

EL CONTROL DE LOS PACTOS DE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Ana Soler Presas

Profesora Ordinaria Derecho Civil
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

TITLE: *Policing agreed sums payable upon breach of contract*

RESUMEN: Síntesis de las utilidades del pacto de pago de una suma alzada en caso de incumplimiento del contrato, de su régimen jurídico en el Derecho español y de la posibilidad de ampliar las medidas de control actualmente vigentes de pactos de contenido o efectos desproporcionados.

ABSTRACT: *Summary of the benefits of a lump sum covenant payable in the event of default, its legal regime in Spanish law and the possibility of extending the control measures against covenants of disproportionate content or effects currently in force.*

PALABRAS CLAVE: pena convencional, indemnizaciones pactadas, medidas de control de cuantías desproporcionadas.

KEY WORDS: *penalty, liquidated damages, disproportionate amounts of control measures*

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS OBJETO DE ESTUDIO. 2. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LOS PACTOS DE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO. 3. DESARROLLO DE LOS LÍMITES DE VALIDEZ Y EFICACIA DE ESTAS CLÁUSULAS CONFORME AL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL. 3.1. *La exclusión de las cláusulas penales de los contratos de consumo con condiciones generales de contratación.* 3.2. *El control de las cuantías desproporcionadas.* 3.2.1. Porque resulten opresivas, usurarias o desproporcionadamente coercitivas. 3.2.2. Porque limiten la responsabilidad del deudor por debajo del coste de sustitución de la prestación a su cargo, incentivando el incumplimiento oportunista. 3.3 *El control de las cláusulas previstas para incumplimientos más graves que el acaecido.* 4. LA PROPUESTA DE AMPLIAR LA FACULTAD JUDICIAL DE MODERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES Y SU CRÍTICA. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. DELIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS OBJETO DE ESTUDIO

Con la expresión «pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento» nos referimos a las tan frecuentes cláusulas que establecen que el deudor se compromete a pagar una cantidad de dinero tasada en caso de incumplir el contrato [en general o para algún caso concreto de incumplimiento —i.e. demora en la entrega de la prestación—]¹.

¹ Al limitar el supuesto de estudio a las cláusulas que se activan en caso de incumplimiento excluimos la hipótesis contraria, esto es, la de las cláusulas que conceden al deudor la opción de cumplir mediante la realización de la prestación principalmente acordada o mediante el pago de la cifra estipulada. Sí

Así descritas, estas cláusulas serían un remedio privado que podría responder a muy distintos propósitos, como son:

- i) La liquidación anticipada y tarifada de la indemnización, pactada en interés del acreedor, que se ahorra así el gasto y la demora inherente a la prueba y cuantificación del daño que el incumplimiento haya ocasionado, así como la discusión sobre la resarcibilidad de alguna de sus partidas²; pero también en interés del deudor, al que legítimamente le interesa anticipar el importe probable de la indemnización a su cargo, evitando así la posterior extensión del resarcimiento para cubrir daños, *a priori*, colaterales o particulares del acreedor y cuya prevención no estuviera claramente a cargo del deudor. Este dato le permitirá también gestionar eficientemente el contrato, y decidir incumplirlo cuando el coste que le suponga la realización de la prestación convenida exceda tanto la cuantía tarifada como el coste de sustitución de dicha prestación al tiempo del vencimiento³.

apuntamos que son perfectamente válidas, pero debe explicitarse que la finalidad del pacto es establecer una «multa penitencial», porque nuestro legislador no presume esa intención. Entiende lo contrario: que el deudor carece de una facultad solutoria que le permita liberarse de su obligación abonando la cantidad estipulada o, dicho de otra forma, que la no realización de la prestación convenida es un incumplimiento del contrato. Y protege al acreedor consecuentemente [*vid. infra* apartado 3.2.2.].

También limitamos este estudio a las cláusulas que comprometen al deudor a realizar un pago futuro, aunque las conclusiones que alcancemos, sobre la validez del pacto y su posible moderación, pueden aplicarse a las análogas en las que el deudor anticipa el pago y renuncia a recuperarlo en caso de incumplimiento [arras, depósitos]. La analogía es, en cambio, difícil de sostener cuando lo que se acuerda es que el deudor deje de percibir un valor [acciones, participaciones, bonus] en caso de incumplimiento, porque posiblemente esas obligaciones que el deudor incumple se hayan erigido en condición para la adquisición del valor [*vid. infra* nota 25].

² Porque sean particulares o colaterales, excediendo así el límite de las pérdidas que razonablemente pudo preverse al tiempo de contratar que ocasionaría el incumplimiento; o porque pueda discutirse la posibilidad y deber del acreedor de contener su alcance, una vez producido el incumplimiento.

³ La cláusula facilita, por tanto, el incumplimiento verdaderamente eficiente, el que trata de evitar sobrecostes. No parece discutible que el deudor que decide incumplir, ante la escalada del coste que le supondría cumplir, actúa «de buena fe» a efectos del art. 1107.1 CC; y que una cláusula que concrete el alcance de los daños previsibles al tiempo de contratar agilizará la decisión económica y la liquidación del contrato. Es frecuente que, en la práctica, estas cláusulas tengan pues un efecto limitativo de la indemnización, aunque su naturaleza sea diferente de las genuinas cláusulas limitativas de responsabilidad. Ambas coinciden en que exoneran de responsabilidad al deudor a partir de un determinado *quantum*, pero, por señalar una diferencia práctica significativa, las genuinas cláusulas limitativas de responsabilidad requieren de la existencia y prueba del daño concreto para que sea indemnizado, hasta el límite pactado; mientras que para las que aquí estudiamos es irrelevante la producción y prueba del daño derivado del incumplimiento. Profundizan algo más sobre las diferencias entre unas y otras TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, Ed. Sweet & Maxwell, UK, 2015, capítulo 20/140 y BEALE, H., en *Chitty On Contracts. General Principles*, Ed. Sweet & Maxwell, UK, 2018, vol I, capítulo 26/180.

- ii) La prevención del incumplimiento y de sus efectos lesivos⁴, que se consigue cifrando una cuantía que claramente exceda la de los daños previsibles o bien pactando la acumulación de la pena con la indemnización de los daños concretamente sufridos y/o con la pretensión de cumplimiento⁵.

Esta función interesa sobremanera al acreedor de una prestación cuyo cumplimiento difícilmente pueda controlar y cuyo incumplimiento pueda generar daños de difícil cuantificación y/o imputación [típicamente los derivados de obligaciones negativas, de confidencialidad o no competencia]⁶. Pero también interesará al deudor deseoso de mostrar su alto grado de compromiso y voluntad de cumplimiento, para acceder así a clientes fidelizados por otras empresas dominantes y/o a mercados muy competitivos⁷.

2. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LOS PACTOS DE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

⁴ Que no sanción, como insiste la doctrina especializada. Por todos, HASCHEM, P., «Agreed sums payable upon breach of an obligation», *International commerce and arbitration*, vol 7, 2011, *Eleven International Publishing*, pp. 45-47.

⁵ Cuando la cifra pactada represente el valor de la prestación cuyo cumplimiento se reclama, la acumulación de ambas pretensiones [de cumplimiento y de pago de la suma acordada] permite recuperar el doble del valor que el cumplimiento habría reportado al acreedor. Esta *double recovery* está expresamente prohibida en el artículo. 1231-5 Code Civil y, parece, también en el artículo 1149 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos – en adelante, PMCC-, pues dice: «El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica *impide* al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible. 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.»

Los artículos 1153 del Código Civil y 56 del Código de Comercio, excluyen esta acumulación por defecto, pero claramente admiten el pacto en contrario. También se admite en el Código Civil alemán [§ 340 (1) BGB].

La duplicidad obviamente no se produce cuando la pena cubre daños distintos del valor de la prestación cuyo cumplimiento se pretende, como es el caso de las penas previstas para indemnizar el daño causado por el retraso o por el cumplimiento defectuoso de la prestación principal, pero entonces la función preventiva de la cláusula deja de ser evidente.

⁶ Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. en «Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado», disponible en <https://almacendederecho.org/clausulas-penales-funcion-economica-legitimidad-juridica-efectos-mercado> [Consulta:19 enero 2023].

Una penalidad elevada incentiva la inversión del deudor en el cumplimiento, reduciendo así el número de incumplimientos y los costes transaccionales asociados (vid. HASCHEM, P. op. cit., pp. 107-8; y DORALT, W. «Penalty Clauses in Commercial Contracts», *Grazlaw Working Papers*, 3, 2021, p. 2).

⁷ La potencialidad de la cláusula penal como herramienta de marketing del deudor es el núcleo del alegato en favor de las mismas de DORALT, W., op. cit., 2021, pp. 2-16, que la califica como la más significativa y barata.

Nuestro sistema normativo vigente no deslinda el régimen jurídico aplicable a la cláusula según cual sea su función,⁸ agrupando el legislador estos distintos propósitos bajo una denominación, la de «cláusula penal», que regula fundamentalmente en los artículos 1152-1154 del Código Civil, pero también en el artículo 56 del Código de Comercio y en los artículos 85 y 86 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁹.

De esta regulación, así como de la jurisprudencia que la desarrolla, deducimos:

- 1) que nuestro sistema presume la función compensatoria de la cláusula, otorgándole y una eficacia de liquidación anticipada y tasada del daño derivado del incumplimiento del contrato¹⁰.
- 2) que admite que se pacte, salvo que sea mediante condiciones generales de contratación entre empresarios y consumidores, con el propósito de prevenir el incumplimiento, esto es, de asegurar el cumplimiento del contrato. En este caso la cláusula penal hará honor a su denominación y, por ser más onerosa para el deudor, las partes habrán de asignarle inequívocamente esta función y el intérprete restringir su alcance¹¹.
- 3) que la validez o eficacia de la cláusula está limitada:

⁸ Sí se esfuerza en diferenciar conceptos y matizar el régimen jurídico de una y otra la PMCC, en su capítulo IV «De las cláusulas penales», artículos. 1146-1152.

Este esfuerzo diferenciador choca, no obstante, con la tendencia actual en los sistemas jurídicos de nuestro entorno y en los textos de Derecho Uniforme que, habida cuenta de la dificultad práctica de distinguir entre unas y otras cláusulas, optan por un régimen jurídico común.

Excepcionan esta corriente unificadora el *common law* y el derecho alemán, que sintetizaremos seguidamente.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En adelante, TRLGDCU.

¹⁰ Tanto el tenor literal del art. 1152 CC [«En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización del daño y al pago de los intereses en caso de incumplimiento, *salvo pacto en contrario*.»] como la jurisprudencia rechazan la presunción de la acumulación de la pena con la indemnización del [mayor] daño sufrido. Véase, por ejemplo, la STS (1ª) 30 marzo 2016 (ROJ: STS 1326/2016), que insiste en que el pacto de acumulación de la pena y la indemnización de los perjuicios concretos [alegados y probados] ha de ser inequívoco, pues la cláusula ha de interpretarse restrictivamente. En idéntico sentido, pero más reciente, véase la STS (1ª) 3 julio 2019 (ROJ: STS 2235/2019). No sigue, por tanto, la propuesta minoritaria de J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, en «Sobre la cláusula Penal en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, (1993), vol. 2, p. 572.

¹¹ Ya apuntamos [*supra*, nota 5] que, además del *pacto en contrario*, de acumulación de la cifra pactada con la indemnización del mayor daño, permitido por el artículo 1152 CC, admite el precepto siguiente [artículo 1153 CC] que el acreedor pretenda tanto el pago de la cifra acordada como el cumplimiento de la prestación comprometida, siempre que «está facultad le haya sido claramente otorgada». También lo permite el artículo 56 CCo: «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.»

- a) en su ámbito de negociación, al excluirse la validez de las penas convencionales incluidas en contratos de consumo mediante una condición general de contratación¹²;
- b) en su contenido, pues pueden considerarse nulas las cláusulas que establezcan el pago de cuantías desproporcionadamente elevadas, si se concluye que fueron aceptadas por el deudor debido a su situación de vulnerabilidad;¹³ e ineficaces las que *de facto* limiten la indemnización de los daños derivados del incumplimiento cuando pretendan ser aprovechadas por el deudor para obtener un mayor rédito gracias al incumplimiento y la re-disposición de la prestación comprometida¹⁴;
- c) y por el tipo de incumplimiento previsto, pudiéndose moderar su importe cuando el incumplimiento del deudor sea de menor entidad o gravedad que el previsto en la cláusula¹⁵.

Que estas limitaciones sean suficientes para controlar los pactos penales o las indemnizaciones convencionales desproporcionadas es lo que está en tela de juicio, luego analizaremos con algo más de detalle en qué consisten.

3. DESARROLLO DE LOS LÍMITES DE VALIDEZ Y EFICACIA DE ESTAS CLÁUSULAS CONFORME AL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

¹² Ex artículos 85 y 86 TRLGDCU, pues el primero declara abusivas las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, poniendo como ejemplo en el núm. 6 aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones; y el segundo declara abusivas las que limiten los derechos básicos del consumidor y usuario, en cualquier caso las que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. De nuevo, pone el ejemplo de las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad; así como la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

¹³ Argumento ex artículo 1255 CC.

¹⁴ Argumento ex artículos 1102 y 1107. II. CC.

Sobre ambos límites volveré inmediatamente, pero quizá convenga recordar aquí que el deudor sólo podrá obtener un «mayor rédito» incumpliendo cuando un tercero ofrezca un precio superior al del daño previsible y cifrado en la cláusula, y esto sólo sucederá cuando la prestación devenga escasa por disrupción del mercado o fuese ya única. El deudor estará entonces tentado de incumplir para aprovechar esa brecha de mercado, que aflora un daño imprevisible al tiempo de contratar, o esa oferta fuera de mercado y sólo explicable en ese carácter único o especial de la prestación.

¹⁵ Ex artículo 1154 CC.

3.1. La exclusión de las cláusulas penales de los contratos de consumo con condiciones generales de contratación

La exclusión de las cláusulas penales de los contratos de consumo con condiciones generales de contratación es común en todos los derechos del entorno UE, aunque la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se halla realizado con mayor o menor acierto.

En nuestro caso, como hemos visto, el art. 85.6 TRLGDCU declara nula por abusiva una condición general de contratación que imponga al consumidor el pago de una indemnización desproporcionadamente alta, entendiéndose por tal, al menos en teoría, la que exceda los daños previsibles, dado que el control de las condiciones generales atiende al momento de celebración del contrato. Con todo, parece inevitable que, en la práctica, se tenga muy presente el daño realmente ocasionado por el incumplimiento para concluir si una determinada cuantía es excesiva¹⁶.

La regulación alemana es más detallada y, a mi juicio, acertada.

El BGB regula separadamente las condiciones generales insertas en contratos de consumo de las incluidas en contratos entre empresarios. En el primer caso, distingue además las cláusulas que incorporen una pena convencional [*Vertragsstrafe*], que prohíbe [§ 309.6 BGB], de las cláusulas de liquidación de la indemnización [*Schadenspauschalen*], que sí permite, pero con la condición de que su cuantía no exceda el daño esperable conforme al normal devenir de los acontecimientos y que su tenor no excluya la facultad del consumidor de reducir su importe probando que el daño efectivamente causado por su incumplimiento es menor [§ 309.5 BGB].

¹⁶ Esta ha sido, al menos, la experiencia de los jueces americanos a la hora de valorar si la cláusula es una *penalty*. Sin renunciar al análisis de la razonabilidad del importe *ex-ante*, como requiere la doctrina del *common law*, llevan años añadiendo un segundo filtro de razonabilidad [Second Look], que atiende a la realidad del daño causado [vid. P. HASCHEM, op. cit., pp. 79-80, 122]. Esta práctica se ha consagrado en los textos armonizadores americanos, como son el Uniform Commercial Code [Art. 2-718 (1): *Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non-feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty*] y el Restatement 2nd Contracts: [Art. 356 (1): *Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss*].

Entre empresarios estas limitaciones no rigen [§ 310 BGB], si bien la condición general que establezca tanto una pena convencional como una liquidación anticipada del daño han de superar el filtro de razonabilidad que el BGB impone a toda condición general [§ 307 (1)] que, en la práctica, es bastante estricto con las penas convencionales¹⁷.

3.2. El control de las cuantías desproporcionadas

3.2.1. Porque resulten opresivas, usurarias o desproporcionadamente coercitivas

La Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de declarar nulas, por exceder los límites que el artículo 1255 CC marca a la autonomía privada, cláusulas penales intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado¹⁸, aceptadas a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; así como de advertir que la misma sanción merecen las usurarias.¹⁹ Últimamente ha extendido esta advertencia a las penas convencionales «cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula correspondiente y en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor»²⁰. Como fundamento de esta extensión, cita

¹⁷ Sólo lo superan, parece, en las *custom made clauses* [DORALT, W., op. cit., p. 7].

¹⁸ Véase la STS (1ª) 5 febrero 2013 (ROJ: STS 229/2013), Magistrado ponente, Francisco Javier Orduña Moreno, que anula una penalidad inserta en un contrato complejo de formación y prestación de servicios de un futbolista menor de edad.

¹⁹ Sobre el sometimiento de las cláusulas penales a la Ley Azcárate de represión de la usura, vid. STS (1ª) 7 mayo 2002 (ROJ: STS 3217/2002), Magistrado ponente, Antonio Gullón Ballesteros.

²⁰ Es la STS (1ª) 13 septiembre 2016 (ROJ: STS 4044/2016), Magistrado ponente, Ángel Fernando Pantaleón Prieto, que desestima la reclamación del pago íntegro de la penalidad interpuesta por la compradora de un inmueble aplicando la doctrina jurisprudencial que proscribía el retraso desleal en el ejercicio de los remedios, pero se detiene en explicar el control que, a juicio de la Sala 1ª, debe aplicarse a las penas desproporcionadas.

En el caso, la penalidad se pactó para prevenir el retraso en el otorgamiento de la escritura de venta de la finca [incumplimiento que se produjo], a razón de 250 € por día hábil de retraso [más de 57.000 € al año]; penalización que debería descontarse del importe del precio [180.303 €] pendiente de pago en la fecha de la escritura. Para entonces, la pena [110.000 €] superaba el precio pendiente de pago [90.151 €], que no obstante se abonó sin reserva alguna. La Audiencia, que confirmó la procedencia del pago de la penalidad, la juzgó excesiva, y la moderó ex artículo 1154 CC.

La Sala corrige esta indebida aplicación del artículo 1154 CC recordando la doctrina jurisprudencial sobre los límites a la moderación judicial de las cláusulas penales o, si se prefiere, el marco de aplicación de los artículos 1154 y 1103 CC, que seguidamente veremos; doctrina que enriquece con dos consideraciones complementarias que, desde entonces, se citan en resoluciones posteriores [véanse las sentencias de la

el ponente la prohibición del pacto comisorio, razonando que «un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas»²¹.

La sanción de estas cláusulas que exceden la autonomía privada penales es la nulidad, luego carecerían de eficacia alguna²².

Esta misma sanción reciben, en el sistema alemán, las cláusulas penales excesivas, también las pactadas entre empresarios en su tráfico²³ y, en el británico, todas las *penalties* que merezcan el calificativo de tales conforme a la actualizada doctrina de su Tribunal Supremo.

Sobre esta nueva doctrina nos detenemos brevemente:

En apretada síntesis, el Tribunal Supremo británico considera que para calificar una cláusula como *penalty* ya no basta con el simple hecho de que cifre como indemnización una cuantía notablemente superior a la del daño previsible al tiempo de contratar.

Esto era así en la formulación clásica de la *rule of law* sobre la materia²⁴, que fundamenta la prohibición de las *penalties* en la función estrictamente compensadora de los *damages* y considera todo exceso respecto del daño previsible una suerte de coerción inadmisibles.

Sala 1ª de 14 febrero de 2018 (ROJ: STS 511/2018) y de 17 julio 2020 (ROJ: STS 2680/2020)]. La primera consideración, que ahora abordamos, incide en la perspectiva *ex ante*, propia del juicio de validez de las cláusulas penales; y segunda, que más adelante analizaremos, afecta al juicio *ex post*, y atiende a las consecuencias dañosas efectivamente causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal de que se trate, en relación con las razonablemente previsibles al tiempo de contratar.

²¹ Artículo 1859 CC: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.».

²² Posteriormente veremos que, en esta misma resolución, la Sala 1ª del Tribunal Supremo se muestra dispuesta a aplicar otra consecuencia jurídica a las cláusulas desproporcionadamente elevadas que no lleguen a ser manifiestamente opresivas o usurarias, consistente en eliminar la desproporción mediante una reducción conservadora de validez [*vid. infra* apartado 4]. Sí adelanto que me parece muy discutible que los tribunales puedan moderar la cláusula sin una previa intervención legislativa que amplíe la facultad de moderación delimitada en el art. 1154 CC.

²³ Como veremos, el § 348 HGB excluye la moderación judicial que sí permite el § 343 BGB con carácter general, pero obviamente mantiene el control general de la validez de la cláusula conforme a los límites de la autonomía privada [§ 138 BGB] y de la buena fe [*ex* § 242 BGB, especialmente cuando el deudor garantiza que cumplirá en breve o el acreedor también ha incumplido alguna de las obligaciones contractuales]; así como la aplicación de las medidas intervención judicial en casos de alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias [§ 313 BGB]. Sobre estos aspectos, *vid.* GOTTWALD, P., *Münchener Kommentar zum BGB*, 5 Auflage, Ed. Beck, 2007, § 339, § 10, 43-46; § 343, § 4.

²⁴ Sentada por la *House of Lords* en *Dunlop Pneumatic Tyre Co. V. New Garage* (1915) AC 79 HL, cuyo análisis detallado puede leerse en TREITEL, *op. cit.*, 20/131 y en BEALE, *op. cit.*, 26/198-207. Conforme a dicha doctrina clásica, *the test is whether the amount fixed represents a reasonable anticipation of loss or is a financial deterrent to breach.*

Esta norma fue muy criticada por suponer una injerencia en la libertad contractual de las partes que, fuera del ámbito del consumo y de los vicios del consentimiento, es difícil de justificar; así como por la práctica imposibilidad de distinguir una *penalty* de una legítima *liquidated damages clause* que haya sido redactada por un habilidoso abogado, capaz de justificar como potencial daño casi cualquier cuantía. Pero lo relevante ahora es que esta regla ha sido objeto de una profunda revisión, muy en sintonía con la que puede observarse en otras reglas reguladoras de los llamados remedios contractuales, como el indemnizatorio [*damages*] o la pretensión de cumplimiento [*specific performance*], y que responde a la flexibilización de los fines que, a juicio de Los tribunales británicos, deben guiar su aplicación. Así, pese a la general preminencia del principio de compensación, admiten con progresiva facilidad la conveniencia de proteger intereses difícilmente monetizables, aumentando significativamente los casos en los que conceden la *specific performance*²⁵ y, también, aquellos en los que los *damages* atienden a otros parámetros de medida distintos del daño concreto sufrido por el acreedor, como son el precio por el que el acreedor habría liberado al deudor de su obligación o los beneficios que éste haya obtenido incumpliendo²⁶.

Siendo esto así, la severidad de la *rule against penalties* perdía toda justificación. Consecuentemente, los tribunales admiten desde 1996 la validez de las cláusulas que, pese a exceder claramente el importe del daño previsible, cifren una cuantía que no sea opresiva y pueda justificarse por «razones comerciales»²⁷. Esta tendencia favorable a la ampliación del ámbito permisible de las cláusulas culmina en 2015, con la resolución conjunta por el Tribunal Supremo de los casos *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* y *ParkingEye Ltd v. Beavis*²⁸,

²⁵ En los Tribunales británicos y norteamericanos se observa esta tendencia no sólo en los casos en los que la prestación es única, sino también en las genéricas, cuando su oferta haya devenido escasa [vid. los casos de *scarcity* citados por CHEN-WISHART, M., en *Chitty On Contracts*, op. cit., cap. 27/25-26].

²⁶ Cuando los Tribunales británicos rechazan la concesión de la *specific performance* o la *injunction* por cuestiones meramente técnicas, tienden a valorar los *damages* conforme al coste de sustitución actual de la prestación en el mercado [*market rule*] o, de no encontrarse sustituto razonable, conforme al interés del acreedor en la prestación. Son los *negotiating damages*, también llamados *damages in lieu specific performance or injunction*. En esos casos, la medida de los *damages* no será compensatoria, sino que atenderá al derecho vulnerado para concretar el importe por el que su titular, razonablemente, habría liberado al deudor de su obligación, que bien puede ser el valor de uso del bien usurpado o un porcentaje del beneficio que el deudor esperase obtener gracias al incumplimiento [vid. BEALE, H., op. cit., 26/005-/050-055]. Este autor insiste en que son medidas marginales, que no se conceden simplemente porque *compensation is hard to assess* o porque el incumplimiento sea deliberado, que hace falta algo más, como puede ser que se acredite una invasión del derecho de propiedad o una quiebra de la confidencialidad. Pero lo cierto es que los Tribunales los conceden con una frecuencia creciente, también en casos netamente comerciales [*ibidem*, 26/063-064], demostrando que los *damages* sirven también para asegurar el cumplimiento del contrato [así, HASCHEM, P., op. cit, p. 92].

²⁷ Vid los casos citados por TREITEL, op. cit., 20/137, 138; y por BEALE, op. cit., 26/193.

²⁸ [2015] UKSC 67, [2015] 3 W.L.R. 1373, detalladamente explicados por BEALE, H., en op.cit. 26/008, 209/211-214. Como certeramente apuntó R. ZIMMERMANN [en su comentario del art. 9:509 PECL, en

en la que ya claramente admite la validez de cláusulas que prevean importes que sirvan como *deterrent* del incumplimiento, siempre que (i) pueda justificarse un interés legítimo del acreedor en el cumplimiento de la prestación y (ii) la cuantía establecida, pese a exceder el daño previsible, no sea desproporcionada a dicho interés²⁹.

¿Cuándo concurre ese interés legítimo en que el deudor cumpla? Es lo que resta por perfilar.

Parece que no basta con que el acreedor prefiera el cumplimiento a los *damages*, que se conserva la diferencia básica del *common law* frente a los sistemas de derecho civil continental y que los tribunales requieren algo más, como la evidencia de que los *damages* no son idóneos para proteger al acreedor³⁰, que el incumplimiento pueda perjudicar a terceros o que el coste de la reclamación de los *damages* pueda amenazar la solvencia del acreedor³¹.

Commentaries on European Contract Law (Jansen, N & Zimmermann, R. ed), Oxford University Press, 2018, p.1543], son dos casos en el extremo opuesto del espectro financiero:

En el caso de *Cavendish Square*, el contrato tenía por objeto la venta de una empresa. El vendedor suscribió varios pactos de no competencia con los compradores y se estipuló que, si incumplía los pactos, perdería su derecho a percibir los plazos pendientes del precio de compra y se le podría exigir que transfiriera a los compradores acciones que, de otro modo, podría conservar a un precio favorable, con el resultado neto de que perdería millones de dólares [sobre la discusión acerca de la naturaleza de estos pactos, vid. BEALE, H., op. cit. 26/234].

En el caso *ParkingEye*, los demandantes explotaban un aparcamiento en un parque comercial en representación de los propietarios del terreno. Los automovilistas podían aparcar gratuitamente durante un máximo de dos horas, estando sancionada la demora en abandonar el lugar en plazo con una tasa de estacionamiento de 85 libras esterlinas. No se trataba de una estimación de las pérdidas de *ParkingEye* en caso de incumplimiento pues, de hecho, el cobro de estas tasas era su única retribución por la gestión del aparcamiento, pero se sostuvo que la imposición de una tasa tan elevada tenía un fin legítimo, pues redundaba en interés del público en general al liberar así espacio de aparcamiento y evitar su ocupación prolongada.

En el caso de *Cavendish Square*, el Tribunal de Apelación consideró que las cláusulas iban mucho más allá de lo que comercialmente sería aceptable y, por tanto, eran inválidas en tanto que *penalties*. En el asunto *ParkingEye*, un Tribunal de Apelación constituido de forma diferente sostuvo que la cláusula, aunque disuasoria, era válida, habida cuenta el interés tanto del propietario como del público en garantizar que los automovilistas no rebasaran el límite de estancia.

El Tribunal Supremo sostuvo que las cláusulas eran válidas en ambos casos.

Estimó, en síntesis, que *Cavendish Square* tenía un interés legítimo en disuadir a *Makdessi* de cualquier incumplimiento, interés que remuneró con una cantidad muy elevada. La lealtad del vendedor a los pactos de no competencia era pues crítica y no divisible, y, de incumplirlos, el comprador tendría serias dificultades para probar su pérdida, luego los *damages* no serían un remedio adecuado. También en *ParkingEye* concurría, a juicio del Tribunal, un interés legítimo en garantizar que el automovilista no permaneciera más de dos horas, que justificaba la imposición de la tasa.

²⁹ «The test now is whether the party to whom the sum is payable had a legitimate interest in ensuring performance by the other party and the sum payable in the event of breach is not extravagant or uncounscionable in comparison to that interest» BEALE, H., en op. cit. 26/178, 197).

³⁰ Porque sean difíciles de probar, o porque las reglas de delimitación del resarcimiento excluyan su cobertura.

³¹ BEALE, H., *ibidem*, 26/225.

La resolución, con todo, ha supuesto un cambio muy significativo de la ley, pues ahora son cláusulas válidas, y por tanto estrictamente ejecutables, independientemente del daño que en concreto ocasione el incumplimiento³², tanto las genuinas de liquidación anticipada del daño previsible como las que inflen razonablemente la cuantía para disuadir del incumplimiento y proteger ese legítimo interés del acreedor en que el deudor cumpla³³.

Si, por el contrario, no concurre ese interés legítimo o, concurriendo, la suma estipulada es excesiva, la cláusula se calificará como *penalty* y será declarada nula y excluida del contrato. Los tribunales son reacios a aplicar una sanción tan severa cuando se trata de comerciantes negociando en su tráfico³⁴, pero lo cierto es que el Tribunal Supremo rechazó la solicitud del abogado de *Cavendish Square* de excluir este ámbito de contratación entre iguales de la aplicación de la norma, argumentando que entre empresarios también pueden darse desequilibrios y, los pequeños, pueden necesitar su protección³⁵.

Declarada la nulidad de la cláusula, el acreedor conserva la acción para reclamar los *damages* derivados del incumplimiento, que obviamente deberá probar y liquidar conforme a las reglas comunes.

3.2.2. Porque limiten la responsabilidad del deudor por debajo del coste de sustitución de la prestación a su cargo, incentivando el incumplimiento oportunista

Anteriormente he señalado que una de las utilidades de cifrar una cuantía indemnizatoria que opere de forma abstracta o tasada y permita liquidar rápido el contrato en caso de incumplimiento es que propicia la actuación eficiente del deudor que, ante el incremento del coste que le suponga la ejecución de la prestación convenida, puede decidir incumplir e indemnizar al acreedor conforme a lo convenido.

Digo que es un comportamiento eficiente –en el sentido de promover la utilidad conjunta de ambos contratantes- porque sólo será exitoso cuando el importe cifrado en la cláusula se aproxime al coste de sustitución que, en su caso, tenga que soportar el acreedor que no recibe

³² BEALE, H, *ibidem*, 26/212.

³³ Así, respecto a casos posteriores [i.e. [2016] A.C. 1172 at [25] R. HALSON apunta que «a valid liquidated damages clause was defined as one that provided for the payee the proportionate protection of a legitimate interest» [en «Liquidated damages and penalties - a review of the Cavendish decision by the Singapore Court of Appeal», *L.Q.R.* 2021, 137 (Jul), p. 375-380)].

³⁴ DORALT, W., *op. cit.*, p. 10.

³⁵ Vid. BEALE, H., *op. cit.*, 26/212.

la prestación acordada³⁶ o, de tratarse de una prestación única, cuando el importe cifrado cubra el daño concreto que el incumplimiento ocasione al acreedor, no ya el previsible al tiempo de contratar³⁷. Esto es, cuando verdaderamente deje al acreedor indemne.

El mero pacto de abonar una cantidad de dinero en caso de incumplimiento no sirve, en cambio, para que el deudor se aproveche de la «congelación» del importe tarifado al tiempo de contratar e incumpla para apropiarse de la revalorización sobrevenida de la prestación a su cargo, dejando al acreedor infracomensado. No ampara, por tanto, el *gainseeker breach*, a quien incumple de forma oportunista o de mala fe³⁸.

³⁶ Cuando la prestación comprometida puede ser razonablemente sustituida en el mercado, una cláusula que no cubra el coste de sustitución al tiempo del vencimiento será, con toda probabilidad, inútil, pues el acreedor requerirá el cumplimiento a expensas del deudor [artículo 1096. III CC]. El incremento de los precios de mercado los asume, por tanto, y por regla, el deudor.

³⁷ Cuando la prestación comprometida sea única o se elabore por encargo, la cláusula limitará los daños que deba abonar el deudor que vea incrementados sus costes de cumplimiento, pero no le blindará frente a la exigencia de cumplimiento del acreedor, que ejercerá siempre que el valor actual de dicho cumplimiento exceda del importe con el que, en su día, cifraron la indemnización.

El deudor podrá, ciertamente, excusar su cumplimiento, pero sólo en casos excepcionales en los que demuestre el fortuito que le impide realizar la prestación o persuade al acreedor o al juez de su excesivo y sobrevenido coste, para que le permitan satisfacer el interés del acreedor con otros remedios menos onerosos, señaladamente, indemnizando [es el supuesto del art. 1213 PMCC]. Y es en esta tarea de persuasión donde, entiendo, jugará un papel relevante el importe cifrado en la cláusula, ya que, de compensar suficientemente el interés actual del acreedor, contribuirá a que el juez admita la excusa, desestimándola en caso contrario.

³⁸ Tan evidente como que el deudor que incumple para ahorrar costes es, a efectos del artículo 1107 CC, *de buena fe*, me parece que es *de mala fe*, a efectos del párrafo segundo, el deudor que incumple para sacar provecho de un cambio de circunstancias sobrevenido que, según el contrato, corre de cuenta del acreedor. La limitación del resarcimiento al riesgo asumido al tiempo de contratar tiene sentido cuando el incumplimiento, consciente y voluntario, pretende contener las pérdidas [el deudor dirá que «quiso cumplir, pero no pudo», dicen HARRIS, D., CAMPBELL, D. & HALSON, R., en *Remedies in Contract & Tort*, Butterworths Ed., UK, 2002, en pp. 18-19], pero no hay razón que apoye la exclusión del resarcimiento que ese incumplimiento ocasiona al acreedor cuando cumplir era económica y materialmente viable, pero el deudor pretende ahora obtener mayor provecho. Así lo defendió con autoridad F. PANTALEÓN PRIETO [en «El sistema de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil* (1991), pp. 1034-1036]. También L. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN apuntó al mismo resultado al calificar el *animus lucrificandi* como subespecie del *animus nocendi* [en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 611].

En cuanto a la interpretación jurisprudencial de esta norma, la Sala 1ª del TS ha superado afortunadamente pronunciamientos antiguos [recogidos por F. GÓMEZ POMAR, en «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007, p. 10 y reproducidos por I. MARÍN GARCÍA, en *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Ed. BOE, 2017, p. 129] afirmando que no basta la voluntariedad del incumplimiento para que haya dolo, que es necesario algo más, que la Sala identifica con la *consciencia de estar vulnerando la ley o el contrato* [vid. STS (1ª) 17 marzo 2007 (ROJ: STS 2025/2011, Magistrado ponente, A. Salas Carceller)].

A mi juicio, el término que con mayor precisión identifica el incumplimiento doloso es que sea “procurado” por el deudor [pursued sugiere GORDLEY, J. en *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, 2007, p. 410, donde explica que la mayoría de los incumplimientos son queridos, pero no por ello constituyen

No lo hace por un cúmulo de razones, encabezado por la disponibilidad de la pretensión de cumplimiento, de la que ya hemos hablado.

Le sigue que, de imposibilitarse el cumplimiento de una prestación única, cuenta el acreedor con la posibilidad de reclamar el subrogado que hubiese obtenido el deudor gracias a su disposición, ejercitando la *condictio* del artículo 1186 del Código Civil.

Y lo remata que el acreedor puede, en casos de incumplimiento oportunista, reclamar la indemnización en la medida del daño concretamente sufrido como consecuencia del incumplimiento, y no del previsto al celebrar el contrato, antes de que un cambio inesperado de las circunstancias empeorase el impacto del incumplimiento para el acreedor y destapase la oportunidad de negocio al deudor³⁹.

Para que el pacto sea útil a ese fin deberá conceder inequívocamente al deudor la facultad de optar libremente por el pago de la suma convenida como forma alternativa de cumplir con su obligación. Esto es, deberá cifrar el precio o coste del desistimiento, estableciendo una multa penitencial.

un *wrong*: «Breach is only wrongful when the perpetrator for his own ends appropriates or harms what belongs to the other party»].

³⁹ El fundamento normativo lo encontramos en el artículo 1102 CC, que prohíbe ese efecto limitativo de la responsabilidad por dolo; y en el artículo 1107.II CC que, en caso de dolo, extiende el resarcimiento a los daños actuales ocasionados por el incumplimiento.

No parece entenderlo así I. MARÍN GARCÍA, pues afirma que lo respetuoso con el art. 1102 CC sería permitir la acumulación del resarcimiento del exceso de daño al pago de la pena pactada o considerar nula la cláusula penal, pero que «el ordenamiento español carece de una solución específica al respecto» [en op. cit., p. 130]. En otra obra anterior («Enforcement of penalty clauses in Civil and Common Law: A puzzle to be solved by the contracting parties», 5, *EJLS*, 2012, p.113) apunta que la jurisprudencia española, pese a la prohibición del 1102 CC, ejecuta la cláusula penal en sus exactos términos aun cuando el incumplimiento sea intencional, e impide la reclamación del exceso de daño. Pero cita sentencias en las que no se aprecia el comportamiento oportunista que caracteriza el dolo del artículo 1107.II.CC, por lo que el incumplimiento no es calificado como tal por el tribunal; ni se pide el resarcimiento de ningún daño adicional. En casación se discute únicamente si efectivamente hubo incumplimiento a efectos de mantener la aplicación de la cláusula, y se confirma que así fue, pero también que no revistió la suficiente entidad como para corregir la decisión de la Audiencia de aplicar la moderación de la pena que el propio contrato preveía para estos casos. Es la STS (1ª) 23 mayo 1997 (ROJ: STS 3617/1997), Magistrado ponente, Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Desde una perspectiva comparada, P. HASCHEM apunta que ningún sistema legal permite al deudor invocar una cláusula de limitación de responsabilidad cuando su incumplimiento es intencionado [op. cit. p. 131].

Así lo exige nuestro legislador, al no presumir la indiferencia del acreedor entre recibir la prestación principalmente acordada o la cantidad de dinero cifrada en la cláusula⁴⁰, y proteger al acreedor en la medida del valor de cumplimiento de la primera.

Es, a mi juicio, una regulación óptima, porque esa supuesta indiferencia del acreedor -entre recibir aquello por lo que contrató o una cifra pactada- sólo se dará en contextos muy especiales. Para el común de los contratantes resulta contraintuitiva, como bien ha demostrado el declive de la otrora pujante Teoría del Incumplimiento Eficiente del contrato, que se sustentaba en esa presunta indiferencia⁴¹.

3.3 El control de las cláusulas previstas para incumplimientos más graves que el acaecido

De acuerdo con el vigente artículo 1154 CC⁴², el juez podrá moderar la cuantía pactada únicamente cuando la cláusula esté prevista para el caso de incumplimiento total de la obligación principal y el deudor hubiese cumplido defectuosa o parcialmente⁴³.

⁴⁰ Artículo 1153 CC: «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».

⁴¹ Ese era al menos el presupuesto de partida de la clásica *Efficient Breach Theory* que, amparándose en una célebre frase de O.W. Holmes [«The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else», «The Path of the Law», 10 *Harvard Law Review* (1867), p. 462], quizá descontextualizada, sostuvo que el sistema angloamericano afirma, con carácter general, la indiferencia del acreedor entre recibir lo acordado o que le abonen sus *damages*. No parece, empero, una afirmación compartida por los tribunales, habida cuenta la creciente concesión de la *specific performance*, del uso de métodos alternativos a la *compensation* para el cálculo de los *damages* y de la profunda reformulación de la *rule against penalties* que antes hemos mencionado. Tampoco ha sido atendida por el legislador, que sigue la evolución del *case law* [i.e. 2-709/716; 2-708/713 Uniform Commercial Code; 51 (2)-(3)/50 (3) Sale of Goods Act].

Ni, en fin, ha logrado convencer al común de los acreedores, que se muestra dispuesto a colaborar para facilitar la liberación de un deudor que incumple para evitar mayores costes [nuestro deudor de buena fe del art. 1107.1 CC], pero penalizaría al que incumpliese para obtener beneficio. [Vid. PARISI, F., PORAT, A., BIGONI, M. AND BORTOLOTTI, S., “Unbundling Efficient Breach: An Experiment”, 14 *J. Empirical Legal Stud.* 527 (2017), disponible en https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/1013. Consulta: 15 enero 2023].

Los partidarios de la *EBT* han tenido pues que matizar su postulado, limitándose en la actualidad su defensa al ámbito en el que es razonable sostener esta presunción de indiferencia del acreedor entre recibir la prestación comprometida o el pago de una suma indemnizatoria delimitada conforme a las circunstancias vigentes al contratar, como es el de los contratos comerciales en los que sea plausible anticipar el coste de oportunidad generado por el incumplimiento, para así descontarlo del precio [vid. KLASS, G., «Efficient Breach», *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2014, disponible en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1185>, p. 379. [Consulta: 15 enero 2023].

⁴² «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

⁴³ Sentencias de la Sala 1ª del Supremo, de 2 octubre 2017 (ROJ: STS 3382/2017), que cita las otras anteriores, de 1 junio 2009 (ROJ: STS 3509/2009) y de 4 diciembre 2014 (ROJ: STS 4866/2014).

Los tribunales no pueden, por tanto, eludir la limitación de la norma en vigor y moderar cuantías previstas para el tipo de incumplimiento precisamente acaecido porque les parezcan desproporcionadas, ni siquiera recurriendo a la supuestamente genérica facultad judicial de moderación de la responsabilidad por negligencia contenida en el artículo 1103 CC⁴⁴.

Pero sí parece concorde con ambos preceptos la aplicación analógica propuesta en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo arriba citada, de 13 de septiembre de 2016, para enriquecer la doctrina jurisprudencial sobre el ámbito de aplicación del artículo 1154 CC, y que aborda el problema de las cuantías razonables al tiempo de contratar, pero extraordinariamente elevadas al tiempo de su aplicación.

De acuerdo con ella:

« [...] Para justificar la aplicación del artículo 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*. Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»⁴⁵.

⁴⁴ Así lo entiende la doctrina mayoritaria [por todos, I. ARANA DE LA FUENTE, en «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2010, p. 11] y, superada una corriente minoritaria, claramente también la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, la STS (1ª) 23 octubre 2012 (ROJ: STS 7803/2012), Magistrado ponente Ignacio Sancho Gargallo, que cita sentencias precedentes para afirmar que «en los casos en que no procede la moderación de la pena *ex art.* 1154 CC porque el incumplimiento de la obligación a la que va asociada la cláusula penal pactada ha sido total, aunque se hubiera debido a una conducta negligente, no tiene cabida la facultad moderadora de la indemnización prevista en el art. 1103 CC. Pero no porque ésta no proceda en caso de incumplimiento total de la obligación, sino porque rige la fuerza vinculante del pacto que, aunque suponga un agravamiento de la responsabilidad, constituye una forma de tutela reforzada del crédito, de cuya validez y eficacia debemos partir, salvo que se exceda de los límites legales previstos respectivamente en los arts. 1255 y 1258 CC.».

⁴⁵ Esta consideración se reproduce literalmente en la STS (1ª) 17 julio 2020 (ROJ: STS 2680/2020).

Nótese que el presupuesto de la propuesta es la alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias que determinan las consecuencias lesivas del incumplimiento previsto en la cláusula y, su fundamento, el respeto escrupuloso a la voluntad de las partes manifestada en la misma, cuya cifra se estipula para cubrir los daños que previsiblemente deriven del incumplimiento y que, a la postre, resultan ser extraordinariamente menores⁴⁶.

Es, por tanto, una propuesta que atiende a las presuposiciones de la cláusula, exigiendo su modulación cuando, de forma sobrevenida, se quiebren.

Tanto los autores como la jurisprudencia suelen tratar de forma conjunta los problemas que afectan a las presuposiciones del contrato [a la base del negocio], con casos de excesiva onerosidad sobrevenida o de crisis de mercado o cambio estructural [los genuinos casos de alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias]. Y tiene su lógica, pues son problemas con elementos comunes, como es el carácter sobrevenido e imprevisible, pero no son idénticos.

Así, tiene sentido que, por respeto al *pacta sunt servanda*, nuestro Tribunal Supremo relegue la intervención judicial a los casos extremos, absolutamente marginales, que hemos denominado de cambio estructural o crisis de mercado, y que afine el análisis para evitar la intervención cuando el contrato asigne, de forma implícita o explícita, ese riesgo derivado del cambio de circunstancias a la parte que ahora rechaza su asunción⁴⁷.

⁴⁶ *Mutatis mutandi*, cuando la finalidad de la cláusula sea prevenir el incumplimiento, podría defenderse la moderación de su importe si, debido a un cambio de sobrevenido de las circunstancias, puede acreditar el deudor que el acreedor ha perdido el interés en el cumplimiento.

⁴⁷ Es cierto que esta doctrina jurisprudencial se ha puesto en entredicho cuando nos han asolado crisis generales, como la financiera de 2008 y la pandémica de 2019, abogándose por la habilitación legal de instrumentos que permitan a los jueces redistribuir los riesgos contractuales y, mientras tanto, por una “aplicación normalizada” de la cláusula *rebus*.

Pero sólo dos resoluciones del año 2014 siguieron esta propuesta de flexibilización [STS (1ª) 30 junio 2014 (ROJ: STS 2823/2014) y STS (1ª) 15 octubre 2014 (ROJ: STS 5090/2014)], retornando a la doctrina tradicional inmediatamente después, y sin solución de continuidad hasta nuestros días, en los que nuestro TS no se ha pronunciado aún sobre los efectos del Covid-19 [o de las medidas adoptadas para combatirlo] sobre los contratos. Véanse las SSTs (1ª) 6 marzo 2020 (ROJ: STS 791/2020); 30 abril 2015 (ROJ: STS 1923/2015); 13 julio 2017 (ROJ: STS 2848/2017); 20 julio 2017 (ROJ: STS 3027/2017); 9 enero 2019 (ROJ: STS 13/2019); y 15 enero 2019 (ROJ: STS 57/2019). Ninguna consideró que concurrían los requisitos para aplicar la cláusula *rebus*. Sobre esta jurisprudencia, vid. M. A. PARRA LUCÁN, en «La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo», *Derecho y Política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, II, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extraordinario 2021, pp. 203-222.

Pero cuando el problema no es ese, sino el de pérdida del propósito o de la finalidad del contrato o de alguna de sus previsiones, la intervención judicial no debería descansar en el carácter extraordinario de la alteración de las circunstancias sino, más bien, en la radicalidad del resultado, de pérdida del sentido asignado a la cláusula por una alteración, quizá no absolutamente extraordinaria pero sí imprevisible, de las circunstancias.

Esto es lo que parece entender la Sala 1ª en la resolución antes extractada, que continúa enfatizando el elemento decisivo para la prosperabilidad de estas pretensiones: la prueba, a cargo del deudor, de que una alteración imprevisible ha desbaratado el sentido que las partes asignaban a la cláusula, de manera que aplicarla en sus propios términos vulnera la voluntad de los contratantes tanto como lo haría en caso de que «la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida»⁴⁸.

Y es también una propuesta en línea con el fundamento histórico de la facultad judicial de moderar la indemnización contenida en el artículo 1103 CC, prevista para habilitar la limitación de la responsabilidad no sólo al tipo de daño, sino también al *quantum* previsible de los mismos cuando el incumplimiento no sea doloso⁴⁹.

⁴⁸ Art. 1154 CC.

⁴⁹ Sobre el sentido de la norma contenida en el artículo 1103 CC, vid. F. PANTALEÓN PRIETO, «El sistema (...)», op. cit., pp. 1037-1038. Lamentablemente, la norma nunca se ha entendido así, sino que se ha invocado para solucionar problemas de *contributory causation*, para lo que es innecesaria. Y su tenor ha generado la peligrosa impresión de que los jueces pueden moderar, según su arbitrio, toda responsabilidad que no derive de dolo. Ante el riesgo de que semejante idea se consolide, el propio profesor PANTALEÓN PRIETO [en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1742] propuso la supresión de la norma [ya no aparece en la PMCC] que, de ser sancionada, obligará a entender que la previsibilidad es también del *quantum respondatur*, no solo del tipo de daño. E inmediatamente habrá que recordar entonces que, por regla, es previsible, luego ha sido asumido por el deudor, todo incremento de daño que derive de la fluctuación de las variables generales de mercado, aunque sea acusada, hasta el límite de la crisis que provoque una ruptura de mercado.

Es así en todos los derechos de nuestro entorno, pese a que mayoritariamente se defiende que es preciso que el deudor prevea/asuma no sólo el tipo, sino también el *quantum* del daño, pues ninguno usa esta distinción para dejar de indemnizar cuantías imprevisibles que obedezcan al alza anormal de los precios de mercado. Así lo apuntó F. PANTALEÓN [en «El sistema (...)», op. cit., p. 1039], y lo desarrolló en mi tesis doctoral [*La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998 pp. 46-50; 57-58; 103, 143], concluyendo que en los sistemas de nuestro entorno la distinción entre tipo/cuantía del daño sólo ha sido relevante para desestimar el resarcimiento de beneficios de explotación o de reventa en si previsible, pero de cuantía inesperadamente elevada, por concurrir particulares y desconocidas circunstancias en el acreedor o en su situación negocial. Nunca se ha utilizado, en cambio, para recortar daños derivados del normal devenir del mercado, por cuantiosos que sean, y menos aun cuando se trate de un coste de cobertura.

Bajo esta premisa, el polémico caso resuelto por la *House of Lords* en 2008 (*The Achilleas*) tiene perfecta lógica. Una narración detallada de los hechos y su discusión puede leerse en B. GREGORACI FERNÁNDEZ, «Daños indemnizables en Derecho contractual inglés. Revisión de la Remoteness Rule», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pp. 125-145.

¿Son suficientes estos controles? Seguidamente lo discutiremos.

4. LA PROPUESTA DE AMPLIAR LA FACULTAD JUDICIAL DE MODERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES Y SU CRÍTICA

La mayoría de los sistemas normativos de derecho civil y, por su influencia, los textos de Derecho Uniforme entienden que los mecanismos que acabamos de exponer no protegen suficientemente al deudor, por lo que han incluido normas que facultan al juez para moderar equitativamente la cuantía estipulada en el contrato⁵⁰.

El argumento habitualmente esgrimido en su favor es que los deudores, no sólo los vulnerables, frecuentemente aceptan el pago de sumas elevadas porque sobreestiman su capacidad de cumplir⁵¹; y que, sin la amenaza de la intervención judicial, muchos acreedores abusarían de su posición económica o jurídicamente preminente para imponer cuantías desproporcionadas a su legítimo interés en asegurar el cumplimiento⁵².

Apuntan también que negar, en estos casos, la validez de la cláusula [como hace el *common law* con las *penalties*] es una intervención aún más drástica que la moderación del importe, e ineficaz para resolver el problema de las cuantías que, siendo razonables al tiempo de contratar, devengan excesivas porque una alteración de las circunstancias minore o anule los efectos lesivos del incumplimiento⁵³.

Entre nosotros hay disparidad de opiniones⁵⁴, pero lo cierto es que tanto la Sala 1ª del Tribunal Supremo como la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación son favorables a la ampliación de la facultad de moderación judicial:

⁵⁰ Un análisis comparado de todos estos sistemas legales y de *soft law* puede verse en el comentario del art. 9:509 PECL de R. ZIMMERMANN, op. cit., pp. 1539-1554.

⁵¹ ZIMMERMANN, *ibidem*, p. 1551; GOTTWALD, op. cit., Vor § 339 BGB, § 11.

⁵² HASCHEM, P., op. cit., p. 51.

⁵³ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1545.

⁵⁴ Entre los autores que recientemente se han pronunciado sobre el tema, tanto I. MARÍN GARCÍA [en «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos» *InDret* 2/2009, pp. 11-12] como J. FELIÚ REY [en «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI (2014), vol. 2, pp. 169, 209] se manifiestan claramente en contra de esta posible ampliación de la facultad de moderación judicial.

Señalan como principales inconvenientes la distorsión del *pacta sunt servanda*, el incremento de la litigiosidad, la innecesaria limitación de la autonomía de los empresarios en su tráfico o la inconsistencia con la solución jurisprudencial a los casos de alteraciones sobrevenidas de las circunstancias.

I. ARANA DE LA FUENTE [en op. cit., p. 14], tras exponer pros y contras, parece en cambio aceptar esta posibilidad: «Seamos realistas. Cuando el Ordenamiento no proporciona un criterio legal para solventar ciertos problemas, los Tribunales tienden a buscar soluciones que no siempre resultan idóneas. Todo ello, tal vez justifique que el legislador establezca un estándar de moderación, que deja al juez un radio de

En la Sentencia de 13 de septiembre de 2016, antes citada, leemos [Fundamento de Derecho Tercero, nº. 1]:

«Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, esta sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, como es evidente, ninguna relación tiene con lo dispuesto en el artículo 1154 CC, por lo que no se opone a nuestra actual jurisprudencia sobre en qué casos cabe, y en cuáles no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla»⁵⁵.

Por su parte, el artículo 1150 PMCC establece que «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

Con todo, la experiencia que observamos en los sistemas jurídicos de nuestro entorno que ya han incorporado esta facultad de moderación judicial no resulta incentivadora.

Todos afirman que la intervención judicial ha de ser excepcional, pero sin concretar más cuándo se dan esas circunstancias excepcionales, ni indicar entonces en qué medida ha de reducirse la cifra⁵⁶, probablemente porque haya que confiar en la prudencia y buen juicio de

acción considerable, como hace la Propuesta. Lo cierto es que se trata de un supuesto en el que legislador difícilmente puede establecer una regla, pues la solución más apropiada en cada caso depende de circunstancias imposibles de prever por aquél».

⁵⁵ Disposición que, entiendo, sólo podrá seguir si el legislador le habilita para ello, pues la ley sanciona con la nulidad las cláusulas contrarias al artículo 1255 CC. El tenor de la resolución, empero, indica que la Sala procedería a efectuar esa reducción conservadora de validez aún sin habilitación legislativa expresa, siempre que se le presentase el caso para el que la propone: el de una cláusula extraordinariamente desproporcionada pero no netamente opresiva o usuraria [para las que ya ha declarado la nulidad], inserta en un contrato que no sea de consumo.

⁵⁶ La regulación alemana habla de una reducción *adecuada o razonable* [§ 343 (1) BGB: «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 berechnigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen (...)»], que los autores concretan en la máxima cuantía permisible conforme a la buena fe [P. HASCHEM, op. cit., pp. 124, 127; R. ZIMMERMANN, op. cit. P. 1153].

También nuestra Sala 1ª del Tribunal Supremo apunta a esta medida, al hablar de una *reducción judicial conservadora de su validez* [vid. supra el extracto de la STS 13 septiembre 2016].

Y así debería ser, puesto que la moderación es una injerencia en la autonomía de los contratantes que debería ejercitarse con restricción, salvaguardando la función preventiva que, seguramente, también perseguía el pacto [J. FELIÚ REY, op. cit. p. 197].

Pero la experiencia práctica, incluso en Italia, cuyo texto legal explícitamente exige tener en cuenta el interés en el cumplimiento del acreedor como parámetro para medir la proporcionalidad de la pena,

los tribunales. Pero es inevitable que, en tanto concretan el alcance de su intervención, la medida genere ruido.

Aunque califican la intervención judicial de excepcional, todos los textos la imponen, prohibiendo que se estipule en su contra, y algunos incluso prevén la intervención de oficio.⁵⁷ No es el caso de Alemania, que requiere que la intervención sea rogada⁵⁸ y que, al menos, excluye la facultad de moderación judicial de los contratos celebrados entre empresarios en su tráfico⁵⁹.

La mayoría utiliza el término «moderación» como sinónimo de reducción, pero alguno admite también la posibilidad de que el juez amplíe la cifra que haya de ser abonada⁶⁰, y otros facilitan la acumulación de remedios, estableciendo por defecto el carácter de «daño mínimo» de la cifra estipulada, luego compatible con la pretensión de resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento que la excedan⁶¹.

Para concluir esta síntesis abreviada del análisis comparado, debe mencionarse que algunos centran el juicio de razonabilidad de la cuantía pactada comparándola con el daño efectivamente ocasionado por el incumplimiento⁶²; mientras que otros atienden a todas las

refleja otra realidad, que es la reticencia de los jueces a conceder una cifra superior al daño ocasionado por el incumplimiento.

Dice el art. 1384 Codice: «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*». La aplicación práctica la describe F. PATTI [en *La determinazione convenzionale del danno*, Ed. Jovene, Nápoles, 2015, pp. 411-416] donde advierte que el valor económico de la prestación debida al tiempo del vencimiento [el daño básico efectivamente sufrido] suele limitar el importe que el acreedor recupera, desincentivando así el pacto de penalidades más elevadas. Este aspecto, crítico para el uso de este tipo de pactos entre contratantes expertos, lo enfatiza W. DORALT, [en op. cit., p. 9], lamentando que «a strong and enfordable signal beyond that amount cannot be made by debtor by means of a penalty».

⁵⁷ Francia, artículo. 1231-5 *Code Civil*, y parece que también se entendió así por el Tribunal de Casación italiano en las resoluciones nº 10511 de 24 de septiembre de 1999; y nº 18128 de 13 de septiembre de 2005 citadas por ZIMMERMANN [en op. cit., nota 118].

⁵⁸ § 343 (1) BGB: «(...) auf Antrag des Schuldners (...)».

⁵⁹ § 348 HGB: «Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden».

⁶⁰ Francia, artículo. 1231-5 *Code Civil*: «Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire». Entre nosotros, J. FELIÚ REY defiende que el art. 1150 PMCC habilita al juez para incrementar la cifra estipulada [op. cit. p. 207].

⁶¹ Es el caso alemán [§ 340 (2) BGB]. Aunque la doctrina admite que pueda excluirse la acumulación por pacto, parece preferible la regulación inversa, la que obliga al pacto expreso para incrementar la onerosidad de la cláusula (art. 1152 CC).

⁶² Así se deduce del texto francés, pues sólo se refiere a la función de liquidación de la indemnización de la cláusula penal.

circunstancias del caso, particularmente al interés del acreedor en el cumplimiento del contrato⁶³. No obstante, y como ya se ha ido apuntando, no parece probable que los jueces vayan a abstraerse de las pérdidas concretas ocasionadas por el incumplimiento y validar una suma que las exceda.

5. CONCLUSIONES

La ampliación de la facultad judicial de moderación de la cifra convenida en caso de incumplimiento se defiende alegando su simplicidad y versatilidad, pues permite un ajuste de la cuantía pactada que corrija el exceso, pero, al considerar todas las circunstancias del caso, mantenga la utilidad de la cláusula.

La experiencia, empero, no parece tan halagüeña, y revela que la incertidumbre sobre la posible intervención y su alcance bien puede desincentivar el uso de una herramienta eficaz para asegurar el cumplimiento de los contratos y reducir los costes, económicos y de confianza, inherentes a los incumplimientos; pero también para facilitar la contratación al deudor, evidenciando su alto compromiso.

La conjura del posible abuso debería compatibilizarse con la salvaguarda de las distintas utilidades de esta cláusula, que requieren que las partes puedan fijar una suma que exceda el daño previsible para, según el interés al que atendamos, disuadir de forma proporcionada el incumplimiento o evidenciar un alto compromiso con el cumplimiento del contrato; y que, en interés de ambos contratantes, liquide fácil y definitivamente el contrato, tasando la indemnización.

Esta cuidadosa labor de ajuste ya la ha realizado nuestro Tribunal Supremo, dotándonos de las pautas necesarias para corregir adecuadamente tanto los casos de cláusulas abusivas

⁶³ Son los textos alemán [§ 343 (1) BGB] e italiano [Art. 1384 *Codice Civile*], antes citados, teóricamente más acertados pero, como apuntamos antes [*supra* nota 56], parece que con limitada eficacia práctica. También, por su influencia, los preceptos de los textos supranacionales armonizadores: el art. 7.4.13. Principios de Unidroit [«(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm. (2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances. »]; el art. 9:509 PECL [«(1) Where the contract provides that a party who fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss. (2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum 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. »]; y el art. III 3 :712 DCFR, que prefiere hablar de stipulated payments, pero los regula en el mismo sentido.

[privando de validez aquellas cuyo exceso sea tan evidente que pueda afirmarse la extralimitación de la autonomía privada]; como el problema de las sobrevenidamente excesivas [admitiendo su moderación cuando el cambio sobrevenido e imprevisible de las circunstancias revelen su radical desproporción respecto de la finalidad perseguida por las partes, de liquidación anticipada de los daños previsibles⁶⁴].

Consecuentemente, no parece necesaria ni aconsejable una intervención legislativa que amplíe aún más las posibilidades de control de la cláusula o que cambie la sanción que actualmente reciben las excesivas, de nulidad de la cláusula. La crítica que típicamente se opone a esta sanción, señalando que es una intervención más severa que la mera modificación de la cuantía, es fácilmente salvable: es precisamente esta gravedad la que garantiza que la intervención sólo se producirá en casos verdaderamente extremos, de extralimitación de la autonomía privada. Casos con los que, además, ya están más familiarizados nuestros tribunales, permitiendo cierta anticipación del riesgo de intervención judicial⁶⁵.

Por el contrario, sí mejoraría nuestro sistema si se corrigiese el tenor de los artículos 85 y 86 TRLGDCU para asimilarlos a la regulación alemana, que acertadamente diferencia el régimen aplicable a las cláusulas de liquidación de la indemnización y el aplicable a las penas convencionales insertas en contratos de consumo mediante condiciones generales de contratación⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado», disponible en <https://almacenederecho.org/clausulas-penales-funcion-economica-legitimidad-juridica-efectos-mercado> [Consulta:19 enero 2023].

ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2010.

⁶⁴ O, podríamos añadir, de salvaguarda del interés del acreedor en el cumplimiento del contrato.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, la evolución de la jurisprudencia sobre intereses usurarios, especialmente los establecidos por el uso de tarjetas *revolving*, magníficamente sintetizada por A. RUIZ ARRANZ en "El mapa y el territorio", publicado el 5 de septiembre de 2022 en *El Almacén de Derecho* [<https://almacenederecho.org/el-mapa-y-el-territorio>] [Consulta: 15 enero 2023].

⁶⁶ Vid. supra, apartado 3.1.

BEALE, Hugh, Capítulo 26: «Damages», *Chitty On Contracts. General Principles*, vol. 1, Ed. Sweet & Maxwell, UK, 2018.

CHEN-WISHART, Mindy, Capítulo 27: «Action for an Agreed Sum, Specific Performance and Injunction» *Chitty On Contracts, General Principles*, vol. 1, Ed. Sweet & Maxwell, UK, 2018.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DORALT, Walter, «Penalty Clauses in Commercial Contracts», *Grazlaw Working Papers*, nº 3, Graz, 2021, p. 1-16.

FELIÚ REY, Jorge, «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI (2014), vol. 2, p. 169-218.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007.

GORDLEY, James, *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, UK, 2007.

GOTTWALD, Peter, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5 Auflage, Ed. Beck, 2007, §§ 339-345 BGB.

GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, «Daños indemnizables en Derecho contractual inglés. Revisión de la Remoteness Rule», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, p. 125-145.

HALSON, Roger, «Liquidated damages and penalties - a review of the Cavendish decision by the Singapore Court of Appeal», *Law Quarterly Review* 2021, 137 (Jul), p. 375-380.

HASCHEM, Pascal, *Agreed sums payable upon breach of an obligation*, International commerce and arbitration, vol. 7, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011.

HARRIS, Donald, CAMPBELL, David & HALSON, Roger, *Remedies in Contract & Tort*, Butterworths Ed., UK, 2002.

KLASS, Gregory, «Efficient Breach», *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2014, disponible en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1185> [Consulta: 15 enero 2023].

MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos» *InDret* 2/2009.

- «Enforcement of penalty clauses in Civil and Common Law: A puzzle to be solved by the contracting parties», 5, *European Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 95-124.
- *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Ed. BOE, Madrid, 2017.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando,

- «El sistema de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil* (1991), pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual,» *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1719-1745.

PARISI, Francesco, PORAT, Ariel, BIGONI, Maria AND BORTOLOTTI, Stefania, «Unbundling Efficient Breach: An Experiment», 14 *J. Empirical Legal Studies*, 527 (2017), disponible en https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/1013 [Consulta: 15 enero 2023].

PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, «La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo», *Derecho y Política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, II, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Extraordinario 2021*, pp. 203-222.

PATTI, Francesco, *La determinazione convenzionale del danno*, Ed. Jovene, Nápoles, 2015.

RUIZ ARRANZ, Antonio, «El mapa y el territorio», publicado el 5 de septiembre de 2022 en *El Almacén de Derecho* [<https://almacenederecho.org/el-mapa-y-el-territorio>] [Consulta: 15 enero 2023].

SOLER PRESAS, Ana, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

TREITEL, Guenter H., *The Law of Contract*, Ed. Sweet & Maxwell, UK, 2015.

ZIMMERMANN, Reinhard, «Comentario del art. 9:509 PECL», en *Commentaries on European Contract Law* (Jansen, N & Zimmermann, R. ed), Oxford University Press, UK, 2018, p. 1539-1554.

Fecha de recepción: 02.02.2023

Fecha de aceptación: 26.06.2023