

BREVE ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO: LA DIFERENCIA BÁSICA ENTRE EL TRATAMIENTO DE LA PENA CONVENCIONAL POR EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO INGLÉS*

A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS: THE ESSENTIAL DIFFERENCE BETWEEN THE PENALTY RULE IN SPANISH AND ENGLISH LAW

ALICIA DE LA PUENTE PÉREZ**

Resumen: Este trabajo tiene por objeto la realización de un breve análisis comparativo entre el tratamiento que recibe, en Derecho español por un lado y, en Derecho inglés por otro, una figura jurídica ampliamente extendida en la práctica contractual, la pena convencional. Este examen es ciertamente interesante dado que existe entre ambos sistemas jurídicos una divergencia sustantiva en esta materia que, en observancia a las líneas generales del Derecho inglés, resulta a mi juicio, un tanto paradójica por las razones que se expondrán a lo largo de estas páginas.

Palabras clave: pena convencional sustitutiva, pena convencional cumulativa, cláusula penal, incumplimiento contractual, moderación judicial de la pena convencional, Derecho inglés, penalty rule.

Abstract: The purpose of this work is to make a brief comparative analysis of the treatment of stipulated payment clauses in Spanish Law on one side, compared to their treatment in English Law on the other. These clauses constitute a legal concept, which is widely extended in contractual practice. This is certainly an interesting study as there is a substantive divergence between both laws, which, considering the general terms of English Law seems to me to be rather paradoxical, for the reasons presented in this essay.

Keywords: liquidated damages clause, penalty clause, stipulated payment clause, breach of contract, court's power to modify the stipulated sum, English Law, penalty rule.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA PENA CONVENCIONAL EN DERECHO ESPAÑOL; 1. La pena convencional en el Código Civil; A. Concepto y caracteres; B. Funciones; C. Moderación judicial de la pena convencional ex Art. 1154 CC; 2. Pena convencional a la luz de la regulación en materia de consumidores y usuarios; III. LA PENA CONVENCIONAL EN DERECHO INGLÉS; 1. Configuración tradicional de la *Penalty Rule*; 2. Tendencias modernas;

* Fecha de recepción: 15 de octubre de 2016.

Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2017.

** Accésit en la V edición del Premio Joven Investigador, en la modalidad «Derecho privado, social y económico». Abogada. Correo electrónico: aliciadela puente@hotmail.com. Este trabajo ha sido dirigido por D^a. Isabel Arana de la Fuente, Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid.

3. ¿Debe o no mantenerse esta prohibición? 4. ¿Por qué resulta paradójico que las cláusulas penales en sentido estricto estén permitidas por el Derecho español y proscritas por el Derecho inglés?; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por finalidad la realización de un breve análisis comparativo entre el tratamiento que recibe la figura jurídica de la pena convencional, por un lado, en el Derecho español y, por otro, en el Derecho inglés. Existe una diferencia sustantiva al respecto entre este derecho anglosajón y los sistemas continentales que, en observancia a las líneas generales del Derecho inglés, resulta paradójica y que, a mi juicio, es ciertamente interesante. Las razones que sustentan esta afirmación serán examinadas con mayor detalle en este trabajo.

Para abordar correctamente esta materia desde la perspectiva española, debe hacerse una distinción entre los supuestos en los que una pena convencional es pactada en un contrato en el que ambas partes están en igualdad de condiciones, es decir, contratos entre particulares, empresarios o profesionales, y, aquellos supuestos en los que se pacta existiendo una situación de asimetría contractual, en la que una de las partes se halla en posición de inferioridad, a saber, contratos con consumidores. Estos últimos tienen en la actualidad, tanto a nivel nacional como europeo, una regulación propia y muy extensa destinada a proteger a aquellas partes más débiles en determinadas relaciones contractuales. Es necesario tratar ambos supuestos por separado ya que, en realidad, la regulación del Código Civil solo será aplicable en la medida en que no lo sea la legislación específica en materia de consumidores y usuarios, por el carácter de especialidad que esta ostenta respecto de la regulación general contenida en el Código Civil.

II. LA PENA CONVENCIONAL EN DERECHO ESPAÑOL

1. La pena convencional en el Código Civil

A. *Concepto y caracteres*

En primer lugar, a efectos del estudio de esta materia, deben diferenciarse tres conceptos distintos. El Código Civil en sus artículos 1152 a 1155 habla de «las obligaciones con cláusula penal» para referirse a aquellas «obligaciones cuyo incumplimiento se sanciona con una pena convencional». Por su parte, la cláusula penal es «aquella cláusula en la que la pena convencional se establece», es decir, el negocio jurídico constitutivo de la pena convencional. Finalmente, la pena convencional es «la sanción, que se pacta que ha de sufrir el deudor, en caso de incumplimiento de la obligación principal»¹.

¹ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil Tomo II, Derecho de obligaciones*, Madrid (Edisofer), 2004, pp. 258-260; O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Madrid (Ramón Areces), 2012, p. 105.

El Código Civil no da una definición expresa del concepto de pena convencional. Sin embargo, la doctrina sí ha tratado extensamente este tema. A título de ejemplo, DÍEZ-PICAZO² define la pena convencional como una prestación, generalmente consistente en una suma de dinero³, que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal.

En el ámbito europeo e internacional, tanto los Principios del Derecho Europeo de Contratos (Art. 9:509), como la Propuesta de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo (Art. 3:712) y los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales internacionales (Art. 7.4.13), definen la pena convencional como una suma de dinero o indemnización que resulta exigible para el supuesto de incumplimiento de la obligación principal garantizada por aquella.

Del Art. 1155 CC se desprende claramente que se trata de una obligación accesoria puesto que su validez depende de la existencia de una obligación principal válida. No obstante, no debe olvidarse que la pena en sí misma también deberá ser válida conforme a los requisitos generales de validez de los contratos contenidos en los Arts. 1261 a 1277 CC⁴. Asimismo, deben respetarse los límites generales a la autonomía de la voluntad impuestos por el Art. 1255 CC. La pena no podrá ser contraria a las leyes, a la moral o al orden público. A este respecto, es conveniente resaltar que, determinados contratos y, por consiguiente, las penas insertas en ellos, pueden ser nulos por ser contrarios a la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura⁵.

La pena convencional ostenta un carácter de garantía personal para el acreedor⁶, ya que su finalidad primordial consiste en garantizar o asegurar la satisfacción de su interés. Esto implica que la obligación de pagar la pena es una obligación subsidiaria. Solo deviene exigible en caso de concurrir el incumplimiento concreto de la obligación principal para el

² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid (Civitas), 2008, p. 457.

³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 457. En el mismo sentido, BERCOVITZ, R. et al., *Manual de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Madrid (Bercal), 2011, p. 136; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil Tomo II, Derecho de obligaciones*, cit., p. 258; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario a los Artículos 1152 a 1155», en *Comentario del Código Civil, Tomo II*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, pp. 157. Si bien también puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer, como se señala en LOBATO, J.M., *La cláusula penal en el derecho español*, Pamplona (Universidad de Navarra), 1974, p. 106.

⁴ ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. IV, p. 1592.

⁵ Art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, «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».

⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 457; LOBATO, J.M., *La cláusula penal en el derecho español*, cit., p. 165; ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», cit., pp. 1587-1590.

cual se pactó la pena, tal y como se deduce del Art. 1153 CC, salvo que exista pacto expreso en contrario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha abordado la definición de este tipo de obligaciones pero, mientras que en los textos doctrinales encontramos, generalmente, una definición de pena convencional, la jurisprudencia se ha desarrollado, en este ámbito, en torno al concepto de cláusula penal.

En este sentido, la Sala 1ª del Tribunal Supremo define la cláusula penal como «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor»⁷, y también como «obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual»⁸.

Asimismo, existe jurisprudencia constante y uniforme afirmando que se impone una interpretación restrictiva de las cláusulas penales en cuanto a su existencia, contenido y alcance⁹. La Sala 1ª del Tribunal Supremo reitera en numerosas sentencias¹⁰ que sólo cabe admitir la existencia de una cláusula penal cuando conste de forma clara y terminante la voluntad de las partes de crearla¹¹. No es posible presumir su existencia, dado su carácter sancionador y su naturaleza de excepción al régimen legal de la indemnización por incumplimiento.

B. Funciones

Si bien la pena convencional tiene una finalidad básica de garantía, puede cumplir diversas funciones. En atención a ellas, y a la relación que la misma guarda con la indemnización de daños y perjuicios legalmente procedente conforme a las reglas generales de los Arts. 1101 y siguientes del Código Civil, la jurisprudencia¹² y la doctrina distinguen tres

⁷ SSTS de 8 de enero de 1945 (RJ\1945\7), 12 de enero de 1999 (RJ\1999\36), 13 de julio de 2006 (RJ\2006\4507), 28 septiembre de 2006 (RJ\2006\6390), 25 de enero de 2008 (RJ\2008\223).

⁸ STS de 16 de abril de 1988 (RJ\1988\3173). Y en sentido similar, STS de 11 de marzo de 1957 (RJ\1957\751).

⁹ LOBATO, J.M., *La cláusula penal en el derecho español*, cit., p. 141.

¹⁰ SSTS de 17 de septiembre de 2013 (RJ\2013\6826), 30 de noviembre de 2012 (RJ\2012\192), 6 de noviembre de 2012 (RJ\2012\8333), 22 de abril de 2009 (RJ\2009\4730), 18 de septiembre de 2008 (RJ\2008\552), 5 de diciembre de 2007 (RJ\2007\8902), 28 de septiembre de 2006 (RJ\2006\6390).

¹¹ DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 464; SANTOS BRIZ, J., «Comentario a los arts. 1152 a 1155 CC», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo 6, Barcelona (Bosch), 2000, p. 289.

¹² SSTS de 22 octubre 1990 (RJ\1990\8033), 3 de marzo de 1992 (RJ\1992\2007), 12 de abril 1993 (RJ\1993\2994), 12 de diciembre 1996 (RJ\1996\8976), 12 de enero de 1998 (RJ\1999\36), 17 noviembre de 2004 (RJ\2004\7239), 13 de julio de 2006 (RJ\2006\4507), 28 de septiembre de 2006 (RJ\2006\6390), 10

tipos de pena convencional: la pena sustitutiva o liquidatoria, la pena cumulativa, punitiva o penal en sentido estricto y la pena alternativa o de desistimiento¹³.

La *pena sustitutiva o liquidatoria* es aquella que *sustituye* a la indemnización por daños y perjuicios que legalmente procedería en caso de incumplimiento contractual. La mayoría de los autores coinciden en que se trata de una valoración anticipada de los daños y perjuicios que, previsiblemente, sufrirá el acreedor en caso de incumplimiento.

La cláusula penal sustitutiva es, por tanto, un acuerdo entre las partes por el cual estas modifican, o excluyen, las reglas legales sobre responsabilidad por incumplimiento contractual¹⁴. En virtud de este pacto, el acreedor no puede exigir conjuntamente pena e indemnización legal, sino que, si el deudor incumple la obligación principal, se verá obligado a pagar la pena convencional en su importe exacto, ni más ni menos, independientemente de los daños efectivamente sufridos.

La gran ventaja que presenta este tipo de pena es que exime al acreedor de la carga de probar la existencia de los daños y su cuantía. No obstante, este sí estará obligado a probar la existencia de una cláusula penal válida, la concurrencia del incumplimiento concreto para el cual se pactó la pena¹⁵ y que este es imputable al deudor¹⁶.

Esta es la modalidad de pena convencional que presume el Código Civil. Sin embargo, no debe olvidarse que las normas que regulan esta materia son de carácter dispositivo. Los Arts. 1152.1 y 1153 *in fine* CC permiten que mediante pacto inter partes pueda crearse otro tipo de pena, la pena cumulativa o punitiva.

diciembre de 2009 (RJ2010\852), 21 noviembre de 2012 (RJ2013\2403), 23 octubre de 2014 (RJ2014\5392), 6 febrero de 2015 (RJ2015\512).

¹³ Aunque existan varias modalidades de pena se trata una única figura jurídica. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 464.

¹⁴ En este sentido, vid. ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», cit., p. 1583, y STS de 18 julio de 2005 (RJ2005\5480).

¹⁵ Es muy importante no olvidar que la pena convencional puede pactarse para cualquier tipo de incumplimiento, pero solo será exigible respecto de aquellos incumplimientos *concretos* para los que haya sido pactada y que, todos los demás, se regirán por las reglas ordinarias del CC en materia de incumplimiento contractual. Vid. DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 464; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil Tomo II, Derecho de obligaciones*, cit., p. 267; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario a los Artículos 1152 a 1155», en *Comentario del Código Civil, Tomo II*, cit., p. 158.

¹⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil Tomo II, Derecho de obligaciones*, cit., p. 264; BERCOVITZ, R. *et al.*, *Manual de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, cit., p. 138; ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», cit., 2009, pp. 1608-1610, y STS 17 enero 2011 (RJ2012\287). Esta previsión también se contempla en el Art. 4 de la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978 en los siguientes términos «The sum stipulated shall not be due unless the promisor is liable for failure to perform the principal obligation».

La *pena cumulativa o punitiva*, también llamada, *pena en sentido estricto*¹⁷, se caracteriza por otorgar al acreedor la facultad de exigir al deudor, *conjuntamente*, la pena y la indemnización legalmente procedente, o el cumplimiento y la pena (siempre y cuando el cumplimiento aún sea posible).

La pena punitiva o pena *stricto sensu* tiene una doble finalidad. Ex ante cumple una función coercitiva, en el sentido de que fomenta el cumplimiento de la obligación principal. Es un incentivo para el deudor ya que agrava su responsabilidad en caso de que este no cumpla o cumpla defectuosamente. Y por otro lado, ex post, la pena cumple una función punitiva. Afirma Albaladejo que se trata de un castigo especial para el deudor¹⁸. Para que este tipo de pena exista debe pactarse y, dado su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva¹⁹.

Por último, existe una tercera modalidad de pena convencional, que la doctrina califica como *pena alternativa o de desistimiento*²⁰. Su nota característica es que el deudor puede elegir entre cumplir la obligación principal o pagar la pena. No obstante, el Art. 1153 CC en su párrafo primero establece que para que esto sea posible, este derecho debe haber sido expresamente reservado al deudor. La inmensa mayoría de los autores²¹ coinciden en que, mediante este pacto, la obligación principal se convierte en alternativa. El deudor puede cumplir su obligación, y así quedar liberado, con otra prestación distinta de la pactada a título principal.

En realidad, este tipo de penas no responden con exactitud al nombre de *pena* porque, a fin de cuentas, a quien benefician es al deudor. Sin embargo, el Código Civil las regula dentro del instituto de la pena convencional y, por tanto, así debemos considerarlas.

¹⁷ Un sector doctrinal, entre otros, ESPÍN, 1946, pp. 149 y 150, SANTOS BRIZ, J., «Comentario a los arts. 1152 a 1155 CC», cit., p. 290; LOBATO, J.M., *La cláusula penal en el derecho español*, cit., pp. 103 y 122, así como alguna sentencia excepcional, STS de 21 de febrero de 1969, afirman que esta es la única que, en sentido estricto, merece el nombre de cláusula penal.

¹⁸ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil Tomo II, Derecho de obligaciones*, cit., p. 266.

¹⁹ Doctrinalmente en este sentido, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., 2008, p. 464 y jurisprudencialmente *ad exemplum*, SSTS 18 julio 2005 (RJ\2005\5480) y 17 septiembre 2013 (RJ\2013\6826) con cita a muchas otras.

²⁰ BERCOVITZ, R. *et al.*, *Manual de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, cit., p. 58. Sostiene que se trata un tipo particular de cláusula penal sustitutoria «cuya especialidad estriba en que no sustituye a los daños del incumplimiento sino los del desistimiento». CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario a los Artículos 1152 a 1155», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, p. 159 la denomina «pena de arrepentimiento».

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Parte General de la Teoría del Contrato*, Madrid (Dykinson), 2011, p. 264, p. 69; ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», cit., p. 1601.

C. Moderación judicial de la pena convencional ex Art. 1154 CC

El Art. 1154 CC establece que «el juez moderará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Este precepto ha generado extensa polémica jurisprudencial y doctrinal, fundamentalmente, en torno a la cuestión de en qué supuestos es de aplicación.

Muchos ordenamientos Europeos²² permiten a los órganos judiciales moderar y reducir aquellas penas convencionales que consideren desproporcionadas o excesivas. Hay autores, y alguna sentencia aislada²³, que se han manifestado a favor de una interpretación similar del Art. 1154 CC²⁴. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria sostienen que esta línea interpretativa no es correcta según el tenor literal del precepto²⁵.

El Art. 1154 CC *no* puede aplicarse para moderar o reducir penas excesivas o contrarias a la equidad. Este precepto solo será aplicable cuando, en vez de existir un incumplimiento total o absoluto, exista un cumplimiento parcial o irregular, siempre que este no fuera el incumplimiento específico para el cual se pactó la pena. Afirma O'CALLAGHAN, muy acertadamente, que la razón de ser de esta norma es evitar una situación de injusticia, pero no la producida por una pena excesivamente alta, sino la que se genera si el deudor, pese a haber cumplido *en parte*, tiene que pagar *toda* la pena²⁶.

El Derecho español²⁷ vigente en el ámbito de la moderación de la cláusula penal es sorprendente en comparación con la línea seguida en el contexto internacional. Como he

²² Vid. DÍAZ ALABART, S., *La Cláusula Penal*, cit., pp. 15-30. Tanto el Derecho portugués, como el alemán, el italiano o el francés contemplan la moderación judicial de penas excesivas por razones de equidad.

²³ SSTS de 9 de febrero de 1906, 5 noviembre de 1956 (RJ3433/1956), 1 de octubre de 1990 (RJ 1990/7460) o 2 diciembre de 1998 (RJ 1998/9701).

²⁴ JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Madrid (Civitas), 1992, pp. 199-202; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, vol. 46, núm. 2, pp. 582-585.

²⁵ DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 468-469; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil Tomo II, Derecho de obligaciones*, cit., pp. 271-275; LASARTE, C., *Derecho de Obligaciones, Principios de Derecho Civil II*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 196-197; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Parte General de la Teoría del Contrato*, Madrid (Dykinson), 2011, pp. 271-272; O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, cit., p. 108-109; BERCOVITZ, R. et al., *Manual de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 138-139; ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», cit., pp. 1610 y ss., entre muchos otros.

²⁶ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, cit., p. 108. En el mismo sentido, DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 468, lo define como «un problema de ajuste».

²⁷ Al hablar de Derecho español nos estamos refiriendo al Derecho Común, concretamente, en el ámbito de la moderación de la cláusula penal, al Art. 1154 CC. Por su parte, el Derecho Civil Navarro, en la Ley 518 del Fuero Nuevo, establece expresamente que «la pena convenida no podrá ser reducida por arbitrio judicial».

apuntado anteriormente, tanto la gran mayoría de ordenamientos europeos continentales como diversos textos de referencia internacionales²⁸, contemplan la posibilidad de reducción judicial de la pena cuando esta sea notable o manifiestamente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias²⁹. E incluso, el Derecho inglés, en una línea más radical, como se verá a continuación, directamente prohíbe la ejecución de las cláusulas penales en sentido estricto, es decir, aquellas que no constituyan una auténtica preestimación o valoración anticipada de los daños y perjuicios que podría llegar a sufrir el acreedor a causa del incumplimiento.

Sin embargo, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, en su Art. 1150 propone un cambio de escenario al establecer que «El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». En consecuencia, el panorama español cambiaría sustancialmente en esta materia en caso de que la Propuesta fuese aprobada.

Considero que una previsión en este sentido no es necesaria. En el caso de un contrato entre particulares, profesionales o empresarios que, presumiblemente, se encuentran en una situación de simetría contractual e igualdad de armas, el hecho de permitir que un juez modifique una cláusula pactada por las partes, implica una vulneración del principio de autonomía de la voluntad contenido en el Art. 1255 CC, una mayor inseguridad jurídica y un aumento de la inseguridad en el tráfico.

De una parte, no incentiva el cuidado y la diligencia a la hora de contratar, y de otra, lo que puede provocar es que los operadores económicos prefieran someter sus contratos a un ordenamiento que les aporte la seguridad de que las previsiones que hagan, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, no van a ser ignoradas por un órgano judicial que decida que la pena es excesiva, cuando, precisamente, fue pactada por las propias partes en una situación de absoluta libertad.

Cosa distinta es que esta situación no sea tal, y que concurren vicios del consentimiento, falta de capacidad u otro requisito esencial del contrato. Pero, en este caso, ya tenemos las reglas legales previstas en el CC sobre anulabilidad y nulidad de los contratos y otros mecanismos que permiten asegurar que las cláusulas se ajustan a la legalidad.

Además, con una previsión de este tipo, la pena pierde en parte su función coercitiva, ya que el deudor podrá plantearse la posibilidad de incumplir con la esperanza de que, en caso de litigio, el tribunal estime su pretensión y modere la pena pactada.

²⁸ Art. 7.4.13. (2) de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Art. 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, y Art. 3:712 (2) de la Propuesta de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo.

²⁹ En igual sentido se posicionó el Consejo de Europa en el Art. 7 de su Resolución de 20 de enero de 1978. Si bien este artículo prevé tanto la posibilidad de reducir la pena cuando sea excesiva como cuando exista incumplimiento parcial (igual que hace el Art. 1154 CC).

Por otro lado, como se expondrá en el siguiente punto, en caso de que se trate de un contrato entre partes en situación de desigualdad, en el que exista una parte débil digna de especial tutela, el Derecho de Consumidores y Usuarios ya prevé una extensa regulación para eliminar las cláusulas abusivas y proteger a los sujetos que se encuentran en una posición de inferioridad contractual. Así pues, tampoco en este ámbito necesitamos un mecanismo adicional de protección³⁰.

2. Pena convencional a la luz de la regulación en materia de consumidores y usuarios

Hasta el momento se ha analizado la regulación general de la pena convencional contenida en el Código Civil. Sin embargo, no debe olvidarse que *lex specialis derogat generali* y que existe una legislación especial, de suma importancia, respecto a la contenida en el Código Civil, que afecta notablemente a la figura de la pena convencional: la legislación en defensa de los consumidores y usuarios.

La moderación judicial de la pena convencional en base a equidad, que algunos autores sostienen que debería ser posible a través de la aplicación del Art. 1154 CC, no es, a mi juicio, necesaria a la vista de la protectora regulación ya existente en materia de cláusulas abusivas en los contratos concluidos con consumidores y usuarios. Lo importante es proteger al que realmente lo necesita, al que no puede protegerse por sí mismo por hallarse en una posición de inferioridad respecto de su contraparte contractual, no a todos los operadores del mercado indistintamente. Más bien al contrario, es conveniente fomentar que quien pueda ser diligente por sí mismo, lo sea, evitando así caer en un paternalismo innecesario.

La legislación en materia de protección de consumidores y usuarios está armonizada a nivel europeo, de forma que, a efectos de su estudio, no solo debe tenerse en cuenta el Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), que es la norma esencial en España en este ámbito, sino también la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El Art. 82 TRLGDCU delimita el concepto de cláusula abusiva al establecer que «se considerarán cláusulas abusivas 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»³¹.

Por su parte, el Art. 83 del mismo texto legal establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. No obstante, el contrato subsistirá y seguirá siendo obligatorio para las partes siempre que pueda hacerlo sin dichas cláusulas.

³⁰ Vid. *Infra*. Apartado 4. Penas convencionales a la luz de la regulación en materia de consumidores y usuarios.

³¹ Cfr. Art. 3 Directiva 93/13/CEE.

Esta previsión es idéntica a la que el Art. 1155 CC realiza respecto de la pena convencional. Este precepto fue modificado por la Ley 3/2014 después de que la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, declarase que España no había adaptado correctamente la Directiva 93/13/CEE. En su redacción anterior, el Art. 83 otorgaba al juez nacional la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas y de moderar los derechos y obligaciones de los contratantes en la parte subsistente del contrato³². Bajo la redacción actual, las cláusulas abusivas son nulas *ab initio*, el juez debe limitarse a declarar su nulidad.

El Art. 1154 CC no podría aplicarse para moderar una cláusula penal abusiva contenida en un contrato celebrado con un consumidor. Las cláusulas abusivas no pueden ser objeto de moderación ni a través del Art. 1154 CC, ni mediante el Art. 83 TRLGDCU³³, lo cual es completamente lógico, ya que no es posible moderar algo que no existe por ser nulo.

El TRLGDCU establece en sus Arts. 80 y 81 cuándo nos encontramos ante una cláusula no negociada individualmente y, acto seguido, en sus Arts. 82 a 91 contiene la regulación en materia de cláusulas abusivas. Es una normativa que, en concordancia con las Directivas europeas, muestra tolerancia cero frente a este tipo de cláusulas y, un especial empeño en eliminarlas por completo.

El Art. 3 TRLGDCU establece que el carácter abusivo debe apreciarse realizando una interpretación sistemática del contrato, teniendo en cuenta su objeto y todas las demás circunstancias y cláusulas del mismo.

La ley contiene en sus Arts. 85 a 90 una llamada *lista negra* de cláusulas que, en todo caso, se consideran abusivas³⁴. En especial, nos interesan las contenidas en los Arts. 85.6, 86.1 y 87.6 del TRLGDCU.

El Art. 85.6 establece que son «cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Por tanto, en los contratos con consumidores y usuarios, son nulas por abusivas las penas convencionales excesivas, desproporcionadas, en relación con el daño que, presumiblemente, pueda provocar el incumplimiento.

El Art. 86.1 otorga carácter abusivo por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario a «aquellas estipulaciones que prevean la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o

³² En una línea similar a la que tendría el Art. 1154 CC si se aceptará la tesis de su aplicación para moderar la pena por excesiva en base a la equidad.

³³ STJUE de 14 de junio de 2012 Asunto C-618 Banco Español de Crédito. En este sentido se pronuncia igualmente el TS en su Sentencia de 11 de Marzo de 2014 (RJ 2014\2114) afirmando que, «la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales que expresamente prevean una pena convencional para el caso de desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta».

³⁴ Cfr. Directiva 93/13/CEE, Anexo con lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

cumplimiento defectuoso del empresario. En particular, las cláusulas que (...) limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad». Esto implica que también son nulas en los contratos con consumidores las penas convencionales que establezcan una pena de importe irrisorio con finalidad sustitutiva de la indemnización por daños y perjuicios para aquellos casos en los que el incumplidor sea el profesional, privando así al consumidor de la indemnización que legalmente le correspondería.

Por último, el Art. 87.6 establece que son «cláusulas abusivas por falta de reciprocidad las estipulaciones que (...) atribuyan al empresario la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado convencionalmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados». Se prohíbe que quede en manos del profesional la decisión de ejecutar o no la cláusula penal pactada. También quedan prohibidas, y esto es realmente importante, las penas que no tengan estrictamente una finalidad liquidatoria, es decir, las penas que, aun pactadas en concepto de indemnización, no se correspondan con el daño efectivamente sufrido, es decir, aquellas puramente punitivas³⁵.

III. LA PENA CONVENCIONAL EN DERECHO INGLÉS

En Derecho europeo existen dos grandes tipos de sistemas jurídicos, los basados en el *Common Law* y los ordenamientos jurídicos continentales. Los primeros son los que existen en las jurisdicciones parte de la *Commonwealth*, entre ellos el Reino Unido. Por el contrario, el ordenamiento jurídico español es un sistema continental.

La diferencia más fundamental entre ambos tiene lugar en el plano de las fuentes del derecho. Mientras que en los sistemas continentales, la fuente de derecho por excelencia es la ley positiva y la jurisprudencia es simplemente un complemento de la misma³⁶, en los sistemas del *Common Law*, las resoluciones judiciales constituyen la principal fuente de derecho.

Esto no quiere decir que en los sistemas del *Common Law* no exista ley positiva. En Inglaterra, el Parlamento también aprueba leyes que se conocen con el nombre de *Acts* o *Statutes*, los cuales tienen, de hecho, preminencia sobre la jurisprudencia, denominada *Case Law*. Sin embargo, existen muchas menos normas positivas que en los sistemas jurídicos continentales.

En Derecho inglés existen dos grandes ramas de derecho, *Common Law* y *Law of Equity*. En Derecho español no tenemos algo similar a la llamada *Law of Equity* pero, es importante hacer esta distinción porque en el Derecho inglés, desde una perspectiva histórica, esta última tiene especial relevancia en el ámbito de las penas convencionales.

³⁵ Son punitivas siempre que la pena pactada sea mayor que la indemnización que procedería legalmente.

³⁶ Art. 1.6 CC.

Salvando las distancias, puede traducirse como *Derecho de Equidad* y definirse como una serie de «principios» generales en torno a la idea de justicia que se «sobreponen» a las normas emanadas del *Common Law* en determinados ámbitos del derecho. Ambas ramas han ido evolucionando en paralelo durante siglos y el desarrollo del *Common Law* ha sido fuertemente influenciado por la *Law of Equity*.

En materia de penas convencionales existe una gran divergencia entre el ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico inglés. En España, como hemos visto, aunque doctrinalmente se distingue entre penas liquidatorias y penas en sentido estricto, existe una única institución al amparo de los Arts. 1152 a 1155 CC. Por el contrario, en el Reino Unido, esta distinción, que en España es puramente doctrinal, goza de suma importancia. En Derecho inglés, también existen dos tipos de cláusulas mediante las que las partes pueden alterar el régimen legal de indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento contractual, i.e. cláusulas liquidatorias (*liquidated damages clauses*) y cláusulas penales (*penalty clauses*) pero, a diferencia de lo que sucede en el Derecho español, estas últimas están prohibidas en el derecho contractual inglés.

Esta prohibición constituye la llamada *Penalty Rule* y propugna la invalidez de aquellas cláusulas que contemplen un importe debido en caso de incumplimiento contractual que no constituya una genuina preestimación de los daños y perjuicios que, previsiblemente, pueda llegar a sufrir el acreedor.

3. Configuración tradicional de la *Penalty Rule*

Esta regla tiene su origen histórico en la *Law of Equity*. La doctrina y jurisprudencia inglesa han debatido extensamente sobre cuál es su fundamento, concluyendo mayoritariamente que el mismo se encuentra en la doctrina de la *unconscionability*³⁷. Este término, de difícil traducción, es lo más parecido a nuestro concepto de buena fe que puede encontrarse en el derecho contractual inglés. Así pues, se entiende que esta prohibición encuentra su justificación en la necesidad de evitar abusos y conductas de mala fe por parte de alguna de las partes contratantes.

El *leading case*³⁸ en este ámbito es *Dunlop Pneumatic Tyre Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd (1915)*, *House of Lords*. En caso resuelto por Cámara de los Lores en 1915, uno de los magistrados ponentes, Lord Dunedin, estableció las líneas básicas para diferenciar cuándo nos hallamos ante una cláusula liquidatoria y cuándo estamos ante una cláusula penal

³⁷ MORGAN, J., «Party-agreed remedies. Debate 2. Should penalty clauses be allowed?», en *Great Debates on Contract Law*, Basingstoke (Palgrave Macmillan), 2015, p. 236; CLARKSON, K. W., «Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?», *Wisconsin Law Review*, 1978, pp. 357-358.

³⁸ En Derecho Anglosajón el *leading case* es el caso más importante hasta fecha en una determinada materia, el que consolida el estado del derecho en ese ámbito.

en sentido estricto, que debe ser declarada nula e inejecutable por el órgano jurisdiccional³⁹. Esto es algo que, en la práctica, puede llegar a ser bastante complejo.

En todo caso, es muy importante diferenciar estas cláusulas de otras figuras distintas. Una cláusula, solo podrá ser liquidatoria o penal, cuando su pago proceda en caso de *incumplimiento* contractual. Una suma que devenga exigible en cualquier otro supuesto, no puede ser en Derecho inglés una cláusula liquidatoria ni una cláusula penal. Además, es necesario que la cláusula cree una nueva responsabilidad, una obligación subsidiaria distinta de la principal. Si la cláusula lo único que hace es acelerar la exigibilidad de la obligación ya existente (*accelerating clause*)⁴⁰, tampoco puede ser una cláusula liquidatoria ni una cláusula penal. Las cláusulas aceleratorias son una forma jurídica que en muchos contratos se utiliza para intentar burlar la prohibición de las cláusulas penales.

O'Sullivan⁴¹ realiza una relación muy ilustrativa de los puntos más significativos que es posible extraer de *Dunlop Pneumatic Tyre*, a efectos de diferenciar las cláusulas liquidatorias de las cláusulas penales.

Para valorar si se trata o no de una cláusula penal prohibida, se debe atender al momento en que se concluye el contrato, no al momento del incumplimiento. El hecho de que las partes utilicen los términos «*penalty*» o «*liquidated damages*» es relevante, pero no concluyente.

Si la cláusula es un verdadero intento de hacer una estimación de los daños y perjuicios que el acreedor puede llegar a sufrir será una cláusula liquidatoria y, consiguientemente, una cláusula válida. Si por el contrario, el importe es absolutamente extravagante y excesivo en comparación con los máximos daños que el acreedor, presumiblemente, podría llegar a soportar, estaríamos ante una cláusula penal que será, por tanto, nula.

Existen determinados supuestos que son indiciarios de la existencia de una cláusula penal. Por ejemplo, se presume que la cláusula es penal, en aquellos casos en los que la prestación principal consiste en el pago de una cantidad de dinero y se pacta que, en caso de incumplimiento, es decir, en caso de que esta no sea abonada, será debida una suma mucho mayor en concepto de indemnización.

Generalmente, también se considerará penal aquella cláusula que establezca la procedencia de una determinada indemnización ante *cualquier* tipo de incumplimiento, tanto para los incumplimientos que puedan generar un daño realmente grave, como para aquellos que solo puedan causar un daño muy leve, dado que esto pone de manifiesto que no se está ante una genuina preestimación del daño.

³⁹ MCKENDRICK, E., *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxford (Oxford University Press), 2012, pp. 913-919.

⁴⁰ Una cláusula de aceleración es una cláusula que establece que el deudor está obligado a pagar una suma de dinero en un futuro mientras se cumplan unas determinadas condiciones y, en caso de incumplirse, el deudor se verá obligado a pagar el importe total inmediatamente.

⁴¹ O'SULLIVAN, J. y HILLARD, J., *The Law of Contract*, Oxford (Oxford University Press), 2012, p. 423.

4. Tendencias modernas

Sin embargo, a pesar de que la proscripción de las cláusulas estrictamente penales es derecho en Inglaterra desde hace varios siglos, los órganos jurisdiccionales son cada vez más reticentes a declarar la existencia de una cláusula penal prohibida. Es posible apreciar esta actitud, por ejemplo, en la importante decisión del *Privy Council* en el caso *Phillips Hong Kong Ltd v. AG of Hong Kong (1993)*. En esta sentencia, Lord Woolf hace hincapié en la idea de que los tribunales no deberían echar por tierra, a la ligera, cláusulas que han sido acordadas por partes contractuales en igualdad de condiciones ya que esto puede conducir a una gran inseguridad en el tráfico⁴².

Así pues, la tendencia actual es una carga de la prueba realmente estricta para aquel que afirma que una cláusula contractual es una cláusula penal y, que por consiguiente, no es válida. En síntesis, solo si es meridianamente claro que la cláusula no se pactó para compensar a la otra parte, sino con una función coercitiva, será declarada nula por los tribunales.

Finalmente, en Derecho inglés, al igual que en Derecho español y en todos los demás ordenamientos europeos, existe también un derecho especial, al margen de las reglas generales, en materia de contratos concluidos con consumidores y usuarios. Es más, las *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* son de las pocas normas positivas que existen en el derecho contractual inglés, que es una rama eminentemente jurisprudencial. Estas reglas establecen una lista de cláusulas que *prima facie* deben ser consideradas injustas o abusivas en contratos con consumidores y, por ende, nulas. Entre ellas se incluye «la cláusula que obligue a cualquier consumidor que no cumpla su obligación a pagar una suma desproporcionadamente alta en compensación»⁴³.

5. ¿Debe o no mantenerse esta prohibición?

Esta regla ha generado desde hace tiempo extensa polémica doctrinal en el contexto jurídico inglés. En un extremo del debate, muchos autores propugnan la necesidad de mantener esta regla esgrimiendo argumentos de justicia, basados en la necesidad de evitar abusos y conductas reprochables por parte de los más fuertes⁴⁴. Los defensores de esta postura entienden que es necesario proteger a aquella parte contractual que fue, en cierta forma, «engañada» por su contraparte y prestó consentimiento a unas condiciones completamente desproporcionadas para ella. Sin embargo, el Derecho inglés, al igual que el nuestro, tiene normas de anulabilidad de los contratos por vicios del consentimiento y además, las par-

⁴² En la misma línea existen también otras decisiones importantes en el Derecho inglés como es el caso de *Murray v. Leisureplay, (2005) Court of Appeal*.

⁴³ *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, 1999* Sch. 2, p. 1 (e) «A term requiring any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation». Cfr., *Consumer Credit Act 2006*.

⁴⁴ O'SULLIVAN, J. y HILLARD, J., *The Law of Contract*, cit., p. 427.

tes realmente débiles ya quedan protegidas por la legislación en materia de contratos con consumidores y usuarios.

Otro argumento a favor de la prohibición de las cláusulas penales es el que sostiene Clarkson⁴⁵ al afirmar que si una de las partes está obligada a pagar una pena muy alta en caso de incumplimiento, a lo mejor, a la otra parte le compensa inducir el incumplimiento para así cobrar la pena. De esta forma se genera una situación realmente ineficiente, con una parte tratando de hacer incumplir a la otra y la otra teniendo que preocuparse de evitar las estratagemas de la primera, cuando su voluntad es cumplir el contrato.

Además, en Derecho inglés, la indemnización en caso de incumplimiento solo puede ser compensatoria, no punitiva. Se considera que para hacer justicia solo se debe compensar, es decir, devolver a la parte dañada al estado anterior a la conclusión del contrato, pero nunca ponerla en una situación mejor. El Derecho inglés entiende que las previsiones sancionadoras son un campo ajeno al derecho contractual y esto no casa del todo con la idea de permitir las cláusulas penales.

Al otro lado del debate, se sitúan aquellos que defienden la abolición de la prohibición de las cláusulas penales con base en que genera inseguridad jurídica, inseguridad en el tráfico y vulnera el principio de libertad contractual. Gran parte de la doctrina no consigue encontrar una justificación lo suficientemente fuerte como para impedir la ejecución de una cláusula acordada por dos sofisticados operadores económicos perfectamente asesorados. Si las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, quieren pactar una pena para disuadir al otro de incumplir el contrato no está claro por qué los tribunales deben intervenir⁴⁶. Morgan, citando a Hatzis afirma que el derecho continental demuestra su clara superioridad económica sobre el *Common Law* en este ámbito⁴⁷.

6. ¿Por qué resulta paradójico que las cláusulas penales en sentido estricto estén permitidas por el Derecho español y proscritas por el Derecho inglés?

Existen fundamentalmente dos razones. En primer lugar, por la diferente concepción que ambos ordenamientos tienen del incumplimiento y sus remedios. En Derecho español, el primer remedio al que suele acudir es la ejecución *in natura*, siempre que esta sea posible. El Art. 1124 CC faculta al perjudicado a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato pero, en todo caso, en nuestro Derecho, el cumplimiento es debido, siempre que sea posible se puede exigir. Se potencia que las partes resuelvan sus diferencias y continúen su relación jurídica.

⁴⁵ CLARKSON, K. W., «Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?», cit., p. 368. En el mismo sentido, O'SULLIVAN, J. y HILLARD, J., *The Law of Contract*, cit., p. 427.

⁴⁶ Esta es la idea que defiende MORGAN, J., «Party-agreed remedies. Debate 2. Should penalty clauses be allowed?», cit., pp. 234-242.

⁴⁷ MORGAN, J., «Party-agreed remedies. Debate 2. Should penalty clauses be allowed?», cit., 2015, p. 240.

Por el contrario, en Derecho inglés, la ejecución *in natura* (*specific performance*) es absolutamente excepcional. Las partes no tienen derecho a ella, se concede en muy pocos supuestos⁴⁸ e incluso hay clases de prestaciones respecto de las que no está permitida. El remedio por excelencia son las indemnizaciones pecuniarias ya que, generalmente, lo que el derecho trata de fomentar es que las partes de una relación jurídica que no ha funcionado tomen su dinero y busquen otro operador económico en el mercado que pueda satisfacer adecuadamente sus intereses.

Por esta razón resulta curioso que las cláusulas penales estén prohibidas en el Derecho inglés, ya que, por regla general, este ordenamiento jurídico fomenta que las partes decidan qué riesgos les compensa correr y cuáles no, o qué contratos les compensa cumplir y cuáles no; mientras que el derecho español parte de la base de que los contratos hay que cumplirlos. Las cláusulas penales son, precisamente, un mecanismo muy útil para que las partes puedan distribuir los riesgos como les resulte más conveniente y puedan conocer de antemano cuáles serían las consecuencias en caso de incumplimiento. Por tanto, si hubiera que optar por su permisibilidad en un ordenamiento jurídico y no en el otro, tendría más sentido su existencia en aquel que no ve el incumplimiento con malos ojos que en el que trata a toda costa de evitarlo⁴⁹.

En segundo lugar, es sorprendente que estas cláusulas estén permitidas por el Derecho español y prohibidas por el Derecho inglés, porque en España la buena fe contractual constituye un principio básico del derecho de contratos, mientras que en Inglaterra, aunque existen otros mecanismos para evitar conductas reprochables en derecho, la noción de buena fe no se contempla.

Sin embargo, a lo que el Derecho inglés, generalmente, sí da importancia suprema es al principio de seguridad jurídica. La existencia de una regla que deje en manos de un tribunal el control *ex post* de si una cláusula es válida o nula por excesiva, parece poco coherente con esta tónica general.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- Las penas convencionales consisten, generalmente, en una cantidad de dinero que el deudor se compromete a pagar al acreedor en caso de que concurra el incumplimiento *concreto* para el cual se pactó la pena. Son la omega del principio de libertad contractual, que rige en toda la vida del contrato, y que quedaría incompleto sin un mecanismo que permita a las partes disponer las consecuencias de su incumplimiento. Mediante la inclu-

⁴⁸ Se concede la ejecución *in natura*, por ejemplo, en contratos de compraventa de bienes inmuebles, tierra u objetos de arte porque se trata de bienes que son únicos y se considera que el dinero no puede satisfacer adecuadamente el interés del acreedor.

⁴⁹ Aunque, en sentido contrario, O'SULLIVAN, J. y HILLARD, J., *The Law of Contract*, cit., p. 427, argumenta que las cláusulas penales no son eficientes porque incentivan al deudor a cumplir contratos que tal vez le convendría más incumplir.

sión en el contrato de una cláusula que estipule una pena convencional -es decir, de una cláusula penal-, las partes pueden modificar las reglas legales sobre las consecuencias del incumplimiento contractual excepto, claro está, las de carácter imperativo.

La práctica totalidad de la doctrina y la jurisprudencia considera que la pena convencional es un tipo de garantía personal. Garantiza una obligación principal válida, creando así una obligación accesoria y subsidiaria.

Segunda.- La pena convencional está regulada como una única figura en los Arts. 1152 a 1155 CC, conforme a los cuales la pena pactada puede cumplir diversas funciones. La doctrina distingue tres tipos distintos de pena en atención a su finalidad. La pena sustitutiva o liquidatoria, que es aquella que sustituye a la indemnización legal por daños y perjuicios. La pena cumulativa o punitiva, que es aquella que se acumula a la indemnización legal y permite al acreedor cobrar ambas, pena e indemnización. Y la pena alternativa o de desistimiento, que es aquella que permite al deudor elegir entre el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena.

Tercera.- El Art. 1154 CC solo permite la moderación judicial de la pena si se ha producido un incumplimiento parcial o defectuoso, siempre que este no fuera el incumplimiento para el cual se pactó la pena. No permite la rebaja de la pena con base en la equidad por considerarse esta excesiva o desproporcionada. No obstante, conviene señalar que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, en caso de aprobarse, introduciría una importante modificación al respecto dado que su Art. 1150 permite al juez modificar equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño sufrido.

Cuarta.- Por su parte, respecto de la legislación en materia de consumidores y usuarios, lo más relevante es, en primer lugar, establecer que se trata de una regulación armonizada a nivel europeo. En España la norma básica en este ámbito es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el cual, establece la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por estos. Una cláusula abusiva es una cláusula no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en perjuicio del consumidor, un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

En concreto, el TRLGDCU establece que se consideran cláusulas abusivas, y por ende nulas, determinadas modalidades de cláusula penal. Concretamente, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor; aquellas que imponen una pena irrisoria para el profesional en caso de incumplimiento; aquellas cuya ejecutividad quede en manos del profesional; y, por último, aquellas que no se correspondan con los daños efectivamente sufridos, es decir, las cláusulas punitivas o penales stricto sensu.

Quinta.- Finalmente, en relación con la breve comparación realizada entre el derecho contractual inglés y el derecho de contratos español en esta materia, basta señalar que la

gran diferencia es que, mientras que en España existe una única institución que regula la pena convencional, en el Reino Unido se distingue entre cláusulas liquidatorias y cláusulas penales. Estas últimas, a diferencia de lo que sucede en España, están prohibidas en el Derecho inglés. No obstante, cada vez más, los tribunales británicos muestran sus reservas a declarar que una cláusula es penal y, por consiguiente, nula. Muchos jueces y juristas de prestigio entienden que esta prohibición es perjudicial para el tráfico económico. De este modo, se ha generado una extensa polémica acerca de si la regla que determina la nulidad de las cláusulas penales debe ser mantenida o abolida. A un lado del debate, muchos autores defienden su permanencia esgrimiendo argumentos de justicia, equidad y evitación de abusos; y, al otro, se propugna su abolición con base en la defensa de principios tan relevantes como la libertad contractual, la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil Tomo II, Derecho de obligaciones*, Madrid (Edisofer), 2004.
- ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. IV, pp. 1579-1686.
- BERCOVITZ, R. *et al.*, *Manual de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Madrid (Bercal), 2011.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario a los Artículos 1152 a 1155», en *Comentario del Código Civil, Tomo II*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, pp. 157-162.
- CLARKSON, K. W., «Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?», *Wisconsin Law Review*, 1978, pp. 351-390.
- DÍAZ ALABART, S., *La Cláusula Penal*, Madrid (Reus), 2011.
- DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, Madrid (Civitas), 2008.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 145-169.
- JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Madrid (Civitas), 1992.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte General de la Teoría del Contrato*, Madrid (Dykinson), 2011.

- LASARTE, C., *Derecho de Obligaciones, Principios de Derecho Civil II*, Madrid (Marcial Pons), 2012.
- LOBATO, J.M., *La cláusula penal en el derecho español*, Pamplona (Universidad de Navarra), 1974.
- MCKENDRICK, E., *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxford (Oxford University Press), 2012.
- MORGAN, J., «Party-agreed remedies. Debate 2. Should penalty clauses be allowed?», en *Great Debates on Contract Law*, Basingstoke (Palgrave Macmillan), 2015.
- O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2012.
- O'SULLIVAN, J. y HILLARD, J., *The Law of Contract*, Oxford (Oxford University Press), 2012.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, vol. 46, núm. 2, pp. 561-569 y 581-587.
- SANTOS BRIZ, J., «Comentario a los arts. 1152 a 1155 CC», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo 6, Barcelona (Bosch), 2000, pp. 289-301.