalidades que encajarían en la salvedad del art. 149.1.8 de la Constitución Española¹²⁹; y el riesgo de

Boletín de Información del Ministerio de Justicia 63 (2009) 73 págs.

¹²⁸ *Propuesta de Modernización*, cit., 14.

¹²⁹ “..., sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los

un incumplimiento total y que, finalmente, haya sido parcial o defectuoso. Citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, la de 4 de mayo de 2011 ha puesto recientemente de manifiesto que “el artículo 1154 responde a la idea de que, cuando los contratantes han previsto la pena para un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución si el obligado cumple en parte o deficientemente lo que debe”, debiéndose traslucir de ello que este mero cumplimiento parcial no frustra plenamente la satisfacción del interés del acreedor.

En cambio, como señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006, “cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial, dado que la moderación procede cuando se hubiera incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó”.

CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1154*, cit., 161; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 426 ss.; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 134; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1154*, cit., 1349.

También las sentencias de 15 de octubre de 2008; 26 de marzo y 1 de junio de 2009; y 31 de marzo de 2010, entre otras, insisten en que la norma del artículo 1154 del Código Civil se explica porque, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista. Precisamente concorde con esta doctrina es la idea de que no cabe la moderación judicial cuando la pena se ha previsto precisamente para los supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso de la prestación. Ello ahonda en la idea de que lo relevante es la intención de los contratantes, quienes pueden haber previsto que la cláusula penal despliegue sus efectos, no sólo ante el incumplimiento total, sino ante el parcial o defectuoso⁹⁰.

⁹⁰ M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 485; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 395 ss.; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 73 s. y 101 ss.; J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles*, cit., 72 ss.; X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, cit., 94; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 99 ss.

Tribunal Constitucional habrá de pronunciarse. Un precedente lo constituye una de las manifestaciones de la foralidad más completas de España, precisamente con un texto preconstitucional (el Fuero Nuevo de Navarra de 1973), que ha regulado materias que sobrevenidamente podrían considerarse inconciliables con la exclusividad de la competencia estatal para legislar sobre “bases de las obligaciones contractuales”, a menos que éstas hayan de interpretarse de forma más restrictiva, esto es, sometiendo la normativa regulada por las distintas Comunidades Autónomas en esta sede al control de su conformidad con principios constitucionales insoslayables como la unidad de mercado, la libertad de empresa, el reconocimiento de la autonomía privada, la protección de los consumidores o el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁶. Lo cierto es que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos¹²⁷ no elude, a modo

¹²⁶ Como reclama M. C. GETE ALONSO, *El Libre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes*, cit., 12.

¹²⁷ Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, publicado en el

autonómica. Quizá ello tenga que ver con el retraso en los trabajos para la elaboración del Libro Sexto del Código civil de Cataluña¹²³. Quizá por ello el reciente (y ambicioso, dado el encabezamiento de la disposición) producto legislativo aragonés¹²⁴ no se ha aventurado todavía a emprender la senda de una regulación integral de las obligaciones y contratos¹²⁵. La espiral hacía una completa codificación autonomista se adivina en un futuro próximo, en el que inevitablemente el

¹²³ Del que se hace eco, ferviente defensora del impulso de los mismos al analizar la limitación que entraña la expresión “bases de las obligaciones contractuales”, M. C. GETE ALONSO, *El Libre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes*, cit., 13 ss.

¹²⁴ Decreto Legislativo del Gobierno de Aragón 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

¹²⁵ Facultad que tampoco se excluye al decir literalmente que “su crecimiento (el del derecho civil aragonés) ha sido más en intensidad que en extensión: en esta fase ha parecido oportuno al legislador mantener la regulación legal, básicamente, en el ámbito de las instituciones que ya tenían asiento en la Compilación, sin pretender agotar la competencia legislativa asumida por el artículo 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución”.

Debe recordarse que no todo incumplimiento, objetivamente considerado como una lesión del derecho del acreedor, desencadena la responsabilidad del deudor, sino que es necesario, tratándose de obligaciones de dar una cosa determinada o de una obligación de hacer, que el hecho de no haber atendido en el tiempo y con las condiciones pactadas la prestación a la que el deudor se obligó tenga por causa su propia conducta, en definitiva, que pueda hablarse de un incumplimiento imputable a la malicia o a la falta de la diligencia debida que imponían las circunstancias de las personas o de la obligación⁹¹. Por tanto, la conducta del deudor puede condicionar que el incumplimiento le sea imputable o que quede liberado de su obligación. Sin embargo, no es un factor que mediatice la facultad moderadora de los tribunales a propósito de la pena pactada. Por tanto, esta moderación judicial desde la equidad implica considerar, no tanto la conducta del obligado, desencadenante del incumplimiento ni el

⁹¹ Art. 1104 del Código civil: “la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

alcance e intensidad de los perjuicios efectivamente ocasionados, sino esencialmente el tanto parcial que haya podido ser cumplido por el deudor en relación con el contenido total de la prestación que de él se esperaba⁹².

En cambio, en las obligaciones que consisten para el deudor en el pago de una cantidad de dinero, no entra en juego el examen de la conducta del obligado, de modo que, llegado su vencimiento, se desencadenan las consecuencias del art. 1108 del Código civil. Estamos así ante un supuesto de responsabilidad objetiva que descansa en no haber procedido el deudor al pago extintivo de la obligación al tiempo de ser ésta exigible. Se ha de entender, en este caso, que, no habiendo pacto por el que se establece entre las partes otro régimen distinto de indemnización que la exigencia de intereses

⁹² J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 176 ss.; M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 485 ss.; W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 75; A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 106 s.; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1154*, cit., 1349; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 78 ss.; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 83 y 86.

contractuales corresponde al legislador estatal”. Y más recientemente¹²¹, haciéndose eco de sentencias anteriores¹²², el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que la regulación autonómica “debe ceñirse al espacio de las relaciones jurídico-públicas, impidiendo o limitando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, pero sin determinar consecuencia alguna en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas ni imponer un contenido contractual determinado pretendidamente acorde con el fin protector perseguido, ya que eso corresponde al acervo competencial del Estado ex art. 149.1.6 y 8 CE”.

Parece evidente que por “bases de las obligaciones contractuales” se ha de entender el conjunto de principios que inciden sobre el nacimiento y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos, sobre su validez y su eficacia, sobre los criterios de imputabilidad y de exoneración de responsabilidad. Sobre este tipo de cuestiones no cabría que se inmiscuyera la legislación

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2003, de 19 de junio.

¹²² Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio; 62/1991, de 22 de marzo; y 264/93, de 22 de julio.

exclusiva la competencia para legislar en relación con las bases de las obligaciones contractuales, lo que sin duda afecta de lleno a la materia que nos ocupa. Y de ambas, en consecuencia, surgen dos cuestiones: ¿cuáles son los límites a los que puede llegar esa específica competencia legislativa en materia de obligaciones y contratos? ¿Realmente resulta pragmático en este momento en el que son patentes los esfuerzos hacia la armonización del derecho de obligaciones en el ámbito espacial de la Unión europea? Responder a estas cuestiones ya planteadas en el concreto ámbito de la codificación catalana sobre la disciplina¹¹⁹ supondría alejarnos con creces del objeto de estudio. Es dudoso que ha de entenderse por ‘bases de las obligaciones contractuales’ y siendo parte de un precepto constitucional competirá al supremo intérprete de la Carta Magna pronunciarse explícitamente al respecto. Algunos retales ya se han dejado destilar¹²⁰: “la regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades

¹¹⁹ M. C. GETE ALONSO, *El Libre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificarlo*, en *InDret* 1 (2009) 9.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre.

(por ejemplo, el pago de un tanto alzado), el convenio por el que se prevé una tasa de interés superior a la legal como forma de liquidar los daños y perjuicios derivados de la mora del deudor cumple de por sí la función de una cláusula penal, pues sustituye, por vía de pacto, al régimen legal de indemnización previsto para las obligaciones pecuniarias en dicho precepto, que no es otro que el abono del interés legal. En estos casos, la moderación judicial, ocasionalmente, se ha revestido de formas distintas que, más que moderación, implican realmente una modificación de la pena convencional, consistente en la concesión al deudor de una moratoria para atender los pagos que eventualmente puedan quedarle por abonar⁹³. Desde un punto de vista cuantitativo no parece factible que la moderación judicial pueda descender a una rebaja de la tasa de interés en los casos de cumplimiento parcial. En realidad, la idea de cumplimiento parcial o defectuoso es difícilmente transponible a la

⁹³ En este caso emblemática es la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1958. Cfr. W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht.*, cit., 76; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1154*, cit., 161; y C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1154*, cit., 1349.

categoría de las obligaciones dinerarias, puesto que no cabe la liberación del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación. Por ello, la cláusula penal, adoptando la forma de un pacto de abonar intereses que excede de la tasa legal, desplegará sus efectos llegado el vencimiento de la obligación respecto de la fracción de la deuda que quede todavía pendiente, sin que quepa una reducción de la tasa de interés, argumentando el haber ya efectuado pagos parciales.

Otra cuestión distinta es si resulta posible por aplicación del artículo 1154 del Código civil aplicar el principio de la moderación judicial a las cláusulas penales que imponen al deudor una pena desorbitada. Respecto de ellas, se han de considerar muy especialmente las limitaciones que al ejercicio de la autonomía privada impone la legislación de consumidores y usuarios⁹⁴ en cuanto que

⁹⁴ El art. 3 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 dispone que “a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en

régimen ordinario que prevé nuestro Código civil.

3. Tratamiento normativo de la cláusula penal en los ordenamientos forales

a. Competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de derecho contractual

La peculiaridad del sistema jurídico español, en el que coexisten, junto a un derecho civil común, encarnado por el Código civil y otras leyes especiales de ámbito estatal, los llamados derechos civiles especiales o forales, cuya vigencia se proyecta sobre determinadas provincias o territorios, obligaría, aunque sea someramente, a referir las especialidades que en relación con la cláusula penal puedan ofrecer tales cuerpos normativos. Sin embargo, se han de significar dos observaciones. Por un lado, en sede de obligaciones y contratos no abundan las especialidades, que se dan en mayor medida en el ámbito de las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio y, sobre todo, en el terreno sucesorio. Por otro, el art. 149.1.8 de la Constitución española reserva al Estado en

por la declaración judicial de su nulidad, conlleva la de la cláusula penal, sin necesidad del ejercicio de la acción de nulidad con vistas a obtener tal declaración. Tal consecuencia no debe sorprender porque es común a otras modalidades por las que puede optarse para un mejor aseguramiento de la obligación principal, como la fianza¹¹⁷, la prenda o la hipoteca¹¹⁸. Y ha de entenderse que semejante principio se mantiene incluso en los casos en los que la obligación principal devenga de imposible cumplimiento sin culpa del deudor, salvo en aquellos supuestos en los que las partes hayan pactado lo contrario, cuestión que ya se ha examinado bajo la consideración de estar propiamente ante un convenio de agravamiento de la responsabilidad que soporta el deudor, apartándose así del

y F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 81 s.

¹¹⁷ Cuyo carácter accesorio viene contemplado en el art. 1824 del Código civil: “la fianza no puede existir sin una obligación válida” y en el art. 1847 del mismo cuerpo legal: “la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones”.

¹¹⁸ Art. 1857 del Código civil: “son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1º.- que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal”.

puedan ser tenidas por abusivas y desequilibrantes para una de las partes⁹⁵, atendida la condición de empresario de quien las ha impuesto unilateralmente⁹⁶. En particular, se subraya la nulidad de pleno derecho de aquellas cláusulas que impongan a los consumidores y usuarios una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento del contrato⁹⁷, que se define legalmente como “la facultad del consumidor y usuario de dejar

un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

⁹⁵ Art. 49.1.i del citado texto refundido prevé que “son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios la introducción de cláusulas abusivas en los contratos”, siendo éstas definidas en el art. 82.1 como “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

⁹⁶ El art. 4 del mencionado texto refundido señala que “a efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”. Redacción idéntica a la del art. 2.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

⁹⁷ Art. 68.1 párrafo segundo.

sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”⁹⁸; así como también aquellas “que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”⁹⁹. En tales casos, más que la moderación, se ha de interesar directamente la nulidad de las mismas por medio de los recursos procesales que dispensa la legislación especial, disponiendo el art. 83.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que “la parte del contrato afectada

⁹⁸ Art. 68.1 párrafo primero.

⁹⁹ Art. 85.6 del referido Real Decreto Legislativo 1/2007, en perfecta sintonía con el art. 170.5 del Código europeo de Contratos: “en los contratos en que toma parte un consumidor las cláusulas penales a cargo de éste, contenidas en las condiciones generales del contrato, son, en todo caso, ineficaces”, sin distinguir si son o no más beneficiosas para el consumidor de lo que resultaría la aplicación del régimen ordinario de determinación de los daños y perjuicios. Vid. al respecto M. T. ALONSO PÉREZ, *Remedios*, en G. GARCÍA CANTERO (Coord.), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavia*, Zaragoza 2005, 859 ss.

ineficaz y, con ello, desaparece toda facultad moderadora de su alcance y cuantía. Precisamente este carácter imperativo de la facultad moderadora es recordado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2011, en contraste con la dicción del art. 1085 del Proyecto de Código civil de 1851, donde tal facultad tenía un carácter meramente potestativo.

iv) Art. 1155 del Código civil

Cierra el régimen legal de las obligaciones con cláusula penal este precepto, significando que “la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal”.

La redacción del precepto propende de forma expresa por el carácter accesorio de la cláusula penal, de modo que su estrecho ligamen de subordinación con la obligación principal determina que la inexistencia de ésta, sea por su extinción por cualquier causa¹¹⁶, sea

¹¹⁶ M. ALBALADEJO, *Artículo 1155*, cit., 491; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1155*, cit., 161 s.; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 151 ss.; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1155*, cit., 1350;

que puede ser llevada a cabo por el órgano jurisdiccional incluso de oficio¹¹⁵, examinando en tales casos con gran cautela la cuantía a la que asciende la pena convenida, por si fuera el caso de declararla ilegal o inmoral; considerando qué grado de incumplimiento se ha producido efectivamente, examinando así el nivel de satisfacción alcanzado por el acreedor para el caso de que haya habido un cumplimiento parcial de la prestación constitutiva de la obligación; y atendiendo a las condiciones existentes al tiempo de convenirse la cláusula penal y a la subsistencia de idénticos presupuestos de hecho de los que en su día se fijaron como desencadenantes de su entrada en juego, de modo que, de haber sido alterados por actos propios cumplidos por los contratantes, la cláusula penal deviene

¹¹⁵ Cfr. J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 171; M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 482 s.; W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht*, cit., 32 y 74 ss.; J. SANTOS BRIZ, *Artículo 1154*, cit., 297; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1154*, cit., 160; X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, cit., 94; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1154*, cit., 1349; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 79 s.; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 123 s. y 128 ss.

por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”. En tal caso, no quedará para el acreedor otro sendero resarcitorio que la aplicación del régimen general¹⁰⁰.

En aquellos supuestos en los que la legislación protectora de los consumidores y usuarios no pueda entrar en juego a la vista de su ámbito personal de aplicación, la nulidad de tales cláusulas podría fundarse en el quebranto de los límites de la autonomía de la voluntad consagrados en el art. 1255 del Código civil y en la necesidad de perseguir el abuso de derecho y de promover la buena fe

¹⁰⁰ G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 26.

en el ejercicio de los derechos subjetivos¹⁰¹. También podría tener su apoyo en el principio general de moderación de la responsabilidad que deriva de la negligencia, de modo que según hayan sido los esfuerzos del deudor dirigidos a extinguir la obligación, cabría operar una cierta minoración de la pena convenida¹⁰². Sin embargo, a diferencia de lo que es previsión normativa en otros ordenamientos europeos¹⁰³, el legislador

¹⁰¹ Art. 7 del Código civil: “1: los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2: la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

¹⁰² Art. 1103 del Código civil dispone que “la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”. Cfr. J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 474 s. y A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 98 s.

¹⁰³ Así el § 343.1 del BGB establece que si la pena convenida fuera desproporcionadamente elevada,

incontrovertibles”¹¹² o, incluso, teniendo en cuenta las previsiones de moderación que los contratantes puedan haber efectuado para los casos de cumplimiento parcial o irregular. Pero, si bien no es revisable en casación, sí resulta posible casar la sentencia en el supuesto de que la moderación judicial no se haya llevado a cabo así como también cabe casación en torno a la apreciación de si hubo o no incumplimiento o si éste fue total o parcial¹¹³. Todo ello, se ha de subrayar, viene determinado por el carácter de norma imperativa de la facultad de moderación judicial que incorpora el precepto¹¹⁴. Y, a mayor abundamiento, ello implica que el ejercicio de la misma no tiene por qué fundarse en un requerimiento de parte, sino

¹¹² Por citar las más recientes resoluciones del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009; 1 de octubre de 2010; y 6 de julio de 2011. Cfr. I. ARANA DE LA FUENTE, *Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, en *InDret* 4 (2010) 14.

¹¹³ M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 488 y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1154*, cit., 161.

¹¹⁴ Así lo declaran, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero y 10 de mayo de 2001; 7 de febrero de 2002; 27 de abril de 2005; 4 de enero de 2007; y 4 de mayo de 2011.

La moderación judicial ha de tenerse por discrecional que no arbitraria, proyectándose así sobre las cuestiones de hecho concurrentes en el caso enjuiciado. De ahí que el modo en el que los órganos de primera instancia y apelación han hecho uso de ella no sea revisable en casación, puesto que es expresión de un juicio de equidad que corresponde a los juzgadores de instancia¹¹¹, siempre que se base “en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas

¹¹¹ J. SANTOS BRIZ, *Código civil*, cit., 551; ID., *Artículo 1154*, cit., 297; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Artículo 1154*, cit., 161; J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 410 y 430 ss.; C. DÍAZ-REGAÑÓN, *Artículo 1154*, cit., 1348; F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, cit., 80; y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 124 ss. También vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo y 15 de abril de 1963; 20 de noviembre de 1970; 4 de junio de 1981; 30 de marzo y 20 de abril de 1983; 9 de abril, 13 de julio y 5 de diciembre de 1984; 18 de octubre de 1985; 10 y 20 de mayo, y 18 de diciembre de 1986; 18 de mayo y 27 de noviembre de 1987; 27 de febrero, 25 de marzo y 20 de octubre de 1988; y 19 de febrero de 1990, entre muchas otras. Últimamente puede mencionarse las de 8 de noviembre de 2002 y de 5 de octubre de 2010.

podrá ser minorada a solicitud del deudor por sentencia a una cantidad razonable, teniendo en cuenta para ello no sólo el interés patrimonial del deudor, sino cualquiera que sea procedente (“ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen...”). En igual medida, el art. 163.3 del Código suizo de Obligaciones atribuye al juez la facultad moderadora: (“übermässig hohe Konventionalstrafen hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen”). De modo semejante, el § 1336.2 del ABGB austríaco admite la moderación judicial cuando la indemnización prefijada sea excesiva de acuerdo con el criterio pericial: “in allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen”. Por su parte, el sistema del ‘Common law’ rechaza las ‘penalties’, que estimulan al cumplimiento y, en cambio, admite las ‘limited damages clauses’, que sirven para calcular anticipadamente los daños previsibles que el acreedor pueda experimentar. La frontera diferenciadora fue fijada por Lord Dunedin en el ‘case’ Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. vs. New Garage Motor Co. Ltd. en 1915. Vid. más ampliamente G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 39 ss. El ‘code civil’ francés, tras una reforma de 11 de octubre de 1985, dispone en su art. 1152 párrafo segundo que el juez podrá incluso de oficio minorar o

augmentar la pena convenida si es manifiestamente excesiva o irrisoria: (“... néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite”), precepto que sistemáticamente se sitúa fuera de la sección dedicada a las obligaciones con cláusula penal (artículos 1226 a 1233) para ubicarse en sede de daños e intereses derivados del incumplimiento de las obligaciones, puesto que conceptualmente viene definida la pena convencional como una compensación de los daños que el acreedor haya padecido: “la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale” (artículo 1229 párrafo segundo). El artículo 1384 del ‘Codice civile’ de 1942 establece que la pena puede ser disminuida equitativamente por el juez si su montante es manifiestamente excesivo: “la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”, siendo así fuente de inspiración del art. 170.4 del Código Europeo de Contratos, junto con los artículos 444 y 445 del *Contract Code* de H. MCGREGOR, en los que se faculta al juez para mantener la suma convenida, minorarla o excluir su aplicación atendidas las circunstancias del contrato, del incumplimiento, del proceso así como los usos más relevantes en el comercio y en el tráfico jurídico. Vid. M. T. ALONSO PÉREZ, *Remedios*, cit., 856 y G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la*

contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora. En definitiva, los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908”¹¹⁰.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001.

contravención de la Ley de represión de la usura, puesto que no resulta nada sencilla esa asimilación de la cláusula penal a la de un negocio de préstamo encubierto. Y se ha de recordar que es sólo a la categoría de los préstamos a la que es proyectable la citada Ley, de modo que consistiendo la cláusula penal en el abono de una tasa de interés superior al legal, no resulta posible obtener una declaración judicial de su carácter usuraria¹⁰⁹. De este modo, se han de distinguir los intereses retributivos, que han de respetar los límites de la Ley de Azcárate, de los intereses moratorios, a los cuales “no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que

¹⁰⁹ Así nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2003 que se supedita “la aplicabilidad de la Ley de Represión de Usura de 1908 a la necesaria e inexcusable existencia de un préstamo de dinero en forma directa o encubierta”, que es negocio bien distinto de “una cláusula penal con función claramente coercitiva o de estímulo al cumplimiento del deudor en lógica contrapartida al plazo que se le concedía para cumplir, de suerte que difícilmente cabe detectar operación alguna equivalente a un préstamo de dinero ni apreciar ninguna de las circunstancias que según el artículo 1 de la Ley de 1908 serían determinantes de su nulidad”.

español no ha contemplado la facultad moderadora de la cláusula penal cuando de ella resulta una pena desmedida ni, en consecuencia, por más que pueda fundarse en la encomiable pretensión de atender a razones de justicia material, parece posible que pueda aplicarse en tales casos la moderación judicial del art. 1154 del Código civil, puesto que ésta está se contempla explícita y únicamente para los supuestos de cumplimiento parcial o irregular de la obligación contraída por el deudor¹⁰⁴. Ello no obstante, algún autor ha

armonización del derecho contractual europeo, cit., 131. Y este mismo criterio se mantiene también en el artículo 7.4.13(2) de los Principios del Unidroit y en el artículo 9:509(2) de los Principios del Derecho Contractual Europeo, que contemplan la posibilidad de reducir la cantidad pactada cuando resultase manifiestamente excesiva en relación al daño ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias. Vid. R. ZIMMERMANN, ‘*Ius commune*’ and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea, en H. L. MCQUEEN y R. ZIMMERMANN (Eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh, 2006, 22 s.

¹⁰⁴ M. ALBALADEJO, *Artículo 1154*, cit., 483 ss. y S. NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación*, cit., 44 y 59, quien se refiere más precisamente al aspecto cuantitativo de la irregularidad (el cumplimiento parcial) y al cualitativo

sostenido su extensión por analogía sobre la base del quebranto que a la buena fe contractual supone el establecimiento de una cláusula penal de la que se derive una pena desproporcionada o desorbitada¹⁰⁵ que incluso pueda servir para encubrir un préstamo usurario¹⁰⁶. Y este mismo criterio ha sido seguido ocasionalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰⁷, que,

(el cumplimiento irregular en sentido estricto), que ha de identificarse con el deficiente.

¹⁰⁵ J. SANTOS BRIZ, *Código civil*, cit., 551 e ID., *Artículo 1154*, cit., 297.

¹⁰⁶ Tal como contempla el art. 1 de la leyenda y todavía vigente Ley de 23 de julio de 1908 (llamada de Azcárate), referente a los contratos de préstamo: “será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

¹⁰⁷ Así la Sentencia de 30 de mayo de 1984 nos dice que “si bien es cierto que el artículo 1154 del Código civil lo que hace es autorizar y mandar al juez para que modifique equitativamente la pena cuando la obligación principal se cumpla parcial o irregularmente por el deudor, lo que implica moderar, pero no suprimir, también lo es, conforme dice el art.

sin embargo, continúa por regla general circunscribiendo la facultad moderadora a los supuestos de cumplimiento parcial o deficiente¹⁰⁸, haciendo primar así el principio *pacta sunt servanda*, que tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, sobre la pretendida configuración judicial de un contrato. Sin embargo, es ciertamente dificultosa la interdicción de esas penas convencionales desorbitadas por

1152, párrafo segundo del Código civil, que la pena sólo será efectiva cuando ésta fuere exigible conforme a lo dispuesto en el Código civil, con lo cual quiere decir y admitir la posibilidad del rechazo de su total exigencia según casos y circunstancias amparadas en el propio derecho del Código”.

¹⁰⁸ Así se recoge en las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2011 (“no cabe la aplicación

de la moderación de la pena convencional que prevé el artículo 1154 del Código civil para el caso de incumplimiento parcial de la obligación principal, puesto que en el presente caso, la sociedad compradora incumplió el contrato totalmente”) y de 6 de julio de 2011 (“en torno a este precepto se ha desarrollado una jurisprudencia por esta Sala que, en esencia, rechaza la posibilidad de que la facultad moderadora, a la hora de fijar la indemnización convencionalmente estipulada en una cláusula penal, entre en juego cuando se ha declarado que el incumplimiento contractual es total”).

un punto de vista sistemático, abordar en esta sede la cuestión de las arras sólo se justifica por la proximidad funcional, que no implica plena identificación, entre las arras penales y la cláusula penal¹⁵⁵.

Alejandro Valiño

Catedrático de derecho romano

Universitat de València

E-mail: alejandro.valino@uv.es

del precio. Al mismo tiempo, la sentencia de 25 de octubre de 2006 dice que «la calificación de esta cláusula es clara: es una cláusula penal que se impone a la vendedora, caso de que incumpla [...]. Se puede calificar de arras penales que no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y solo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula». Asimismo la sentencia de 29 de junio de 2009 insiste en que las arras penales no permiten desistir del contrato, cuando afirma que «encaja también en las de carácter penal, las cuales, a diferencia de las penitenciales, se pactan como simple garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, pero no al objeto de que las partes puedan desistir lícitamente del contrato con tal proceder».

¹⁵⁵ Como apunta I. MARÍN GARCÍA, *La cláusula penal*, cit., 14 s.

incumplimiento de la obligación principal. Cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiere pactado. Cuando cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato”.

De esta concreción de la tradición jurídica navarra se desprenden algunas particularidades en relación con el régimen jurídico vigente para los territorios de derecho común. En primer término, el modo de designar la institución con el nombre de ‘estipulación’, lo que es más que una mera aproximación formal al tratamiento que de esta institución dispensaba el Derecho romano bajo la denominación de *stipulatio poenae*. En efecto, se ha de significar que su regulación se contiene dentro del Título IX del Libro III bajo la rúbrica ‘de las estipulaciones’, configurada, no como cláusula de un contrato, sino como fuente de obligaciones unilaterales¹³¹, en una sistemática

¹³¹ Ley 515 del Fuero Nuevo de Navarra: “son estipulaciones los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra sin que ésta quede contractualmente obligada a cumplir una

que no deja dudas sobre el influjo que en la redacción del Fuero Nuevo de Navarra ha tenido el insigne romanista Álvaro d'Ors, puesto que en el Título X se regulan los distintos tipos de préstamos, escapando de la clásica adscripción a la categoría del contrato real, lo que es un sello inconfundible del pensamiento orsiano en relación con la sistemática clasificatoria de las obligaciones¹³².

Particularidades del régimen de nuestra institución en la Compilación navarra son el hecho de que la dependencia de la estipulación penal respecto a la obligación principal se halla mucho más atenuada de lo que acontece en el régimen normativo del Código civil hasta el punto de que, aun cuando concurra alguna causa que libere al deudor de tener que cumplir la obligación principal, quedará obligado igualmente a la satisfacción de la pena. De esta manera, salta en un primer plano la función punitiva y coercitiva de la estipulación penal, tal como acontecía en el Derecho romano, mientras que ya hemos significado la función esencialmente liquidadora que la cláusula

contraprestación". Vid. J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, cit., 68.

¹³² A. D'ORS, s.v. «*creditum*», en *PWRE. Suppl.* 10 (1965) 1159 s.

de la celebración del contrato instrumentada mediante un anticipo del precio que habrá de ser deducido del importe total en caso de cumplimiento. La función penitencial y penal que las arras pueden adoptar habrá, por tanto, de convenirse expresamente o de inferirse del tenor del contrato¹⁵⁴. Lo cierto es que, desde

¹⁵⁴ Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010: "el concepto de arras en el art. 1454 del Código Civil que se alega como infringido, es más reducido que el que ha sido adoptado por la jurisprudencia en la interpretación de dicha disposición. Se ha considerado que la entrega de una suma de dinero de un contratante a otro puede efectuarse para «asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder rescindirlo libremente consintiendo en perder la cantidad entregada». La sentencia de 31 de julio de 1992, seguida por otras muchas de esta Sala, distingue tres tipos de funciones que las arras pueden cumplir: «como señal de la celebración de un contrato, en que la cantidad entregada es anticipo o parte del precio (arras confirmatorias), como garantía del cumplimiento o arras penales, que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo; y como arras penitenciales, que son las únicas que permiten resolver o desistir del contrato [...]», pero la propia sentencia añade que es doctrina reiterada que la utilización de la palabra «señal» no expresa necesariamente la facultad de desistir del contrato, sino que debe ser estimada como anticipo

g. *Art. 1152*

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

La Propuesta incluye en sede de cláusula penal una regulación de las arras y, en particular, la pretensión de determinar cuál es la función que prevalentemente adoptan entre las tradicionalmente reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (confirmatorias, penitenciales y penales)¹⁵³. Mientras que la regulación vigente sólo contempla las arras con función penitencial en sede de compraventa, la Propuesta apuesta por su función esencialmente confirmatoria

¹⁵³ Como así se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010 anteriormente referida.

penal cumple en el Código civil. El carácter accesorio de la estipulación penal se infiere de su incompatibilidad, desde el punto de vista de la exigibilidad de la obligación que encierra, con las situaciones de cumplimiento o con los actos propios del acreedor que impliquen conformidad con la prestación cumplida por el deudor, puesto que lo relevante es la aceptación de la misma por el acreedor y a salvo la posibilidad de que pueda haber un pacto en contrario.

En segundo lugar y en estrecha conexión con esta función estrictamente penal de la estipulación, queda expresamente excluida toda posibilidad de moderación judicial a propósito de su alcance cuantitativo¹³³.

¹³³ Así explícitamente se contempla en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 9 de noviembre de 2005: “la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, referida a la estipulación penal, pero aplicable también, con las adecuadas atemperaciones, a la cláusula penal contractual o convencional (Sentencia de 27 de enero de 2004 de este Tribunal Superior de Justicia), establece que «la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial». Como expresan las Notas a la Recopilación Privada, antecedente inmediato de la Compilación de 1973, que ésta sigue en lo sustancial, la regulación civil foral «recoge, en contra del Código Civil, arts. 1152 a 1155, la doctrina romana de las estipulaciones

En tercer lugar, la exigencia de su contenido se configura como una facultad del acreedor: ante una situación de incumplimiento, podrá reclamar el pago de la pena cuando no prefiera exigir la indemnización de daños y perjuicios, con lo

penales, según la cual éstas no son una modalidad de indemnización preestablecida». Es la recepción de esta doctrina, cuyo mantenimiento justifican sus autores desde la consideración –acaso discutible– de que en la inmensa mayoría de los casos tal penalidad afecta a deudores económicamente poderosos, la que explica la exclusión en el Derecho civil foral navarro de la facultad judicial de moderación de la pena, reconocida en el Derecho civil común ... y en la generalidad de los ordenamientos civiles foráneos ... Y es que, como la doctrina romanista ha puesto de relieve, en el Derecho Romano regía el principio de inmutabilidad de la pena, que impedía la moderación por excesiva o desproporcionada, en razón al carácter penal y no reparador de la *stipulatio poenae* y a su carácter de obligación condicional íntegramente exigible por falta de cumplimiento total de la obligación principal a que se hallaba condicionada. La exclusión del arbitrio judicial moderador de la pena en el Derecho civil foral navarro aparece clara, explícita e inequívocamente establecida en la Ley 518 del Fuero Nuevo y ha sido en efecto reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1989 y en las de este Tribunal Superior de Justicia de 22 de junio de 1995 y 27 de enero de 2004, que en el motivo de casación oportunamente se invocan”.

que pueda operar la moderación judicial, minorando la cuantía de la pena convenida en función del daño ocasionado y del grado de satisfacción que el acreedor pueda haber obtenido de ese deficiente o inexacto cumplimiento de la obligación. La pena que pueda tenerse por adecuada para un incumplimiento total o esencial de la obligación puede resultar desmesurada si en alguna medida el acreedor ha visto colmadas sus expectativas.

f. Art. 1151

“La nulidad de la cláusula de fijación de indemnización o de pena no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula”.

Insiste la Propuesta a lo largo de toda la regulación en la distinción terminológica de lo que es la cláusula penal con función liquidatoria y con fin sancionador. En todo lo demás, se evidencia el carácter accesorio de la cláusula penal, como ya significábamos a propósito del vigente art. 1155 del Código civil.

modo que el carácter punitivo habría de limitarse a las ventajas procedimentales que entraña la adición al negocio principal de una cláusula penal. La renuncia que ello supone para el deudor en orden a la prueba de los perjuicios, su alcance y relación de causalidad con el daño efectuado así como su previsibilidad al tiempo de la celebración del contrato, ya tiene mucho de conminatorio hacia el exacto cumplimiento de lo acordado, pero, en el terreno cuantitativo, el margen con el que cuentan los tribunales para reducir el montante de la pena convenida es ciertamente mucho mayor y habrá de ceñirse en mayor medida al perjuicio ocasionado atendidas todas las circunstancias concurrentes.

La moderación judicial que se contempla en la Propuesta sólo plantea el problema de su carácter desorbitado, sin mencionar, como hace el art. 1154 del Código civil actual, los supuestos de cumplimiento parcial o irregular. No parece que sea necesario ni que pueda tildarse de un olvido de la Comisión General de Codificación¹⁵². Precisamente la circunstancia de que haya concurrido un cumplimiento parcial o defectuoso da pie para

¹⁵² Como apunta I. MARÍN GARCÍA, *La cláusula penal*, cit., 12.

que, como la propia norma expresamente señala, la estipulación penal tiene carácter subsidiario y no como en el régimen del Código civil, donde, como regla general, la cláusula penal encierra una estimación anticipada de los daños y perjuicios, a los que sustituye. Esta facultad de reclamar la indemnización de daños y perjuicios se configura como irrenunciable desde el momento en que resulta posible inclinarse por ella incluso en los casos de haberse percibido la pena estipulada, si bien, para evitar situaciones de enriquecimiento injustificado, se deducirá del montante indemnizatorio aquello que anticipadamente se haya obtenido por ejecución de la estipulación penal.

4. Vientos de reforma en sede de cláusula penal: la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos

Como bien puede colegirse del título, este Anteproyecto legislativo nace en enero de 2009 con el propósito ambicioso de cumplir una reforma general del Libro Cuarto del Código civil. Desde entonces no tenemos noticias de que los trabajos hayan avanzado sustancialmente, pero aun así ha merecido la

atención de algunos estudiosos e, incluso, de algunos Tribunales¹³⁴, también en relación con el régimen jurídico de la cláusula penal¹³⁵.

¹³⁴ Como botón de muestra las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 9 de junio; 3, 17 y 21 de septiembre; y 10 de noviembre de 2010; así como las de 17 de marzo; 4 de abril; y 2 de mayo de 2011.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010: “... la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter inmoderado («el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido»), y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando («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»)", precisando en el art. 1:302 qué ha de entenderse por 'razonable': "lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría

lo convenido. Pueden asimismo evaluarse aspectos que podríamos llamar ambientales y que tangencialmente inciden en el incumplimiento en la medida en que no hayan podido preverse al tiempo del surgimiento de la relación contractual, tales como la crisis económica en todas sus manifestaciones, en particular las dificultades para el acceso al crédito a través del repunte de los umbrales de riesgo impuestos en el tráfico bancario o el incremento de la onerosidad de los préstamos.

En todo caso, esta moderación ha de respetar el carácter que de forma principal han querido dar los contratantes a la cláusula penal, de modo que en aquellos supuestos en los que se establece acumuladamente con la indemnización que resulta del régimen ordinario ha de primar la consideración de su carácter punitivo, pues la voluntad de las partes ha sido precisamente la de instrumentar una auténtica sanción ante el incumplimiento. Por ello, la minoración que resulte de la moderación no ha de ser de tal intensidad como para desnaturalizar el carácter y función que dimana de la autonomía de los contratantes. Mayor alcance puede tener la moderación cuando la cláusula penal persigue sustituir a la indemnización, de

vigente Código civil; y su carácter desorbitado frente al daño efectivo provocado por el incumplimiento, correspondiendo al deudor la carga de probar la manifiesta falta de mesura de la pena preestablecida¹⁵¹. El daño efectivo, naturalmente, ha de escapar de automatismos matemáticos para su cálculo, considerando exclusivamente el montante económico de la prestación o del porcentaje de la misma realmente cumplido. Se ha de tener en cuenta así aspectos subjetivos que envuelven tanto al acreedor como al deudor. Respecto del primero, cuál es la magnitud del perjuicio que ha experimentado, contemplado éste en sentido amplio, comprensivo de todos aquellos padecidos y no sólo de entidad material. Respecto del segundo ha de considerarse el grado de cumplimiento en el sentido de evaluar qué se ha satisfecho al acreedor y qué falta por satisfacer así como la capacidad patrimonial del deudor, observando así en qué situación quedaría de verse constreñido a atender en toda su extensión la pena convenida. También su conducta más o menos diligente en la estricta observancia de

¹⁵¹ G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, cit., 31, quien señala también que tal facultad “no requiere la instancia de parte” (pág. 130).

En esta materia, la regulación se amplía a siete artículos (1146 a 1152)¹³⁶, significando como principales novedades la extensión de la posibilidad de moderación judicial de la pena, no sólo en los casos de cumplimiento parcial o deficiente por parte del deudor, sino también en la medida en que pueda estimarse como desproporcionada; y la imposibilidad, expresamente prevista, de exigir el cumplimiento y reclamar la satisfacción de la pena.

a. El art. 1146

“La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal. El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación

como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”.

¹³⁶ *Propuesta de Modernización*, cit., 24 s.

convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida”.

El precepto sigue atribuyendo a la cláusula penal, como regla general, una función liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios, a la que sustituye, si bien expresando de forma más directa la dispensa de su prueba, que no del incumplimiento¹³⁷. La conducta desencadenante de su entrada en juego sigue siendo el incumplimiento total, el defectuoso o el intempestivo. Por último, se prevé que la cláusula penal pueda asumir, mediando pacto entre las partes al efecto, una función exclusivamente penal, compatible, por tanto, no con la reclamación del cumplimiento forzoso, a la vista del art. 1149 de la propuesta, sino únicamente con la indemnización de daños y perjuicios que resultaría de la aplicación del régimen ordinario, adoptando así una función cumulativa; pero también que pueda servir al deudor para liberarle de la obligación principal, pagando la pena convencional a

¹³⁷ I. MARÍN GARCÍA, *La cláusula penal en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, en *InDret* 2 (2009) 5. En este mismo sentido se expresa el art. 170.1 y 2 del Código europeo de Contratos elaborado por la Comisión Gandolfi.

pena es manifiestamente excesivo, habida cuenta, en todo caso, el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento”¹⁵⁰. De este modo, el Proyecto de Pavía aún en este precepto un doble factor para que pueda operar la moderación: el grado de incumplimiento que se haya producido en relación con el nivel de satisfacción que el acreedor pueda haber experimentado en la medida en que se haya convenido para un incumplimiento total, en términos semejantes a como se regula la cuestión en nuestro

¹⁵⁰ El art. 9:509(2) de los Principios del Derecho europeo de Contratos habla también de reducción de la cantidad pactada a una cifra más razonable si aquella resultara manifiestamente excesiva en proporción al daño y a las demás circunstancias, entre las cuales puede estar lo que el art. 170.4 del Código europeo de Contratos menciona, esto es, el interés del acreedor en el cumplimiento. En semejantes términos se expresa el art. 7.4.13(2) de los Principios Unidroit al hablar de reducir la suma determinada a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva a la vista del daño causado por el incumplimiento y demás circunstancias. E igualmente el Proyecto de Marco Común de Referencia en su art. III-3:712: “however, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances”.

el acreedor ha alcanzado objetivamente de acuerdo con el contenido originario de la obligación contraída. Ello conlleva que la indemnización habrá de ser menor en los casos de incumplimiento parcial o, incluso, en los de cumplimiento defectuoso cuando, aun así, pueda derivarse para el acreedor una cierta utilidad de la prestación cumplida. En definitiva, en todos aquellos casos en los que no pueda hablarse de un incumplimiento esencial. Pero también la idea de proporcionalidad destila también la necesidad de un juicio de equidad entre los daños que en su día se previeron o pudieron preverse, y los efectivamente acaecidos, de modo que siendo éstos mucho menores, habrá de operar la moderación judicial.

En cambio, cuando la pena convenida reviste una función punitiva, la moderación se halla condicionada a que a todas luces sea excesiva. En ello se adivina el influjo de otro de los trabajos doctrinales en el contexto de la armonización del derecho contractual europeo, el Código europeo de Contratos, cuyo art. 170.4 dispone que “la pena puede ser disminuida equitativamente por el juez, cuando el deudor ha efectuado, y si el acreedor no lo ha rechazado, un cumplimiento parcial, o si el montante de la

modo de multa penitencial o pena de arrepentimiento. De este modo, el juego de la autonomía de la voluntad en esta sede alcanza su máxima expresión para acomodarse a las precisas necesidades que los contratantes puedan tener con vistas a la conformación de su relación jurídica principal, agravando o dulcificando la posición del deudor ante el incumplimiento de la obligación principal.

b. El art. 1147

“La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes”¹³⁸. Ello es una consecuencia del carácter sustitutivo de la indemnización de daños y perjuicios que, con carácter general, asume toda cláusula penal, de modo que el acreedor sólo puede deducir una acción en relación con las consecuencias del incumplimiento. Si los daños y perjuicios efectivamente sufridos exceden del importe

¹³⁸ Ésta ha sido la postura de la doctrina tradicional. Vid. J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, cit., 357 s. y A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, cit., 84 ss.

preestablecido como pena convencional, no resulta posible reclamarlos después de haber exigido la satisfacción de la misma, pero, como hemos sostenido en relación con el régimen vigente en el Código civil, nada impide que el acreedor, intuyendo que la pena convencional pueda haber quedado con el tiempo desfasada, opte por exigir el cumplimiento forzoso de la prestación debida o por la reclamación ordinaria de daños y perjuicios, si bien sometiéndose a las veleidades de un procedimiento judicial en orden a la prueba de su existencia y al alcance cuantitativo de los mismos. En todo caso, cabe el pacto expreso que faculte al acreedor a exigir del deudor el excedente, con lo que nuevamente este precepto es expresión del vuelo inusitado que en esta sede tiene la autonomía privada¹³⁹.

¹³⁹ Tal como recoge el art. 170.1 del Código Europeo de Contratos, donde el pacto no permite acumular indemnización de daños y pena convencional, dando lugar a la pena cumulativa, sino sólo el pacto por el importe del daño efectivo que no alcance a cubrir la cláusula penal. En ausencia de pacto, la cláusula penal “constituye la reparación que es debida por el deudor ... en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto, o de retraso”. Vid. M. T. ALONSO PÉREZ, *Remedios*, cit., 857.

por una cláusula penal que ofrezca al acreedor antes ventajas procedimentales para obtener la reparación de su interés patrimonial que las que tendrían un alcance estrictamente cuantitativo. Aún serían éstas posibles, siempre que el montante anticipadamente previsto no tenga el aire de algo desorbitado, pues resulta evidente que no puede pretenderse una coincidencia absoluta si la finalidad de la cláusula penal es ante todo la de evitar las complicaciones que resultarían de su precisa indagación en el curso de un proceso¹⁴⁹. Se acude, por lo tanto, al criterio de la proporcionalidad, lo que obliga al juez a examinar cuál es el grado de satisfacción que

(“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”); y en el Borrador de Marco Común de Referencia del 2009 en su art. III-3.104(1): “a debtor’s non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor’s control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences”.

¹⁴⁹ En parecidos términos, I. ARANA DE LA FUENTE, *Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal*, cit., 15 s.

desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”.

Constituye este precepto la gran novedad que incorpora la Propuesta en sede de cláusula penal, haciéndose así eco de la tradición jurídica generalizada en nuestro entorno europeo. Frente al vigente art. 1154 del Código civil, que limita la facultad moderadora a los supuestos de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, se afronta explícitamente la problemática de las penas desorbitadas, distinguiendo, como en toda la regulación de la Propuesta, entre la pena convencional, esencialmente punitiva, y la indemnización convenida, meramente liquidatoria. La Propuesta parece ahondar en esta función: si es liquidatoria, ha de guardar relación con el daño efectivamente padecido por el acreedor¹⁴⁸, lo que parece propugnar

¹⁴⁸ En este sentido, la Propuesta es más restrictiva que la tendencia europea reflejada en los Principios del Derecho Europeo de Contratos del 2000 en su art. 9:502(2) (“sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”); en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales del 2010 en su art. 7.4.13(2), inalterado respecto a la edición de 2004

c. El art. 1148

“El acreedor solo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor. La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor”, de forma mucho más explícita a como se expresa el actual art. 1152 del Código civil (“sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones de este Código”). La Propuesta distingue, por tanto, el supuesto de la pena sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, que llama “indemnización previamente convenida”, del supuesto en el que la cláusula penal adopta una función cumulativa, hablándose en tal caso de “pena convencional”, partiendo así de la distinción que se apuntaba en el art. 1146 de la Propuesta. En el primer caso se habla de que el incumplimiento o cumplimiento intempestivo o deficiente sea imputable al deudor, mientras que en el segundo se menciona explícitamente como desencadenante de la pena convencional cumulativa la culpa del deudor. El hecho de que la efectividad de la cláusula penal dependa

de un distinto comportamiento del deudor, según la modalidad pactada, evidencia que no puedan identificarse plenamente los conceptos de “incumplimiento imputable al deudor” y de “incumplimiento culpable”. Y así se confirma explícitamente si tenemos en cuenta el art. 1209 de la Propuesta, que únicamente considera que el incumplimiento es inimputable al deudor cuando “haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control”; y cuando “de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias”. De este modo, la primera acepción (“incumplimiento imputable al deudor”) desprende un mayor ámbito de responsabilidad o, lo que es lo mismo, una minoración de las posibilidades para evitarla, lo que conlleva que la exoneración de responsabilidad sólo tendrá lugar cuando surja una imposibilidad absolutamente al margen del control del deudor y que no hubiera podido razonablemente preverse ni evitarse ni superarse, sea en sí misma o en sus consecuencias, todo ello de conformidad con

otro que la facultad de resolver el contrato. A ella se refiere la Propuesta en sus arts. 1190¹⁴⁶ y 1205¹⁴⁷. Esa indemnización de daños y perjuicios será la anticipadamente convenida en la cláusula penal cuando adopte una función esencialmente liquidatoria. Por el contrario, cuando de la cláusula penal emerja propiamente una pena convencional de carácter sancionador, sólo será exigible en los casos en los que la causa de resolución haya sido la mora del deudor.

e. Art. 1150

“El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones

¹⁴⁶ El art. 1190 de la Propuesta dispone que “en caso de incumplimiento, podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”.

¹⁴⁷ El art. 1205 de la Propuesta reza que “el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause. Este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento”.

de resultar frustrada la reclamación, de reconducir su pretensión por la otra vía¹⁴⁵.

También se exceptiona la incompatibilidad del cumplimiento forzoso y la pena convencional en los casos en que haya concurrido un mero retraso en el cumplimiento por parte del deudor. Estamos, por consiguiente, ante un supuesto de incumplimiento defectuoso, que faculta para exigir el cumplimiento forzoso o la resolución, pero también para exigir la pena convencional que se hubiera podido prever para asegurar el interés del acreedor. Esta pena no sustituye a la indemnización por incumplimiento, sino a la que dimana del retraso, de modo que lo que justifica esta excepción es que la prestación del deudor resulta intrínsecamente posible, de modo que el incumplimiento (normalmente el impago de la cantidad convenida) ha de tenerse por un retraso en el cumplimiento, al que no se renuncia.

Por lo demás, es en el segundo párrafo del art. 1149 donde emerge el contrapunto a la petición de cumplimiento forzoso ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso en el que haya incurrido el deudor, que no es

¹⁴⁵ I. MARÍN GARCÍA, *La cláusula penal*, cit., 4 s. n. 3.

las nuevas orientaciones europeístas¹⁴⁰. Ello es perfectamente congruente con la función sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios que cumple la pena convenida, que sólo se devenga cuando la conducta del deudor los ha ocasionado, quedando, en cambio, exonerado de responsabilidad en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, puesto que ambas circunstancias no son imputables al deudor. En este caso, la ventaja de la cláusula penal suele proyectarse tanto en el plano cuantitativo como procedimental, esto es, fijándose en un importe previsiblemente muy superior al del perjuicio manifestado, y al margen de toda actividad probatoria con ocasión de un procedimiento judicial. La segunda acepción, en cambio, por ser cumulativa con el cumplimiento forzoso o la indemnización de daños y perjuicios, sólo es exigible cuando el incumplimiento del deudor es culpable, lo que supone una reconducción a las causas de imputabilidad

¹⁴⁰ Así, los artículos 8:108(1) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000); el 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT (2010); y el III-3:104(1) del Borrador del Marco Común de Referencia (2009).

del Código civil previstas en los arts. 1101 y 1105¹⁴¹.

d. Art. 1149

“El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas

¹⁴¹ Posición ésta que parece mantenerse en otro de los frutos doctrinales del momento en el contexto europeo de la armonización contractual, como es el Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía bajo la Presidencia del Prof. Giuseppe Gandolfi y cuyos arts. 92 (en las obligaciones de entregar cosa determinada), 93 (en las obligaciones de entregar cosas genéricas), y 94 (en las obligaciones de hacer) establecen que las obligaciones se entenderán incumplidas a menos que la cosa que haya de darse se haya perdido o deteriorado, o que la prestación del servicio esperado no sea posible sin responsabilidad alguna del deudor, a menos que el deudor haya garantizado que el cumplimiento será posible en los términos del art. 97.2 del Código Europeo de Contratos (“... si en el contrato se contiene explícita o implícitamente una garantía de que el cumplimiento es posible, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor haya sufrido por haber contado con el cumplimiento de la prestación”).

podiera acompañarse “subsidiariamente el abono de la cláusula penal tanto si el cumplimiento resulta imposible como si el deudor no lo efectuara en tiempo y forma razonable”¹⁴⁴. Ello a diferencia de lo que acontece en el ámbito de los contratos mercantiles, pues el art. 56 del Código de Comercio dispone que “en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario”, de modo que, en ausencia de pacto en contrario, se produce la extinción de la acción que no se ha ejercitado desde el momento en que el acreedor comunica al deudor la acción por la que se inclina, sin posibilidad alguna, en caso

¹⁴⁴ I. ARANA DE LA FUENTE, *Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal*, cit., 9, que invoca el art. 1194 de la Propuesta: “el acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiese obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce”.

penal tiene carácter subsidiario para el caso de frustración del cumplimiento forzoso por el que se ha optado. Y esta interpretación que hace posible reconducir la pretensión en los casos de ser manifiestamente imposible el cumplimiento forzoso por el cual, en principio, se había optado puede venir reforzada por la aplicación analógica de las normas, pues ello viene ya reconocido en el ámbito civil cuando se trata de obligaciones recíprocas. En efecto, el art. 1124 del Código civil señala que “el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”. Por aplicación analógica al ámbito de la exigibilidad de la cláusula penal puede afirmarse que, en tanto en cuanto el deudor no cumpla la obligación principal, resultaría posible al acreedor optar por exigir la pena convencional, acumuladamente o en sustitución de la indemnización de daños y perjuicios en función de la modalidad de cláusula penal pactada. Y del conjunto de la Propuesta de Modernización se desprende que a la petición de cumplimiento forzoso

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

En su inciso inicial, el texto se refiere nuevamente a las dos modalidades de pena convencional¹⁴²: la sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, que dispensa de su prueba y a la que ahora denomina ‘indemnización convenida de los daños’ frente a otras expresiones como la de ‘indemnización previamente convenida’ del art. 1148 de la Propuesta; y la propiamente penal o cumulativa, que designa como “pena convencional” en los mismos términos que en el referido art. 1148 de la Propuesta. Si la primera es, por principio, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios que resultarían por aplicación de las reglas generales para su fijación, la segunda es compatible con ellos. La duda que ofrecía el art. 1146 es si la pena convencional sería

¹⁴² I. ARANA DE LA FUENTE, *Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal*, cit., 5 ss.

también compatible con la exigencia del cumplimiento forzoso. El art. 1149 de la Propuesta la despeja expresamente como línea de principio al prever la imposibilidad de reclamar conjuntamente el cumplimiento forzoso de la obligación y la pena convencional inmersa en la cláusula, cualquiera que sea su modalidad, estrictamente penal o meramente indemnizatoria.

Por consiguiente, se ha de entender que la posibilidad que contempla el art. 1146 de la Propuesta de dar a la cláusula penal carácter punitivo, permitiría reclamar acumuladamente la indemnización de daños y perjuicios del art. 1101 del Código civil y la pena convenida. No, en cambio, el cumplimiento forzoso acumulado a la pena convencional, salvo que, intentado inicialmente, deviniera imposible o el incumplimiento concreto que se denuncia consistiera en el retraso en la ejecución de la prestación¹⁴³. En este sentido, el texto se

¹⁴³ En parecidos términos, aunque circunscrito sólo a la mora del deudor se expresa el art. 170.3 del Código europeo de Contratos de la Comisión Gandolfi: “el acreedor podrá demandar, al mismo tiempo, el cumplimiento y la pena, únicamente, cuando ésta ha sido estipulada para el simple retraso”.

aparta de lo previsto en el art. 1153 inciso final del Código civil, que dispone que “tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada”. Es decir, que el Código civil ampara, como regla general en su vigente artículo 1152, la función sustitutiva de la cláusula penal respecto de la indemnización de daños y perjuicios, pero permite en el precepto sucesivo un pacto mediante el cual el acreedor se reserva la facultad de exigir junto con la pena el cumplimiento de la obligación.

En todo caso, como ya anteriormente hemos puesto de relieve, el adverbio “conjuntamente” se ha de entender referido a la posibilidad de reclamar acumuladamente el objeto de ambas obligaciones, la principal y la accesoria, circunstancia que con carácter general queda excluida. Y entre las excepciones no se halla la existencia de un pacto, como el que hace posible la pena cumulativa en el art. 1153 párrafo segundo del Código civil. Pero, entendemos, el texto de la Propuesta no impide que “conjuntamente” se ejerciten ambas acciones, indicando claramente que la que dimana de la cláusula

XIX secolo, è stato, tuttavia, oggetto di attenzione particolare da parte del Progetto di Legge di Modernizzazione del Diritto delle Obligazioni redatto dalla Commissione di Codificazione del Ministero di Giustizia nel 2009, raccogliendo alcuni degli orientamenti presenti in altri codici civili europei, nonché nei lavori degli studiosi, espressione dello sforzo indirizzato alla armonizzazione del diritto contrattuale europeo.

ABSTRACT

El autor analiza, después de examinar su concepto, caracteres, funciones y rasgos diferenciales con otras figuras afines, el régimen jurídico de la cláusula penal en el derecho civil español, con especial atención a la regulación que ofrece el Código Civil en sus arts. 1152 a 1155 y el tratamiento diferenciado que a la institución dispensa el Fuero Nuevo de Navarra en la Ley 518, todo ello como reflejo del dualismo presente en España entre el régimen de derecho común y el de derecho foral o especial. La regulación del Código civil español configura de partida la pena convencional como sustitutiva del régimen indemnizatorio del art. 1101 del referido texto legal ante el incumplimiento, cumplimiento defectuoso o intempestivo del deudor, erigiéndose así en un modo de prefijar anticipadamente su importe sin necesidad de probar su alcance, cuantía y relación de causalidad con la conducta desplegada por el deudor. Pero también se contemplan en el tratamiento legal otras funciones de la cláusula penal al admitirse por la vía del pacto, en primer término, la pena como cumulativa, bien de la indemnización de daños y perjuicios que sea exigible cuando el

cumplimiento de la obligación asegurada no sea ya posible o se haya producido un cumplimiento defectuoso o tardío, bien del cumplimiento forzoso instado por el acreedor; y, en segundo lugar, al facultarse al deudor para apartarse lícitamente de la obligación asumida, satisfaciendo el interés del acreedor a través del pago de la pena convenida. Este régimen, inmutable desde la promulgación del Código Civil, ha sido objeto, sin embargo, de especial atención por el Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia en 2009, recogiendo algunas de las orientaciones presentes en otros Códigos civiles europeos así como en los trabajos doctrinales que son expresión del esfuerzo tendente a la armonización del derecho contractual europeo.

L'autore analizza, dopo averne esaminato il concetto, i caratteri, le funzioni e i tratti differenziali con altri istituti simili, il regime giuridico della pena convenzionale nel diritto civile spagnolo, con particolare attenzione alle disposizioni previste nel codice civile agli artt. 1152-1155 e il differente trattamento che il Fuero Nuevo di Navarra riserva all'istituto

con la l. 518. Ciò riflette il dualismo in Spagna tra il sistema del diritto comune e il diritto foral o speciale presente in alcune regioni. Il regolamento del codice civile spagnolo considera la pena convenzionale sostitutiva del regime d'indennizzo dei danni previsto dall'art. 1101 del codice civile a causa dell'inadempimento ovvero del non corretto adempimento o del ritardato adempimento del debitore, rappresentando così un modo di prefissare anticipatamente l'ammontare del risarcimento, senza che il creditore debba dimostrarne l'importo, né il nesso di causalità con la condotta attuata dal debitore. Ma dal regime giuridico della penale emergono anche altre funzioni, poiché è ammesso prevedere per via pattizia il cumulo della pena sia con il risarcimento dei danni patiti (quando l'adempimento da parte del debitore è divenuto impossibile oppure quando è posta in essere una prestazione difettosa, o semplicemente nel caso di ritardato adempimento), sia con il corretto adempimento dal creditore; inoltre, si può prevedere la facoltà del debitore di disimpegnarsi legittimamente dall'obbligo di adempimento, soddisfacendo l'interesse del creditore mediante il pagamento della pena convenuta. Questo sistema, invariato dalla promulgazione del codice civile alla fine del