

Las cláusulas penales en la propuesta reformada de modernización de obligaciones y contratos de 2023¹

Penalty Clauses in the 2023 Revised Proposal for the Modernization of Obligations and Contracts

por

VINCENZO BARBA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Roma “La Sapienza”

RESUMEN: La cláusula penal, como figura esencial en el Derecho de obligaciones, ha sido objeto de un proceso de revisión y modernización en la reciente Propuesta de Reforma para la Modernización del Código Civil de 2023 (PRMOC 2023). Este trabajo se centra en el análisis de dicha reforma, examinando sus innovaciones más relevantes y su impacto en la estructura clásica de la cláusula penal, así como en el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el control judicial.

El estudio se inicia con una aproximación conceptual y sistemática a la cláusula penal en el Derecho civil español, delimitando su naturaleza y diferenciándola de figuras afines como las arras. A continuación, se abordan las modificaciones introducidas por la PRMOC 2023, analizando la nueva regulación en cuanto a su ámbito de aplicación, su función sancionadora e indemnizatoria y la posibilidad de acumulación con otros remedios contractuales. Se examinan, asimismo, los criterios de moderación judicial, su relación con los principios generales del Derecho contractual y la manera en que la reforma redefine los límites de la intervención judicial en materia de cláusulas penales.

Finalmente, se ofrece una reflexión crítica sobre las implicaciones prácticas de la reforma, contrastándola con el marco normativo tradicional y evaluando

sus efectos en la seguridad jurídica y la previsibilidad de las relaciones contractuales. Con ello, el presente estudio no solo busca esclarecer el nuevo régimen de la cláusula penal en la PRMOC 2023, sino también ofrecer una perspectiva que permita comprender sus alcances, sus desafíos y su posible impacto en la práctica contractual.

ABSTRACT: The penalty clause, as a fundamental figure in the law of obligations, has undergone a process of revision and modernization in the recent Proposal for the Reform and Modernization of the Civil Code of 2023 (PRMOC 2023). This paper focuses on the analysis of this reform, examining its most relevant innovations and its impact on the classical structure of the penalty clause, as well as on the balance between the autonomy of will and judicial control.

The study begins with a conceptual and systematic approach to the penalty clause in Spanish civil law, defining its nature and distinguishing it from related figures such as earnest money agreements. It then addresses the changes introduced by the PRMOC 2023, analysing the new regulation in terms of its scope of application, its punitive and compensatory functions, and the possibility of combining it with other contractual remedies. The study also examines the criteria for judicial moderation, its relationship with the general principles of contract law, and the way the reform redefines the limits of judicial intervention in matters of penalty clauses.

Finally, a critical reflection is offered on the practical implications of the reform, contrasting it with the traditional legal framework and assessing its effects on legal certainty and the predictability of contractual relationships. In this way, the present study not only aims to clarify the new regime of the penalty clause under PRMOC 2023 but also to offer a perspective that allows for understanding its scope, challenges, and potential impact on contractual practice.

PALABRAS CLAVE: Cláusula penal; Indemnización; Daños y perjuicios; Incumplimiento; Desistimiento; Moderación judicial; Obligaciones; Remedios contractuales.

KEYWORDS: *Penalty clause; Compensation; Damages; Breach (of contract); Withdrawal; Judicial moderation; Obligations; Contractual remedies.*

SUMARIO: I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO CIVIL. I.1. LA PENAL COMO “CLÁUSULA” “ACCESORIA”. I.2 LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.—II. EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: DE LA PMOC 2009 A LA PRMOC 2023.—III. TIPOS DE CLÁUSULAS PENALES REGULADAS EN LA PRMOC DE 2023.—IV. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO. V.1. FUNCIÓN Y EFECTOS. IV.2.

LA NECESARIA RAZONABILIDAD DE LA CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO.—V. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN PRESUNTIVA DEL DAÑO. V.1. FUNCIÓN Y EFECTOS. V.2. INDEMNIZACIONES DESPROPORCIONADAS.—VI. PENA CONVENCIONAL. VI.1. FUNCIÓN Y EFECTOS. VI.2. COMPATIBILIDAD DE LA PENA CONVENCIONAL Y LA ESTIMACIÓN ANTICIPADA DE DAÑOS: UNA PERSPECTIVA INTEGRADORA. VI.3. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONVENCIONAL.—VII. COMPATIBILIDAD DE LA ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO Y LA PENA CONVENCIONAL CON OTROS REMEDIOS LEGALES.—VIII. LA FUNCIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES Y SU DISTINCIÓN RESPECTO AL TIPO DE INCUMPLIMIENTO.—IX. CLAUSULA PENAL DE DESISTIMIENTO COMO OBLIGACIÓN FACULTATIVA. IX.1. FUNCIÓN Y EFECTOS. IX.2. LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA Y LAS ARRAS DE DESISTIMIENTO: DIFERENCIAS CLAVE EN EL MARCO CONTRACTUAL. IX.3 LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1196 Y 1197 PRMOC A LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA.—X. CONCLUSIONES. —XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO CIVIL

I.1. LA PENAL COMO “CLÁUSULA” “ACCESORIA”

La cláusula penal ocupa un lugar destacado dentro del Derecho civil patrimonial, especialmente en el ámbito de las obligaciones contractuales y sus mecanismos de protección frente al incumplimiento². La regulación positiva de esta figura se encuentra en el Código Civil español de 1889, concretamente entre los artículos 1152 y 1155, dentro del capítulo III del Título IV dedicado a las clases de obligaciones. Esta ubicación normativa refleja la concepción clásica de la cláusula penal como un pacto accesorio (cfr. art. 1155 CC) respecto de la obligación principal, concebido para prever las consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. En su función más clara, la cláusula penal actúa como una técnica de previsión y autorregulación contractual, a través de la cual las partes buscan evitar litigios sobre la existencia y cuantificación del daño³.

Desde una perspectiva técnica y sistemática, la cuestión de la accesoriedad, así como la misma calificación de la penal como “cláusula”⁴, plantea notorias dificultades dogmáticas.

En efecto, conforme a la concepción tradicional, la cláusula penal se reputa una estipulación accesorio del contrato principal, cuyo objeto consiste en prede-terminar anticipadamente las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de una obligación.

Sin embargo, resulta oportuno cuestionar tanto la noción de cláusula como la de accesoriidad, especialmente si se parte —como es mi caso— de una posición crítica frente a la teoría de los contratos “típicos”, pues estimo que no responde a una estructura sustancial del fenómeno contractual, sino que constituye más bien una técnica normativa orientada a disciplinar ciertas prestaciones que, por su recurrencia o relevancia práctica, han adquirido un valor paradigmático dentro del tráfico jurídico. En este sentido, los denominados contratos típicos no configuran verdaderos modelos contractuales en sentido pleno, sino que representan esquemas legales que se activan cada vez que las partes convienen la realización de una determinada prestación considerada jurídicamente relevante. Así entendido, el tipo contractual no determina la existencia del contrato, sino que interviene *ex post*, en función del contenido obligacional que las partes han querido estructurar.

Bajo esta óptica, el concepto mismo de “cláusula” deviene igualmente problemático, ya que su alcance semántico depende del perímetro conceptual que se le atribuya. Si se entiende por “cláusula” cada una de las disposiciones contenidas en un contrato, tratado, testamento u otro acto jurídico escrito —esto es, enunciados normativos completos que expresan un determinado precepto⁵—, puede afirmarse, sin mayor dificultad, que la penal constituye una cláusula en sentido formal, siempre que se inserte en un contrato que contemple además otras previsiones u obligaciones entre las partes. Pero también puede suceder que esa estipulación sea la única previsión del contrato, en cuyo caso dejaría de ser una cláusula en sentido técnico, estrictamente subordinado, para configurarse como contenido único y exclusivo de un contrato mediante el cual las partes regulan de forma autónoma un interés específico: la eventual consecuencia del incumplimiento de otra u otras obligaciones.

Todo ello conduce a una afirmación esencial, aunque a menudo pasada por alto: la denominada “cláusula penal” no es otra cosa que la expresión convencional de una determinada configuración de intereses jurídicos —configuración que, desde el punto de vista conceptual, goza de plena autonomía—, pero cuya estructura puede adoptar formas diversas dentro del tráfico jurídico. En efecto, dicha estipulación puede integrarse como parte de un contrato más amplio, en cuyo caso participa de su naturaleza compleja y multifinalística, o bien erigirse en contenido único y exclusivo del acuerdo, dando lugar a un pacto autónomo y autosuficiente⁶. En ambos escenarios, lo que se regula es un interés patrimonial específico, vinculado a las consecuencias del eventual incumplimiento de una obligación, real o hipotética.

Ahora bien, reconocer esta doble posibilidad de ubicación estructural — como cláusula accesoria o como núcleo sustantivo de un acuerdo independiente— no aporta por sí misma un contenido sustantivo adicional, sino que refleja

simplemente la pluralidad de formas que puede asumir la autonomía privada en la construcción de vínculos obligacionales. En este sentido, resulta fundamental no confundir la dimensión formal o denominativa del instituto con su auténtica naturaleza jurídica. Que se hable de “cláusula” penal obedece, en última instancia, a una convención terminológica: se trata de una disposición contractual que contiene un precepto, del mismo modo en que una disposición legal alberga una norma. Pero tal denominación no debe oscurecer lo esencial: que el régimen penal convencional constituye una manifestación de voluntad orientada a disciplinar un interés específico, susceptible de adquirir vida propia dentro del contrato o incluso fuera de él.

En cuanto al carácter accesorio de la cláusula penal, es menester precisar que la accesoriidad no se refiere al contenido interno de la estipulación, sino que debe interpretarse a la luz de la conexión entre relaciones jurídicas distintas⁷. En efecto, no cabe duda de que la cláusula penal genera una obligación autónoma —una relación jurídica obligatoria plena— cuya existencia presupone, sin embargo, la de otra relación jurídica obligatoria previa o concurrente, cualquiera que sea su fuente. Por tanto, la accesoriidad no constituye un atributo intrínseco e inmodificable de la obligación derivada de la penal, sino que expresa el vínculo funcional que une dos relaciones jurídicas: aquella que nace de la cláusula penal y aquella cuyo incumplimiento constituye el presupuesto para la eficacia de la primera. Este vínculo de accesoriidad se traduce, en términos operativos, en que las vicisitudes del vínculo principal repercuten directamente sobre la existencia y operatividad de la penal. Pero a la inversa, los avatares de la obligación penal no inciden ni condicionan la existencia, validez o eficacia del vínculo principal. Así planteada, la accesoriidad es una categoría relacional, no sustancial: no define la esencia de la cláusula penal, sino el modo en que esta relación jurídica⁸ se enlaza con otra cuya infracción activa sus efectos.

I.2. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil establece que la pena pactada sustituye a la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1152), salvo que las partes hayan previsto expresamente la posibilidad de reclamación adicional⁹. Esta disposición denota la naturaleza predominantemente liquidatoria de la cláusula penal: su función principal es fijar anticipadamente el quantum de la responsabilidad derivada del incumplimiento, eliminando la necesidad de acreditar la existencia y cuantía del daño¹⁰. No obstante, la cláusula penal puede tener también un matiz punitivo o coercitivo¹¹, en la medida en que agrava la posición del deudor¹², reforzando el interés del acreedor en el cumplimiento puntual y exacto de la obligación¹³.

El artículo 1153 CC introduce lo que la doctrina denomina cláusula penal penitencial o cláusula penal de desistimiento. Se dispone que el deudor no podrá liberarse del cumplimiento de la obligación mediante el simple pago de la pena, salvo que expresamente se le haya reservado ese derecho. Esto significa que la cláusula penal no opera por sí misma como una opción de cumplimiento facultativo, salvo que así lo hayan pactado las partes.

Por otra parte, el artículo 1154 del Código Civil contempla la única posibilidad para la moderación judicial de la cláusula penal. Según dicho precepto, la autoridad judicial podrá reducir equitativamente la pena cuando, con independencia de que haya buena o mala fe¹⁴, la obligación principal haya sido cumplida en parte o de manera irregular por el deudor¹⁵. Esta previsión legal responde a criterios de equidad y de corrección de posibles abusos, evitando situaciones en las que la aplicación estricta y mecánica de la pena pactada resulte manifiestamente desproporcionada.

Sin embargo, la norma ha generado numerosas dudas interpretativas. La primera cuestión debatida es si la facultad de moderación puede ejercerse únicamente en el supuesto expresamente previsto por el artículo 1154 —es decir, en caso de cumplimiento parcial o defectuoso— o si podría extenderse por analogía a otros supuestos. La posición mayoritaria, sostenida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶ como por la doctrina dominante¹⁷, es restrictiva¹⁸: se niega la posibilidad de aplicación analógica, entendiendo que la intervención moderadora de la autoridad judicial solo procede en el supuesto expresamente contemplado por la norma¹⁹.

La segunda cuestión discutida es si la autoridad judicial puede acordar la moderación²⁰ de oficio o si, por el contrario, es necesaria una petición expresa de parte. En este punto, se admite generalmente²¹ que, dado que se trata de una cuestión de equidad y de evitar resultados manifiestamente injustos, la autoridad judicial está facultada para intervenir de oficio, sin necesidad de solicitud previa, siempre que concurren los presupuestos legales para la reducción²². De este modo, la autoridad judicial asume un papel activo en la preservación del equilibrio contractual y en la prevención de abusos derivados de una aplicación ciega y literal de la cláusula penal. Sin embargo, una parte de la doctrina, con argumentos de notable solidez, sostiene lo contrario²³: que la moderación judicial solo puede operar a instancia de parte. Esta postura parece más coherente con los principios que rigen en materia de autonomía de la voluntad y dispositivo del proceso, y evita que el juez actúe más allá de los límites del debate procesal, afectando la seguridad jurídica y el principio de congruencia.

En términos generales, se excluye la posibilidad de que las partes renuncien anticipadamente a la facultad de moderación judicial de la cláusula penal²⁴. Esta exclusión se fundamenta, por un lado, en el carácter imperativo de la norma que

reconoce al juez la posibilidad de reducir la pena cuando resulte manifiestamente desproporcionada, lo cual impide que dicha facultad pueda ser contractual o convencionalmente anulada. Por otro lado, se apoya también en el principio de nulidad de la renuncia a derechos futuros²⁵, que proscribe de forma general los pactos por los que una parte renuncie de antemano a garantías legales concebidas para operar en caso de abuso o desequilibrio.

Más allá de estos puntos de debate, sobre la base de este marco normativo, la doctrina²⁶ y la jurisprudencia²⁷ han identificado tres categorías fundamentales de cláusula penal²⁸.

1. Cláusula penal punitiva y/o cumulativa: Esta modalidad de cláusula penal presenta un marcado carácter sancionador, en la medida en que se suma a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual. La pena funciona como una sanción previamente acordada entre las partes, concebida para reforzar el deber de cumplimiento y disuadir a la parte deudora frente a la posibilidad de incumplir sus obligaciones. Conviene, no obstante, precisar que en este modelo pueden distinguirse dos figuras. La primera es aquella que cumple una función estrictamente punitiva y autónoma, supuesto en el cual la pena no se limita a anticipar la liquidación de los daños y perjuicios, sino que actúa como una sanción adicional y autónoma, permitiendo al acreedor reclamar tanto el pago de la pena como la reparación íntegra de los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Esta configuración exige un pacto expreso y claro²⁹; la cuantía fijada no guarda relación con el daño real, sino que responde a la finalidad de reforzar la seriedad del compromiso asumido por el deudor y aumentar el peso vinculante del contrato. Sin embargo, esta modalidad puramente punitiva es rara en la práctica. Lo habitual es que la cláusula penal adopte una naturaleza mixta y, sobre todo, acumulativa. En esta segunda modalidad, la cláusula cumple una doble función: por un lado, cubrir de manera anticipada los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y, por otro, imponer una sanción adicional al deudor. En este supuesto, el acreedor solo podrá exigir el importe fijado en la cláusula, sin posibilidad de acumulación con la pretensión indemnizatoria, ya que ese importe ha sido pactado precisamente para cumplir ambas funciones al mismo tiempo. De este modo, la cláusula no solo cumple una función indemnizatoria, sino que incorpora también un elemento de castigo, reforzando el interés del acreedor en la exacta ejecución del contrato³⁰.

2. Cláusula penal liquidatoria o sustitutiva: Aquí la pena se concibe como una previsión sustitutiva de los daños y perjuicios, eximiendo al acreedor de probar la existencia y extensión del daño sufrido. El acreedor podrá optar entre exigir el cumplimiento o reclamar la pena, pero no ambas cosas, salvo pacto en contrario. Esta cláusula penal responde a una función esencialmente indemnizatoria y contribuye a racionalizar las relaciones contractuales, ofreciendo a las partes una

previsión anticipada y segura de las consecuencias del incumplimiento³¹. Se trata, además, de la modalidad efectivamente regulada por el ordenamiento jurídico, y la doctrina y la jurisprudencia coinciden en considerar que, en ausencia de una voluntad clara y expresa en sentido contrario³², esta es la función que debe atribuirse al pacto convenido³³. Debe señalarse, sin embargo, que dentro de esta categoría pueden distinguirse dos subtipos claramente diferenciados. En primer lugar, la modalidad más habitual, conocida como cláusula penal de sustitución a forfait, en la que la pena pactada se debe en su integridad con independencia del daño efectivamente sufrido, sin que sea necesario acreditar su existencia o cuantía; en este supuesto, la pena se convierte en una cuantificación anticipada y cerrada de la responsabilidad derivada del incumplimiento y el deudor no puede liberarse alegando la inexistencia o menor entidad del perjuicio. En segundo lugar, existe una modalidad más sofisticada y menos frecuente, que exige una previsión contractual clara y expresa, en virtud de la cual la pena pactada actúa como una estimación inicial de los daños, pero se admite la posibilidad de corrección según las circunstancias del caso³⁴; en esta hipótesis, el contrato puede prever que el deudor tenga la facultad de acreditar que el daño real ha sido menor al importe de la pena estipulada, solicitando su reducción; o, por el contrario, que el acreedor pueda probar la existencia de un daño superior, legitimando así una eventual reclamación adicional³⁵.

3. Cláusula penal penitencial o de desistimiento: En esta figura, la pena funciona como una contraprestación económica para el ejercicio del derecho de desistimiento unilateral, cuando así ha sido expresamente pactado. La naturaleza de esta cláusula ha sido discutida, dado que algunos sectores doctrinales la excluyen del ámbito de la cláusula penal propiamente dicha³⁶, por considerarla más bien una estipulación que permite la resolución unilateral. Sin embargo, otras corrientes doctrinales sostienen que debe incluirse en la categoría de cláusula penal, ya que representa la sanción pactada frente al perjuicio sufrido por la parte cumplidora como consecuencia del desistimiento³⁷.

Además, la doctrina ha elaborado una clasificación complementaria en función del tipo de incumplimiento que desencadena la aplicación de la cláusula penal, aunque esta tipología no se recoge expresamente en el Código Civil. Según este criterio, pueden distinguirse cuatro modalidades³⁸: 1. Pena pactada para el incumplimiento total, cualquiera que sea su causa. 2. Pena pactada para el incumplimiento total por causas determinadas. 3. Pena pactada para el incumplimiento de obligaciones específicas dentro de un conjunto contractual. 4. Pena pactada para el retraso en el cumplimiento. Cada una de estas variantes plantea cuestiones interpretativas y prácticas, especialmente en relación con la posibilidad de acumular la pena con otras acciones indemnizatorias, la compatibilidad con la resolución contractual y los límites derivados de la buena fe y la función social del contrato.

Conviene también distinguir la cláusula penal de las arras, a pesar de que ambos mecanismos cumplen funciones preventivas y sancionadoras. El Código Civil regula la figura de las arras en el artículo 1454 CC, en el contexto de la compraventa. Según este precepto, si una de las partes ha entregado a la otra una suma de dinero o cosas fungibles en concepto de arras, el contrato podrá resolverse, quedando la parte que las entregó sujeta a perderlas o, en el caso contrario, el receptor obligado a devolverlas duplicadas. Por su parte, el Código de Comercio también prevé la figura de las arras, diferenciando entre las arras penales y las confirmatorias reguladas, respectivamente, en los artículos 83 y 343.

La diferencia sustancial entre la cláusula penal y las arras radica en la naturaleza jurídica del pacto: las arras son un pacto de naturaleza real, que exige la entrega material de la cosa o dinero para su perfección, mientras que la cláusula penal es un pacto puramente obligacional que se incorpora como previsión accesoria³⁹ dentro de un acuerdo contractual.

Las arras⁴⁰, cuyo carácter real exige la entrega efectiva del objeto para su operatividad, se clasifican en tres categorías según la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴¹: Las arras confirmatorias, que actúan como prueba de la celebración del contrato o como principio de ejecución; las arras penales que tienen una función garantista, de modo que, en caso de incumplimiento, la parte que las entregó las pierde y, en caso contrario, el receptor debe devolverlas dobladas; por último, las arras penitenciales, expresamente reconocidas en el artículo 1454 CC, que permiten a las partes desistir del contrato mediante la pérdida o restitución doblada de lo entregado, a diferencia de la cláusula penal, que despliega sus efectos ante el incumplimiento sin requerir ejecución inmediata, las arras operan desde el momento de su entrega y pueden desempeñar tanto una función de refuerzo del contrato como un mecanismo de desvinculación pactada, según la voluntad de las partes.

En otro orden de cosas, la cláusula penal plantea cuestiones relevantes respecto a su función económica, su compatibilidad con la libertad contractual y sus límites derivados del orden público y la buena fe contractual. La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que las cláusulas penales deben interpretarse restrictivamente, y que su aplicación no puede derivar en situaciones de enriquecimiento injusto o desequilibrio patrimonial injustificado.

II. EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: DE LA PMOC 2009 A LA PRMOC 2023

La cláusula penal, históricamente concebida como un instrumento accesoriamente vinculado a la obligación principal, ha experimentado en las últimas dé-

cadadas un proceso de revisión y transformación conceptual que ha quedado reflejado en los textos más recientes de Derecho comparado, y en el caso español en las propuestas de reforma del Derecho de las obligaciones. Tanto la Propuesta de Modernización de las Obligaciones y los Contratos de 2009 (PMOC 2009) como la más reciente Propuesta Revisada para la Modernización del Código Civil de 2023 (PRMOC 2023) evidencian una voluntad clara de actualizar y matizar el régimen jurídico de la cláusula penal, adaptándolo a las exigencias de la práctica contractual contemporánea y a una concepción más funcional y flexible de los remedios ante el incumplimiento⁴².

La PMOC 2009 mantuvo la regulación de la cláusula penal dentro del ámbito de las clases de obligaciones, situándola entre los artículos 1146 y 1152⁴³. Como ya se dijo, esta ubicación respondía a la visión tradicional según la cual la cláusula penal forma parte del entramado de las obligaciones, constituyendo un acuerdo accesorio que fija las consecuencias del incumplimiento. Además, en su artículo 1146.2, la PMOC preveía la posibilidad de la llamada cláusula penal de desistimiento, estableciendo que “El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida”; figura que se mantuvo bajo el concepto de cláusula penal.

Sin embargo, la propuesta de 2023 ha introducido un cambio sustancial en la citada estructura normativa: la cláusula penal se reubica en los artículos 1195 a 1198, en la sección sexta del capítulo VI del Título I, dedicada expresamente al incumplimiento de las obligaciones y sus remedios. Este desplazamiento no es meramente sistemático, sino que implica un cambio conceptual profundo, subrayando que la cláusula penal debe ser entendida principalmente como un instrumento incardinado en el sistema de remedios contractuales⁴⁴.

La rúbrica del artículo 1195 de la PRMOC 2023, titulada “Prestación convenida para el incumplimiento del contrato”, es particularmente reveladora. Este título refleja que la función central de la cláusula penal es la estimación ex ante del daño, aunque sin excluir otras funciones complementarias, tales como la presunción del daño o la función punitiva en sentido estricto, como se destaca expresamente en la exposición de motivos. Se reconoce, así, el carácter plural y polifuncional de la cláusula penal, cuya naturaleza híbrida ha sido fuente constante de debate doctrinal, tal y como ya se ha explicado.

La PMOC 2009 había avanzado en la clarificación de estas funciones, al establecer que “la prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal”. Este enfoque permitía distinguir entre, por un lado, la cláusula de determinación anticipada del daño, que permite al acreedor obtener una prestación específica sin

necesidad de acreditar el daño efectivamente sufrido; y, por otro lado, la cláusula penal en sentido estricto, entendida como una sanción adicional que se impone al deudor incumplidor, sin finalidad indemnizatoria. No obstante, la propuesta de 2009 no resolvía algunos interrogantes fundamentales, tales como la posibilidad de acumular la pena convencional con la indemnización por daños y perjuicios efectivamente acreditados⁴⁵.

La PRMOC 2023 ha avanzado de manera significativa en la precisión de estas cuestiones. En primer lugar, define la cláusula de determinación anticipada del daño como “la prestación convenida para el incumplimiento definitivo, el retraso o el cumplimiento no conforme del contrato”. Esta definición subraya su carácter indemnizatorio, orientado a sustituir la prueba del daño mediante su cuantificación anticipada pactada por las partes. En segundo lugar, la propuesta de 2023 reconoce expresamente la coexistencia de otras modalidades contractuales, tales como la cláusula que denomina de pena convencional, que actúa como una prestación adicional a cargo del deudor incumplidor, y la cláusula de evaluación presuntiva del daño, que establece una presunción *iuris tantum* del perjuicio sufrido, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Uno de los aspectos más innovadores y relevantes de la PRMOC 2023 es la aclaración explícita de que “la reclamación de la pena convencional no excluye la de los daños probados o anticipadamente estimados, salvo una voluntad en contrario de las partes o que la cantidad reclamada sea notoriamente desproporcionada” (art. 1196.2.). Esta disposición resuelve de forma definitiva las dudas interpretativas que persistían en el régimen propuesto en 2009, ofreciendo un marco jurídico más seguro y coherente. Se consagra así la posibilidad de acumulación, salvo pacto contrario o límite de proporcionalidad, lo que otorga mayor protección al acreedor sin menoscabar los principios de equidad y limitación del abuso.

Por otra parte, la PRMOC 2023 reubica las arras en una ubicación normativa diferente, alejándolas de la regulación de la cláusula penal, al situar aquellas entre los efectos del contrato. Esta separación dogmática es especialmente acertada, dado que las arras tienen una función propia y autónoma, vinculada a la celebración, formalización, y eficacia del contrato en su fase inicial. La propuesta de 2023 establece, además, que las arras, salvo manifestación expresa en contrario, se imputarán a la prestación debida y constituirán prueba de la conclusión del contrato, reforzando así su función confirmatoria.

Un aspecto destacado de la PRMOC 2023 es la regulación específica, en el artículo 1198, de lo que denomina “obligación facultativa”, que es, en realidad, la cláusula penal de desistimiento. Dicho precepto establece que “El deudor tendrá derecho a sustituir el cumplimiento de la obligación por una prestación distinta cuando el título del que surge la obligación o la ley la determine y le atribuya esa

función”. Aunque la regulación no altera sustancialmente el régimen previo, sí establece de manera inequívoca que se trata de una obligación facultativa para el deudor, confirmando un resultado ya clarificado por la doctrina. Sin embargo, la elección del título de “obligación facultativa”⁴⁶ no parece la más afortunada, pues podría inducir a pensar, erróneamente, que dicho artículo contiene la regulación general de este tipo de obligaciones⁴⁷, cuando lo cierto es que su objeto es exclusivamente la previsión de la pena para el caso de desistimiento, por lo que habría sido preferible mantener la denominación de cláusula penal de desistimiento, evitando así posibles ambigüedades interpretativas.

En definitiva, el tránsito de la regulación tradicional a la propuesta de reforma de 2023 refleja una evolución hacia un modelo más flexible y adaptado a la complejidad del tráfico jurídico moderno. La cláusula penal, en este nuevo contexto, se configura como una herramienta esencial para la gestión del riesgo contractual, la prevención de conflictos y la protección de las expectativas legítimas de las partes. La pluralidad de funciones reconocida en la PRMOC 2023, junto con la posibilidad de acumulación de la pena con la indemnización adicional y el establecimiento de mecanismos de control judicial, responde a una visión dinámica y equilibrada del Derecho de las obligaciones, que busca conjugar seguridad jurídica⁴⁸, justicia contractual y flexibilidad interpretativa.

III. TIPOS DE CLÁUSULAS PENALES REGULADAS EN LA PRMOC DE 2023

La PRMOC de 2023 establece una clasificación estructurada de las cláusulas penales, distinguiendo tres tipos propiamente dichos, a los que se añade una cuarta figura, regulada bajo la denominación de obligación facultativa, que en realidad responde a la función de cláusula penal de desistimiento.

Las tres cláusulas penales propiamente dichas se dividen en: cláusulas de estimación anticipada del daño, cláusulas de estimación presuntiva del daño y penas convencionales. Todas ellas comparten la característica de ser pactos que establecen una prestación específica para el caso de incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso de una obligación principal, si bien presentan diferencias sustanciales en su función y en el régimen jurídico.

La cláusula de estimación anticipada del daño tiene como objetivo fijar, de antemano y de manera definitiva, la cuantía indemnizatoria derivada del incumplimiento. Su rasgo distintivo es que impide al acreedor reclamar una compensación superior a la acordada, incluso si el daño efectivamente sufrido resulta mayor. En contraposición, la cláusula de estimación presuntiva del daño introduce un criterio más flexible, permitiendo que la cantidad fijada opere como una

presunción iuris tantum, es decir, como una base que puede ser superada si el acreedor prueba que el perjuicio real ha sido mayor. Esta segunda tipología constituye una de las novedades más relevantes de la PRMOC 2023, al ofrecer una solución intermedia entre la certeza cuantitativa y la tutela efectiva del acreedor.

Por su parte, la que aquí se llama pena convencional se configura como una obligación accesoria de naturaleza sancionatoria, cuyo propósito no es tanto indemnizar los daños sufridos, sino penalizar el incumplimiento mediante la imposición de una carga adicional para el deudor. A diferencia de las dos categorías anteriores, esta cláusula no limita la posibilidad del acreedor de exigir el resarcimiento si demuestra la existencia del daño. La pena convencional adquiere así un matiz claramente coercitivo, funcionando como un mecanismo de presión para garantizar el cumplimiento del contrato.

A estas tres categorías se añade una cuarta figura que, aunque no es denominada explícitamente como cláusula penal, cumple sustancialmente una función análoga: es la obligación facultativa prevista en el artículo 1198, a la que ya me he referido anteriormente para explicar que esta disposición regula, en esencia, la pena por desistimiento, permitiendo que una de las partes del contrato se libere de su obligación principal mediante el pago de una suma o el cumplimiento de una prestación sustitutiva. La peculiaridad de esta cláusula ha llevado a la reforma a ubicarla en un precepto diferenciado y específico, generando interrogantes sobre su régimen jurídico y su compatibilidad con las normas generales de las genuinas cláusulas penales. En particular, plantea dudas sobre la aplicabilidad de las disposiciones sobre modificación judicial (art. 1197) y compatibilidad con otros remedios (art. 1196), dado su encaje conceptual como un mecanismo de salida contractual más que como una sanción ante el incumplimiento.

Si bien comúnmente se asume que la prestación derivada de las cláusulas penales posee naturaleza eminentemente pecuniaria, no puede descartarse que las partes estipulen una prestación de distinta índole. Este criterio encuentra fundamento tanto en el tenor literal del artículo 1195 PRMOC 2023, que se refiere de manera amplia a la “prestación convenida”, como en el artículo 1198, que emplea la expresión “una prestación distinta”. En consecuencia, la cláusula penal puede configurarse no solo como pecuniaria, sino también en términos más amplios, previendo la entrega de una cosa —ya sea específica o genérica— o incluso la asunción de una obligación de hacer⁴⁹. Esta interpretación no solo amplía de manera significativa el alcance y la operatividad de las cláusulas penales, sino que también refuerza el principio de autonomía de la voluntad, permitiendo que su contenido se adapte a las particularidades de cada relación jurídica, dentro de los límites de licitud y viabilidad jurídica. En este sentido, la flexibilidad intrínseca de estas cláusulas se erige como un mecanismo eficaz de tutela y previsión ante

el incumplimiento, consolidando su capacidad para ajustarse a los objetivos específicos perseguidos por las partes en el marco de sus relaciones contractuales.

Un elemento fundamental que caracteriza a todas las cláusulas penales, sin importar su tipología, es su naturaleza accesorio en el sentido señalado en la primera parte de este trabajo, es decir, que su existencia está intrínsecamente vinculada a una obligación principal cuyo incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso constituye su presupuesto lógico y jurídico; este carácter implica que la validez de la cláusula penal depende de la validez de la obligación principal.

La accesoriedad no debe interpretarse de manera restrictiva, limitándola únicamente a las relaciones contractuales. Aunque tradicionalmente se asocia con contratos, las cláusulas penales, al ser un pacto que genera una obligación secundaria, puede perfectamente vincularse a obligaciones cuya fuente sea diversa. En este sentido, nada impide, desde una perspectiva teórica y práctica, que se utilice una cláusula penal para reforzar el cumplimiento de una obligación derivada de un negocio unilateral o de una obligación legal, por ejemplo.

Adicionalmente, el carácter flexible y adaptable de la teoría de las cláusulas penales abre la posibilidad de su aplicación en otros ámbitos jurídicos, como el Derecho sucesorio. En este campo, el testador, en ejercicio de su autonomía, podría incluir cláusulas penales en su testamento para garantizar el cumplimiento de disposiciones específicas⁵⁰.

IV. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO

IV.1. FUNCIÓN Y EFECTOS

La cláusula de estimación anticipada del daño constituye la figura principalmente regulada en la PRMOC de 2023 y recoge la regulación aplicable cuando las partes no le han atribuido una función distinta. Esto implica que, en ausencia de una manifestación expresa de voluntad e incluso en situaciones de duda que no puedan resolverse mediante interpretación, la cláusula penal debe entenderse como un mecanismo de estimación anticipada del daño.

Su función esencial radica en la determinación previa de la prestación—generalmente de naturaleza pecuniaria—que el deudor estará obligado a satisfacer en caso de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o retraso. A través de esta cláusula, las partes determinan de antemano una prestación (generalmente una cantidad específica de dinero) que el deudor estará obligado a abonar al acreedor, eximiéndolo así de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Sin duda y siguiendo la estela de los textos del *soft law*⁵¹ que han servido de inspiración a la PRMOC de 2023, es la función que principalmente se

contempla en esta, y la que se encuentra en la mayoría de los códigos europeos, que suelen hacer referencia a la figura⁵².

Desde un punto de vista práctico, esta cláusula otorga una ventaja significativa al acreedor, ya que simplifica el proceso de reclamación de la indemnización derivada del incumplimiento de la obligación, al eliminar la necesidad de demostrar la existencia y cuantía del daño. Al mismo tiempo, ofrece al deudor una previsión clara de su responsabilidad potencial, lo que contribuye a una mayor seguridad jurídica para ambas partes.

No obstante, esta utilidad puede adquirir un significado diferente cuando se traslada al ámbito de la competencia entre empresas: en tales contextos, una cláusula penal no solo cumple una función compensatoria, e incluso disuasoria, sino que puede transformarse en un instrumento de cierre del mercado o de exclusión de competidores, especialmente si se integra en estrategias contractuales que refuercen posiciones dominantes o desincentiven la movilidad de clientes y proveedores⁵³. Por ello, su validez y efectos deben analizarse con especial cautela a la luz del Derecho de la competencia.

Conviene además tener presente que esta misma naturaleza de la cláusula implica ciertas limitaciones. Una vez que la cuantía del daño ha sido fijada de manera anticipada, el acreedor no puede reclamar una compensación adicional, incluso si los daños reales sufridos superan el importe pactado. De este modo, si las pérdidas efectivas derivadas del incumplimiento son significativamente mayores, el acreedor no podrá solicitar una indemnización superior a la cantidad previamente acordada.

Cabe destacar que se trata de una cláusula que posee una componente esencialmente aleatoria, puesto que, en función de si el daño estimado resulta ser mayor o menor que el daño efectivo, puede favorecer al deudor⁵⁴ o al acreedor. Por ello, es indispensable proceder con prudencia y cautela al determinar anticipadamente el daño, evaluando detenidamente todos los elementos que pudieran incidir en su cuantificación para evitar desequilibrios injustificados entre las partes.

En el Código Civil vigente es opinión comúnmente aceptada que, en el caso de cláusulas penales de naturaleza sustitutoria, el acreedor puede reclamar un daño mayor al pactado si logra probar que el incumplimiento ha sido doloso⁵⁵, aplicando la disposición contenida en el artículo 1102⁵⁶ del Código Civil⁵⁷. Surge entonces la cuestión de si esta solución debe mantenerse también en la PRMOC de 2023, que recoge en su artículo 1193.2 una norma de contenido sustancialmente similar⁵⁸.

La cuestión presenta cierta complejidad, ya que la PRMOC de 2023 distingue expresamente entre la cláusula penal con función sustitutoria y aquella que opera como presunción de daño, lo que refleja la voluntad del legislador de delimitar con precisión los efectos jurídicos de cada tipo y de restringir la posi-

bilidad de reclamar daños adicionales a los casos en que así se haya previsto de forma expresa.

Por otro lado, el artículo 1193.2 declara nulas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario. Si se entiende que la expresión “voluntario” alude en realidad al dolo⁵⁹, podría abrirse la cuestión de si, en tales supuestos, el acreedor estaría legitimado para reclamar un daño superior al previsto en la cláusula penal.

No obstante, puede considerarse que no existe tal exclusión prohibida cuando se pacta una cláusula penal liquidatoria, ya que esta actúa como un remedio anticipado de carácter indemnizatorio, configurado por las partes en ejercicio de su autonomía. Lejos de excluir la responsabilidad, esta cláusula define previamente su alcance, proporcionando seguridad jurídica y evitando disputas sobre la cuantificación del daño. Desde esta perspectiva, solo cuando exista un pacto expreso y claro que permita reclamar una indemnización mayor en caso de dolo cabría excepcionar el carácter cerrado de la cláusula. En su ausencia, la solución más coherente con el esquema de la reforma parece ser la de atribuir a la cláusula penal un valor definitivo, incluso en caso de incumplimiento doloso, evitando así una interpretación extensiva de la nulidad que vacíe de contenido el pacto indemnizatorio alcanzado por las partes.

En su configuración legal, la exigibilidad de esta cláusula de estimación anticipada del daño está condicionada a la ausencia de una causa de exoneración que justifique el incumplimiento del deudor; ello es lógica consecuencia de su carácter indemnizatorio⁶⁰, pues este remedio no procede cuando el deudor no está obligado a indemnizar el daño por no serle a él imputable⁶¹. Según el artículo 1195.2 PRMOC de 2023, si el deudor puede demostrar una causa válida de exoneración, no estará obligado a cumplir con la prestación establecida en la cláusula, lo que cohonesta con lo establecido en el artículo 1191.1 PRMOC de 2023.

Esta última norma establece, de forma precisa y detallada, las excepciones a la obligación de indemnizar. En particular, se prevé la exoneración del deudor cuando el incumplimiento se deba a un impedimento ajeno a su voluntad o cuando, conforme al contrato, la buena fe y los usos, no le correspondiese prever, evitar o superar dicho impedimento⁶². Además, se contempla la obligación del deudor de comunicar inmediatamente la concurrencia de un hecho impeditivo, sin renunciar a que el acreedor pueda ejercitar otros remedios contractuales.

Es innegable que esta norma plantea una cuestión crucial relativa a su eventual carácter imperativo. En una primera lectura, podría sostenerse que nos hallamos ante una disposición de orden público, dirigida a excluir la indemnización en determinados supuestos y, por tanto, no disponible para la autonomía privada. Esta interpretación, sustentada en la finalidad preventiva o disuasoria de ciertos remedios indemnizatorios, reforzaría la idea de una prohibición absoluta y no de-

rogable por voluntad de las partes. No obstante, un examen más riguroso permite matizar esta conclusión.

Si se adopta una concepción estricta de norma imperativa —según la cual una disposición sólo puede reputarse tal cuando representa el único medio jurídicamente admisible para la realización del principio que encarna—, cabe cuestionar el carácter inderogable del contenido del artículo 1191 PRMOC de 2023. En este sentido, podría sostenerse que la misma deja margen para una configuración convencional distinta, en virtud de la cual las partes estarían habilitadas para prever contractualmente una pena, incluso en situaciones en las que, conforme al tenor literal de la norma, no procedería indemnización alguna. Desde esta perspectiva, la cláusula penal actuaría como instrumento de tutela alternativa, no excluida ex ante por el ordenamiento.

Ahora bien, se plantea entonces una cuestión adicional: ¿puede seguir calificándose como “cláusula penal” una previsión que, además de cumplir una función liquidatoria del daño, opere como garantía convencional de un riesgo asumido por las partes? Estimo que, en tales supuestos, la pena contractual se dotaría de una naturaleza híbrida, que trasciende su función tradicional para asumir un perfil bifronte: por un lado, mecanismo de anticipación del resarcimiento; por otro, instrumento de aseguramiento del interés negocial. La cláusula penal, así concebida, se alejaría del esquema clásico y se aproximaría a un acuerdo de naturaleza compleja, orientado a gestionar ex ante los efectos de un eventual incumplimiento, con independencia de su calificación jurídica formal. La pena adquiriría, además, una función de garantía, transformándose en un acuerdo de naturaleza mixta que combina la liquidación del daño con una función aseguradora del riesgo.

Finalmente, como se aclarará más adelante, la parte perjudicada no podrá reclamar la indemnización pactada si ejercita con éxito su pretensión de cumplimiento o la subsanación del cumplimiento defectuoso, pero siempre podrá reclamar, como señala en general el artículo 1196.1 PRMOC 2023, la prestación pactada por el retraso⁶³.

IV.2. LA NECESARIA RAZONABILIDAD DE LA CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO

Como se ha dicho, la cláusula de estimación anticipada del daño desempeña un papel crucial en el ámbito contractual al permitir a las partes determinar de manera previa y consensuada el monto de la indemnización que el deudor incumplidor deberá pagar al acreedor en caso de incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso. Su principal función radica en proporcionar una solución

anticipada a los posibles conflictos derivados del incumplimiento, eliminando la necesidad de que el acreedor deba probar la existencia y cuantía del daño en un proceso judicial posterior. Este enfoque no solo aporta seguridad jurídica, sino que también ahorra tiempo y recursos tanto para las partes como para el sistema judicial.

Una característica esencial de esta cláusula es que permite a las partes prever, con antelación, las consecuencias económicas de un posible incumplimiento. Esto facilita una gestión de riesgos más eficaz y transparente, especialmente en contratos de naturaleza compleja o de larga duración. Sin embargo, para que esta previsión sea válida y útil, es indispensable que el monto estipulado sea razonable, es decir, que guarde una relación adecuada con el tipo de incumplimiento previsto y con la economía general del contrato.

Si la cuantía pactada fuera irrisoria, la cláusula podría desvirtuar su propósito original y convertirse en suerte de mecanismo de libre reembolso para el deudor o incluso de dejar el cumplimiento de las obligaciones a su voluntad; el deudor podría optar por incumplir deliberadamente el contrato, sabiendo que de hacerlo solo estaría obligado a pagar una cantidad insignificante, lo que podría socavar la propia idea del contrato como vinculación basada en el acuerdo suficiente (art. 1218 PMOC) y generar un desequilibrio significativo en la relación entre las partes. En este sentido, el artículo 1197, párrafo segundo, de la PRMOC de 2023 dispone que “La autoridad judicial, a petición del acreedor, declarará nula la cláusula de estimación anticipada del daño cuando, por su cuantía irrisoria, deja al arbitrio del deudor el cumplimiento del contrato”.

Incluso cuando exista una cláusula penal expresamente pactada, cabe sostener que una estipulación irrisoria podría ser nula por contravenir la prohibición del artículo 1102 CC, que impide excluir o limitar la responsabilidad en caso de dolo. Aunque esta disposición se refiere únicamente al dolo, la cuestión de su aplicabilidad a los supuestos de culpa sigue siendo debatida, especialmente a la luz de la ambigüedad del artículo 1102 CC.

La doctrina tiende a equiparar la culpa lata al dolo, por lo que en los casos de culpa grave se suele excluir sin mayores dudas la validez de las cláusulas que pretendan limitar o exonerar la responsabilidad del deudor⁶⁴. La verdadera zona de incertidumbre doctrinal se sitúa en los supuestos de culpa leve: si bien la mayoría de los autores acepta la validez de pactos que excluyan la responsabilidad por dicha modalidad culposa, una parte minoritaria de la doctrina afirma su nulidad, defendiendo que cualquier pacto que excluya o atenúe la responsabilidad por incumplimiento— vulnera los principios de buena fe y de protección del acreedor⁶⁵. Desde esta perspectiva, la irrisoriedad no se considera una mera desproporción económica, sino una forma inadmisibles de eludir anticipadamente la responsabilidad contractual.

En esta línea, adquiere particular relevancia la previsión contenida en el artículo 1193.2 de la PRMOC de 2023 que parece consolidar una línea interpretativa orientada a proteger la integridad del consentimiento contractual y la funcionalidad disuasoria de las sanciones previstas para conductas particularmente reprochables. Desde esta perspectiva, no puede soslayarse que una cláusula penal de cuantía simbólica o meramente nominal podría devenir incompatible con el principio de inderogabilidad, por cuanto supondría, en la práctica, una exclusión encubierta de la responsabilidad. De ahí que, la estipulación de una pena irrisoria pueda vulnerar el orden público contractual, en cuanto desnaturaliza la función reparadora y preventiva atribuida a la cláusula penal.

Es importante subrayar que la nulidad de este tipo de cláusulas no puede ser declarada de oficio por la autoridad judicial. Solo puede proceder si el acreedor presenta una solicitud específica, lo que subraya el carácter dispositivo de esta norma y respeta la autonomía de las partes en la relación contractual.

En el otro extremo del espectro, la razonabilidad de la cláusula también puede cuestionarse cuando el monto pactado es excesivamente oneroso para el deudor. Una prestación desproporcionadamente elevada puede alterar el equilibrio contractual, conocido como sinalagma, al imponer al deudor una carga económica desmedida y, en muchos casos, injustificada. Para dar respuesta a esta cuestión, de naturaleza clásica en la materia que nos ocupa, el artículo 1197, párrafo primero, de la PRMOC de 2023 establece que “La autoridad judicial, a petición del deudor, modificará equitativamente ... las indemnizaciones convenidas cuya cuantía sea notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido”.

Esta disposición representa una innovación significativa respecto al régimen vigente de la cláusula penal, en el cual la única norma que contempla la moderación judicial se encuentra en el artículo 1154 CC. Dicho precepto, como ya se ha explicado, permite la intervención de la autoridad judicial exclusivamente en los supuestos en que, habiéndose pactado una cláusula penal para el incumplimiento de la obligación, el deudor haya ejecutado parcialmente o de manera irregular la prestación principal⁶⁶.

Dada la dificultad de aplicar analógicamente⁶⁷ el artículo 1154 CC —considerado de interpretación estricta— la doctrina tradicionalmente había postulado que, —salvo en aquellos supuestos en los que la revisión pudiera fundamentarse en la cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁸— en supuestos de desproporción manifiesta, el único recurso viable era acudir al artículo 1255 CC, argumentando que una cláusula penal exorbitante transgrede los límites de la autonomía contractual⁶⁹. Sin embargo, esta solución resultaba excesiva, pues conducía a la nulidad íntegra de la cláusula, lo que suponía un remedio desproporcionado. Junto a esta vía, se han propuesto también otras fundamentaciones⁷⁰: el artículo 1103 CC acogido

por la jurisprudencia de forma muy restrictiva⁷¹, el principio de buena fe del artículo 1258 CC⁷², la ausencia o inexistencia de causa⁷³, el ejercicio abusivo del derecho conforme al artículo 7.2 CC⁷⁴.

Bajo esta nueva perspectiva, la norma introducida por la PRMOC de 2023 aporta una respuesta equilibrada a un problema de indudable relevancia práctica, permitiendo la intervención judicial para ajustar equitativamente la cláusula penal sin necesidad de anularla por completo.

Al igual que en el caso de las cláusulas irrisorias, la intervención de la autoridad judicial no es automática⁷⁵. Es necesario que el deudor solicite expresamente la modificación de la cuantía, lo que garantiza que la autoridad judicial actúe únicamente cuando una de las partes lo considere necesario para proteger sus derechos. Este poder otorgado a la autoridad judicial cumple una doble función: primero, permite corregir aquellas cláusulas que, desde su origen, sean manifiestamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido por el acreedor; segundo, ofrece un mecanismo para ajustar cláusulas que, aunque inicialmente razonables, resulten desproporcionadas en el caso concreto debido a circunstancias sobrevenidas o particulares del incumplimiento.

El artículo 1197 de la PRMOC de 2023 no reproduce exactamente la previsión contenida en el artículo 1154 CC. No parece que esta falta de reproducción sea producto de un olvido⁷⁶, ni que su omisión genere una laguna normativa, dado que no cabe duda de que el supuesto originalmente regulado en el artículo 1154 CC puede considerarse comprendido dentro de la disposición contenida en la PRMOC de 2023, en la medida en que permite a la autoridad judicial reducir una indemnización “notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido”⁷⁷.

Debe entenderse que una indemnización es notoriamente desproporcionada no solo cuando dicha desproporción existe desde el inicio, es decir, desde el momento de la estipulación de la cláusula indemnizatoria, sino también cuando la desproporción es sobrevenida y depende del hecho de que las partes hayan previsto contractualmente una liquidación del incumplimiento que, en el caso concreto, se haya revelado como notoriamente excesiva debido a un incumplimiento parcial o a otra circunstancia. Este razonamiento se sustenta en la función correctora que la norma atribuye a la intervención judicial en materia de indemnizaciones, pues la posibilidad de reducción no debe quedar circunscrita únicamente a los casos en los que la cláusula indemnizatoria sea excesiva en abstracto, sino también a aquellos en los que, por ejemplo, la ejecución parcial del contrato haya generado una desproporción evidente entre la indemnización pactada y el perjuicio efectivamente sufrido.

Por tanto, aunque el artículo 1197 PRMOC de 2023 no reproduzca expresamente la regla del artículo 1154 CC, ello no impide que su espíritu corrector siga vigente en virtud del principio general de moderación equitativa de indemniza-

ciones desproporcionadas, que es el que fundamenta la intervención judicial en esta materia.

Por último, es preciso subrayar que la disposición contenida en el artículo 1197.1 del PRMOC de 2023, en la medida en que otorga a la autoridad judicial la facultad de modificar equitativamente la indemnización pactada cuando su cuantía resulte notoriamente desproporcionada, no entra en contradicción con el régimen establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)⁷⁸. En particular, el artículo 85.6 TRLGDCU⁷⁹ tipifica como abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor o usuario una indemnización desproporcionadamente alta⁸⁰ en caso de incumplimiento de sus obligaciones⁸¹.

Si se pretendiera sostener que la noción de “notoriamente desproporcionada” debe entenderse de manera distinta y menos rigurosa que la de “desproporcionadamente alta” —aunque, a nivel conceptual, ambas expresiones parecen bastante próximas—, habría que concluir que, en los casos en que una indemnización pueda considerarse notoriamente desproporcionada pero no desproporcionadamente alta, la cláusula en cuestión no podría ser directamente calificada como abusiva conforme al artículo 85 TRLGDCU. No obstante, ello no excluiría la posibilidad de que el consumidor solicitara su reducción equitativa en virtud de la facultad moderadora conferida a la autoridad judicial.

En cualquier caso, la posibilidad de modificar la indemnización no supone que la cláusula quede automáticamente excluida del ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos sometidos a la legislación especial de consumidores. En efecto, aunque no encaje estrictamente dentro del catálogo del artículo 85 TRLGDCU, todavía podría ser declarada abusiva con base en el artículo 82 del mismo cuerpo normativo. Este último precepto establece una definición general de cláusula abusiva, caracterizándola como aquella que, en perjuicio del consumidor, genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato. En consecuencia, incluso en aquellos supuestos en los que una indemnización notoriamente desproporcionada no alcance el umbral de “desproporcionadamente alta”, seguiría siendo susceptible de ser declarada abusiva si, en el caso concreto, se demuestra que afecta significativamente al equilibrio contractual en detrimento del consumidor⁸².

Distinta debe ser la consideración cuando se trata de cláusulas penales que dificultan o restringen el Derecho del consumidor y usuario a poner fin a contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado. Tales estipulaciones son calificadas como abusivas con independencia de que hayan sido o no objeto de negociación individual, conforme a lo previsto en los artículos 62.5 y 87.6 TRLGDCU⁸³. En este supuesto, ya no se está ante una cuestión de moderación judicial de la cláusula penal, sino ante un problema

de invalidez radical, determinada no tanto por la desproporción de su contenido cuanto por la finalidad contraria a Derecho que persigue: obstaculizar el legítimo ejercicio del derecho de desistimiento unilateral del consumidor⁸⁴. Se trata, por tanto, de una nulidad estructural que afecta a la cláusula en su misma esencia, y no de una mera corrección cuantitativa de su contenido.

En resumen, la cláusula de estimación anticipada del daño es una herramienta contractual de gran utilidad que, cuando se diseña y aplica correctamente, proporciona un equilibrio entre la previsión y la equidad. No obstante, su efectividad depende de que las partes negocien de buena fe y establezcan montos razonables que reflejen adecuadamente la naturaleza y el alcance de los posibles incumplimientos. La regulación contenida en la PRMOC de 2023 refuerza este equilibrio al otorgar a la autoridad judicial facultades para intervenir en casos extremos, protegiendo tanto al acreedor como al deudor de situaciones de abuso o desproporción evidente.

V. CLÁUSULA DE ESTIMACIÓN PRESUNTIVA DEL DAÑO

V.1. FUNCIÓN Y EFECTOS

La cláusula de estimación presuntiva del daño, verdadera innovación introducida por PRMOC de 2023, constituye una figura de notable interés teórico y práctico dentro del régimen de responsabilidad contractual. A diferencia de la cláusula de estimación anticipada —que fija de forma definitiva y vinculante el importe de la indemnización en caso de incumplimiento—, la cláusula presuntiva establece una cuantía inicial que opera *iuris tantum*, es decir, como presunción que admite prueba en contrario.

Esta previsión contractual se concibe como un mecanismo de flexibilidad, que permite ajustar la cuantía de la indemnización a las circunstancias efectivamente acontecidas. En tal sentido, una de sus principales ventajas radica en que faculta al acreedor para reclamar un resarcimiento superior al importe presumido, siempre que logre acreditar, mediante prueba suficiente, que los daños efectivamente sufridos exceden la cifra pactada. Esta facultad resarcitoria ampliada responde a una lógica de justicia material y de adecuación indemnizatoria al perjuicio real, en línea con el principio general de reparación integral del daño.

Simultáneamente, la cláusula suscita una cuestión de notable calado: ¿está el deudor igualmente legitimado para demostrar que el daño sufrido por el acreedor ha sido inferior al estimado contractualmente, de modo que se justifique una reducción proporcional de la suma a pagar? Aunque la PRMOC de 2023 no aborda de forma expresa esta posibilidad, la naturaleza presuntiva de la cláusula parece reclamar, *ex aequo et bono*, la admisión de dicha facultad en favor del deudor. En tanto presunción *iuris tantum*, no puede negarse al obligado el derecho a destruir-

la mediante prueba en contrario, lo que evitaría que la cláusula operase como una forma encubierta de pena o como un instrumento de enriquecimiento injustificado del acreedor. De hecho, si el deudor logra probar de forma convincente que el daño ha sido inferior a la cifra estimada, no sólo debería tener derecho a pagar únicamente por el perjuicio real, sino que, en caso de haber abonado ya la suma presumida, podría legítimamente reclamar la restitución del exceso.

Ahora bien, esta conclusión, que fluye naturalmente del carácter presuntivo de la cláusula, no impide que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, introduzcan modulaciones convencionales. En efecto, nada obsta a que los contratantes, con plena conciencia y libertad, pacten que la cláusula, aunque presuntiva en su formulación, sólo pueda ser vencida por el acreedor y en el sentido de un eventual plus indemnizatorio. Dicho de otro modo: las partes pueden acordar que la presunción de daño opere de forma unilateral, en beneficio exclusivo del acreedor, quien podrá reclamar una mayor compensación si demuestra que el perjuicio sufrido excede el importe inicialmente estipulado, mientras que el deudor quedará privado de la posibilidad de acreditar que el daño ha sido menor.

Esta opción contractual, aunque excepcional, no resulta en principio contraria al orden público ni a los principios estructurales del Derecho de obligaciones, siempre que no conduzca a situaciones manifiestamente desproporcionadas o abusivas. En efecto, el respeto a la autonomía de la voluntad y la función de previsibilidad que cumple la cláusula justifican esta asimetría convencional, particularmente en contextos en los que el riesgo de incumplimiento y los costes probatorios recaen predominantemente sobre el acreedor. En tales casos, puede considerarse razonable que la cláusula de estimación presuntiva tenga un efecto one-sided, es decir, que opere como una presunción refutable únicamente por la parte que sufre el daño, sin que el deudor pueda invocar su carácter no vinculante para minimizar su responsabilidad.

Al igual que en la cláusula de estimación anticipada, la exigibilidad de la prestación pactada en la cláusula de estimación presuntiva está condicionada a la ausencia de una causa de exoneración en el incumplimiento⁸⁵.

En conclusión, la cláusula de estimación presuntiva del daño ofrece un equilibrio entre la previsión contractual y la adaptabilidad a las circunstancias reales, proporcionando una herramienta útil para abordar situaciones complejas en las relaciones contractuales.

V.2. INDEMNIZACIONES DESPROPORCIONADAS

La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1197 de la PR-MOC de 2023, previamente transcrita, podría aplicarse, en principio, también a

las cláusulas de estimación presuntiva del daño⁸⁶. Sin embargo, la singularidad de este tipo de estipulación plantea ciertos interrogantes sobre la pertinencia de la moderación judicial en este ámbito. En efecto, el precepto citado hace referencia explícita a “las indemnizaciones convenidas”, sin ofrecer una delimitación clara de su alcance ni precisar si comprende las cláusulas que operan sobre una base presuntiva.

Ahora bien, la conveniencia de dicha intervención judicial no resulta tan evidente en el contexto de las cláusulas de estimación presuntiva del daño. A diferencia de las cláusulas de liquidación anticipada, que establecen de manera definitiva la cuantía de la indemnización, las presuntivas introducen una presunción *iuris tantum* sobre la magnitud del perjuicio sufrido por el acreedor, permitiendo prueba en contrario. En consecuencia, el acreedor conserva la posibilidad de reclamar una compensación mayor si acredita que el daño efectivamente experimentado supera el importe presumido. De igual modo, como se ha señalado, el deudor tiene la facultad de demostrar que el perjuicio ha sido inferior y, en tal caso, exigir la restitución de la cantidad abonada en exceso.

No obstante, creo que la moderación judicial sigue desempeñando un papel relevante en este contexto. En aquellos casos en los que la indemnización derivada de una cláusula presuntiva resulte manifiestamente desproporcionada, el deudor podría recurrir a la autoridad judicial para solicitar un ajuste equitativo, incluso sin necesidad de acreditar que el daño realmente sufrido es sustancialmente menor. Este mecanismo, basado en los principios de proporcionalidad y equidad, confiere a la autoridad judicial la potestad de modular la cuantía indemnizatoria con el propósito de evitar desequilibrios y garantizar un marco contractual justo y razonable.

Tal potestad judicial adquiere especial relevancia en los supuestos en los que la cláusula ha sido concebida como presuntiva en beneficio exclusivo del acreedor, privando al deudor de la posibilidad de refutar la presunción mediante prueba en contrario. Pues, cuando el pacto establece que sólo el acreedor puede demostrar que el daño excede el importe inicialmente estimado, mientras que el deudor no puede acreditar que ha sido inferior, la intervención moderadora de la autoridad judicial se erige como una garantía esencial frente a eventuales abusos o efectos desproporcionados. En tal escenario, la imposibilidad convencional del deudor de vencer la presunción no puede traducirse en una sumisión absoluta a una indemnización claramente desmedida.

Desde esta perspectiva, el artículo 1197, apartado 1, de la PRMOC de 2023 constituye un instrumento esencial para corregir distorsiones y evitar consecuencias desmesuradas en la aplicación de cláusulas indemnizatorias. Si bien su impacto es más evidente en el ámbito de las cláusulas de estimación anticipada del daño, su aplicación a las cláusulas de valoración presuntiva no debe ser

descartada, pues contribuye a reforzar el principio de equilibrio en las relaciones obligatorias y refleja el compromiso del ordenamiento jurídico con un modelo de justicia basado en la racionalidad y la equidad.

Por otra parte, resulta más complejo sostener la aplicabilidad del segundo párrafo del artículo 1197 PRMOC de 2023 a las cláusulas de estimación presuntiva del daño. En efecto, el tenor literal de la norma se circunscribe exclusivamente a “la cláusula de estimación anticipada del daño”, sin contener referencia expresa alguna que permita inferir que también abarca las cláusulas estimativas presuntivas.

Además, atribuir a la autoridad judicial la facultad de declarar la nulidad de una cláusula que establezca una indemnización irrisoria carecería de sentido en este contexto. Mientras que en las cláusulas de estimación anticipada el monto indemnizatorio opera como un límite máximo, de modo que una cuantía excesivamente baja podría permitir al deudor incumplir sin consecuencias relevantes, en las cláusulas de estimación presuntiva dicho riesgo no se presenta. Dado que la determinación del daño sigue sujeta a prueba y eventuales reclamaciones adicionales, el acreedor conserva en todo momento la posibilidad de hacer valer el perjuicio realmente sufrido, lo que disipa la necesidad de recurrir a un régimen de nulidad en este supuesto.

En conclusión, aunque la moderación judicial puede desempeñar un papel significativo en el ámbito de las cláusulas de estimación presuntiva del daño, su función y alcance difieren sustancialmente de los aplicables a las cláusulas de estimación anticipada. En este sentido, extender el mecanismo de nulidad previsto en el segundo párrafo del artículo 1197 PRMOC de 2023 a este tipo de estipulaciones resultaría incompatible con la lógica subyacente a ambas figuras, comprometiendo la coherencia del sistema normativo en materia de responsabilidad contractual.

VI. PENA CONVENCIONAL

VI.1. FUNCIÓN Y EFECTOS

La pena convencional, denominación que utiliza el artículo 1195.1 PRMOC de 2023, se distingue de las cláusulas anteriores por su naturaleza disuasoria o incluso sancionatoria. A diferencia de las cláusulas de estimación del daño, que buscan compensar al acreedor por las pérdidas sufridas, la pena convencional tiene como objetivo principal incentivar el cumplimiento del deudor o desincentivar el incumplimiento, para lo cual lo penaliza acarreándole consecuencias más gravosas de las que tendría sin la cláusula; sirve, así, como un mecanismo disuasorio y coercitivo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pactadas⁸⁷.

En términos prácticos, la pena convencional establece una obligación que el deudor debe cumplir en supuesto de incumplimiento, cumplimiento deficiente o retraso de la obligación principal. La pena suele adoptar la forma de una prestación pecuniaria adicional, aunque también puede consistir en otro tipo de prestación específica, según lo pactado por las partes.

Una de las novedades introducidas por la Propuesta radica en la precisión expresa de que la estipulación de una cláusula penal no excluye la posibilidad de que el acreedor reclame una indemnización adicional por los daños y perjuicios efectivamente probados o previamente estimados, como se recoge de manera inequívoca en el artículo 1196.2 PRMOC de 2023. Esto significa que, salvo que las partes acuerden lo contrario, el acreedor puede acumular la pena convencional con la indemnización de los daños, siempre que la suma total no sea desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido, según se señala en el precepto citado. A partir de este precepto, cabe inferir la voluntad de superar la distinción tradicional entre cláusula penal pura y cláusula penal mixta. Si bien no se excluye la posibilidad de que sigan existiendo cláusulas penales mixtas que combinen ambas funciones, es razonable prever que las partes opten por establecer dos estipulaciones diferenciadas: una con finalidad sancionatoria y otra destinada a la liquidación anticipada del daño.

La pena convencional también podrá ser modificada equitativamente por la autoridad judicial cuando su cuantía resulte “manifiestamente excesiva”, en palabras del artículo 1197 PRMOC 2023, lo que obliga a preguntarnos por la diferencia entre esta expresión y la de “notoriamente desproporcionada” que utiliza el mismo precepto en relación con las cláusulas de estimación anticipada del daño⁸⁸.

Ahondaremos un poco más en estas dos cuestiones.

VI.2. COMPATIBILIDAD DE LA PENA CONVENCIONAL Y LA ESTIMACIÓN ANTICIPADA DE DAÑOS: UNA PERSPECTIVA INTEGRADORA

El segundo apartado del artículo 1196 PRMOC 2023 regula la relación entre la pena convencional y los daños. Según este precepto, el acreedor tiene derecho a reclamar tanto la pena convencional como los daños efectivamente probados o previamente estimados, salvo que el contrato disponga lo contrario⁸⁹ o que la cantidad reclamada resulte notoriamente desproporcionada. Este enfoque busca equilibrar los intereses de ambas partes, respetando la autonomía de la voluntad en los contratos, pero al mismo tiempo estableciendo límites para evitar abusos o enriquecimientos injustos.

La disposición contenida en el artículo 1196 de la PRMOC de 2023 parte del reconocimiento expreso de la compatibilidad entre la cláusula penal y la cláusula de estimación anticipada del daño, permitiendo que ambas cláusulas coexistan dentro del mismo contrato.

Esta innovación introduce un cambio respecto al sistema normativo vigente, el cual, como es sabido, distingue entre la cláusula penal pura y la cláusula penal mixta⁹⁰. A diferencia del modelo tradicional, en el que la cláusula penal mixta combinaba funciones resarcitorias y sancionatorias en una única estipulación, la PRMOC de 2023 abre paso explícitamente a la posibilidad de establecer dos pactos autónomos y diferenciados, cada uno con una función específica dentro del régimen contractual.

La posibilidad de acumulación está sujeta a una restricción fundamental basada en el principio de proporcionalidad. Cuando la cuantía reclamada resulte manifiestamente desproporcionada en relación con el perjuicio efectivamente sufrido, la autoridad judicial podrá intervenir para moderarla o limitarla. Esta facultad se alinea con los principios rectores del Derecho contractual, como la buena fe y la equidad, orientados a prevenir abusos y garantizar un equilibrio razonable entre las partes. La apreciación de una desproporción evidente debe realizarse a la luz de múltiples factores, entre ellos, la gravedad del incumplimiento, la naturaleza de la obligación afectada, el impacto económico del daño y la correspondencia entre las cantidades estipuladas contractualmente y las pérdidas realmente experimentadas.

La moderación judicial en casos de desproporción notoria también sirve para preservar la función original de la pena convencional, evitando que se convierta en un instrumento de enriquecimiento injusto para el acreedor o de sanción excesiva para el deudor. Este control judicial, que puede derivarse del apartado primero del artículo 1197, permite ajustar la pena convencional a niveles razonables, garantizando que refleje de manera equilibrada los intereses de ambas partes.

Por otro lado, es relevante considerar el impacto de la norma en el diseño de los contratos. La posibilidad de acumular la pena convencional y los daños probados o anticipadamente estimados incentiva a las partes a establecer cláusulas claras y detalladas sobre las consecuencias del incumplimiento. Por ejemplo, podrían especificar qué remedios serán aplicables en diferentes escenarios, cómo se calcularán los daños en caso de incumplimiento y en qué condiciones se activará la pena convencional. Estas previsiones no solo aumentan la seguridad jurídica, sino que también reducen el riesgo de conflictos interpretativos y litigios.

El artículo 1196 también fomenta un enfoque flexible y adaptativo en la resolución de disputas contractuales. Permitir al acreedor reclamar tanto la pena convencional como los daños anticipados o probados le ofrece una mayor ca-

pacidad para ajustar su estrategia legal según las circunstancias específicas del caso. Sin embargo, este enfoque no está exento de desafíos. En la práctica, la acumulación de remedios puede generar conflictos interpretativos sobre el alcance de las cláusulas contractuales, la definición de desproporción y los criterios para moderar las reclamaciones. Por ello, es esencial que los tribunales adopten un enfoque equilibrado y consistente, teniendo en cuenta tanto la voluntad de las partes como los principios generales del sistema jurídico.

Una cuestión de naturaleza completamente distinta —y objeto de debate doctrinal— es la de determinar si la cláusula penal en sentido estricto puede ser invocada cuando la parte acreedora opta por la resolución del contrato. No cabe duda de que la resolución, en principio, no excluye la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; muy al contrario, el ordenamiento reconoce expresamente tal derecho (art. 1173.2 PRMOC, por ejemplo). Sin embargo, algunos autores han cuestionado la compatibilidad entre la resolución contractual y la exigibilidad de una cláusula penal estipulada específicamente para el incumplimiento total, en la medida en que esta presupone, por definición, la subsistencia del vínculo contractual⁹¹.

En este contexto, se ha señalado que el régimen indemnizatorio derivado de la resolución presenta una configuración distinta respecto al que se aplica en casos de mero retraso o cumplimiento parcial: en efecto, la resolución produce la disolución del contrato con efectos restitutorios, mientras que en los demás supuestos se pretende la ejecución del vínculo, complementada eventualmente por una compensación económica⁹². Así, permitir la aplicación automática de una pena en caso de resolución podría, según esta perspectiva, perturbar el equilibrio contractual, al otorgar al acreedor la doble ventaja de liberarse de sus propias obligaciones y obtener simultáneamente una suma penal, lo cual no respondería a la lógica compensatoria propia de la responsabilidad contractual.

No obstante, desde la perspectiva del PRMOC de 2023, no parece posible excluir la aplicabilidad de la cláusula penal pactada para el caso de incumplimiento total, incluso en el supuesto de resolución del contrato. Un elemento particularmente relevante que permite resolver de forma afirmativa esta cuestión es la expresa admisión de la compatibilidad entre la cláusula penal y la cláusula de estimación anticipada o presunta del daño.

En efecto, no parece razonable negar que una cláusula penal, especialmente si ha sido estipulada para el incumplimiento total, pueda coexistir con la resolución contractual, máxime cuando la propia norma no solo no excluye dicha posibilidad, sino que la contempla expresamente. Por consiguiente, resulta coherente concluir que la penalidad debe considerarse exigible también en el marco de una resolución contractual.

Además, en caso de que la acumulación entre la cláusula penal y la estimación del daño resulte excesiva o desproporcionada, el ordenamiento contempla un mecanismo corrector expreso: la autoridad judicial, a instancia del deudor, puede moderar la pena manifiestamente excesiva o la indemnización convencional notoriamente desproporcionada, garantizando así un equilibrio razonable entre las partes.

VI.3. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONVENCIONAL

Como se ha indicado, el artículo 1197 PRMOC 2023 regula la posibilidad de que la autoridad judicial, a solicitud del deudor, modifique las penas convencionales que resulten manifiestamente excesivas⁹³. Este precepto introduce un importante control judicial en las relaciones contractuales, buscando equilibrar la autonomía de las partes con los principios de equidad y proporcionalidad⁹⁴. La norma se convierte así en una herramienta esencial para prevenir abusos y garantizar que las penas convencionales no se transformen en un instrumento de opresión para el deudor o de enriquecimiento injusto para el acreedor.

Es relevante destacar que este artículo plantea un estándar diferente en comparación con las cláusulas estimativas de daños. Mientras que para las últimas la intervención judicial está justificada en caso de que la cuantía pactada sea notoriamente desproporcionada, en el caso de las penas convencionales se requiere que estas sean manifiestamente excesivas. Aunque estos términos podrían parecer similares, en realidad representan criterios distintos con implicaciones prácticas significativas.

La desproporción notoria en las cláusulas estimativas de daños alude a un desajuste evidente entre el monto establecido y los daños reales sufridos por el acreedor. Este concepto se centra en una comparación objetiva, evaluando si la cuantía acordada refleja razonablemente las pérdidas efectivas derivadas del incumplimiento. En este caso, el objetivo es garantizar que la cláusula no resulte arbitraria ni ponga al acreedor en una posición ventajosa que exceda la compensación justa por los daños padecidos.

Por otro lado, el concepto de “manifiestamente excesiva” aplicado a las penas convencionales implica un criterio más cualitativo y menos estrictamente cuantitativo. Aquí, no se trata únicamente de evaluar si la pena es desproporcionada en términos objetivos, sino de analizar si su severidad es incompatible con los principios de buena fe, proporcionalidad y equidad. Este análisis considera no solo la magnitud de la pena en relación con el incumplimiento, sino también las circunstancias específicas del caso, como la intención de las partes, la naturaleza de la obligación, la conducta de los contratantes y las consecuencias del incumplimiento⁹⁵.

La distinción entre estos dos criterios refleja las diferencias funcionales entre las cláusulas de estimación anticipada de daños y las penas convencionales. Las primeras tienen un carácter esencialmente indemnizatorio, diseñadas para prever y simplificar la reparación de los daños derivados del incumplimiento. Por ello, su validez depende de que el monto establecido sea proporcional a las pérdidas esperadas. En cambio, las penas convencionales cumplen una función coercitiva y disuasoria, orientadas a incentivar el cumplimiento puntual y evitar incumplimientos deliberados. Por esta razón, el estándar para su modificación judicial es más exigente, limitando la intervención a casos donde la severidad de la pena comprometa principios fundamentales del Derecho contractual.

La posibilidad de modificación judicial de penas manifiestamente excesivas tiene varias implicaciones prácticas. En primer lugar, proporciona al deudor una protección crucial contra sanciones desmesuradas que puedan poner en peligro su situación financiera o su capacidad de cumplir con otras obligaciones. Al mismo tiempo, asegura que el acreedor no utilice la pena convencional como un mecanismo para obtener un beneficio desproporcionado o para ejercer presión indebida sobre el deudor.

En segundo lugar, este control judicial fomenta una mayor responsabilidad en la redacción de los contratos. Las partes, conscientes de que las penas convencionales están sujetas a revisión judicial, tienen un incentivo para establecer cláusulas razonables y equilibradas que reflejen de manera adecuada los intereses en juego. Esto no solo reduce el riesgo de litigios, sino que también refuerza la confianza mutua y la estabilidad de las relaciones contractuales.

Sin embargo, la modificación judicial de penas convencionales plantea desafíos interpretativos. Uno de los principales es definir el umbral a partir del cual una pena puede considerarse manifiestamente excesiva. Este análisis debe ser flexible y adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso, evitando criterios rígidos que puedan generar inseguridad jurídica. Además, los jueces deben equilibrar cuidadosamente los intereses de ambas partes, garantizando que la reducción de la pena no socave su función disuasoria ni prive al acreedor de una compensación legítima.

VII. COMPATIBILIDAD DE LA ESTIMACIÓN ANTICIPADA DEL DAÑO Y LA PENA CONVENCIONAL CON OTROS REMEDIOS LEGALES

El artículo 1196 de la PRMOC de 2023 introduce una regulación esencial en materia de remedios contractuales, estableciendo criterios precisos sobre la compatibilidad entre la pena convencional, la indemnización convenida y el de-

recho del acreedor a obtener el cumplimiento de la obligación o la subsanación de su ejecución defectuosa. La norma, sin embargo, contempla una excepción significativa al permitir que, en caso de retraso, el acreedor pueda reclamar la prestación pactada.

Esta disposición responde a la necesidad de preservar el equilibrio contractual, evitando que el acreedor perciba una compensación excesiva cuando la obligación ha sido cumplida. No obstante, también reconoce que el cumplimiento tardío puede generar un perjuicio autónomo que justifica una compensación adicional. La lógica subyacente es que la satisfacción del interés del acreedor debe ser proporcional al perjuicio sufrido, impidiendo acumulaciones indebidas que distorsionen la finalidad compensatoria de las penas e indemnizaciones contractuales.

El principio rector de la norma radica en que la obtención del cumplimiento o la subsanación de los defectos en la prestación excluye la exigencia de la pena convencional o de la indemnización previamente establecida. Esta previsión responde a un criterio de coherencia en la aplicación de los remedios, pues una vez que el acreedor ha visto satisfecho su derecho, la imposición de sanciones adicionales carecería de fundamento. En efecto, el Derecho contractual no tiene una finalidad punitiva, sino que persigue garantizar la ejecución del contrato conforme a lo estipulado. Si el incumplimiento se resuelve con la prestación debida, la imposición de un pago adicional se convertiría en un mecanismo de enriquecimiento injusto.

El reconocimiento de la indemnización por retraso introduce un matiz relevante. A diferencia del incumplimiento absoluto o del cumplimiento defectuoso, la demora en la ejecución puede ocasionar perjuicios específicos que justifican una compensación diferenciada. Entre estos daños pueden incluirse costos adicionales operativos o financieros, pérdidas comerciales derivadas de la tardanza, impacto reputacional o interrupciones en la cadena de suministro en contratos donde la puntualidad es un elemento esencial. La previsión contenida en el artículo 1196.1, por tanto, equilibra la necesidad de evitar duplicidades en la reparación con el derecho del acreedor a ser indemnizado cuando el retraso genera consecuencias económicas adversas.

Desde una perspectiva práctica, esta regulación tiene implicaciones significativas en la negociación y redacción de contratos, especialmente en sectores en los que el tiempo es un factor determinante, como la construcción, el suministro y el transporte. Será fundamental estructurar adecuadamente las cláusulas indemnizatorias y de penalización, asegurando su compatibilidad con el marco normativo. En particular, resultará crucial diferenciar con claridad entre la pena convencional por incumplimiento absoluto y la indemnización por retraso, delimitando con precisión los criterios para su exigibilidad. Asimismo, la inclusión

de mecanismos de liquidación anticipada de daños permitirá establecer con objetividad las consecuencias económicas derivadas de la demora, proporcionando mayor seguridad jurídica a las partes.

VIII. LA FUNCIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES Y SU DISTINCIÓN RESPECTO AL TIPO DE INCUMPLIMIENTO

Los estudios clásicos sobre la cláusula penal han analizado extensamente su naturaleza y funciones, diferenciándola a menudo de la llamada cláusula moratoria⁹⁶. Esta última se entiende como una cláusula penal destinada específicamente a sancionar el retraso en el cumplimiento, en lugar de cubrir el incumplimiento total o defectuoso. En este enfoque tradicional, las cláusulas penales se clasifican en función del tipo de incumplimiento que pretenden sancionar: total, parcial, defectuoso o simplemente tardío.

Sin embargo, la PRMOC 2023 introduce un enfoque diferente y más acorde con el concepto genérico de incumplimiento que la informa⁹⁷. Si bien el texto reconoce que las cláusulas penales pueden aplicarse indistintamente al incumplimiento total, al retraso o al cumplimiento defectuoso, no sugiere que esta distinción sea fundamental para determinar su naturaleza. En cambio, como se ha dicho, propone que la clasificación de las cláusulas penales se base exclusivamente en su función: si actúan como una estimación del daño (cláusula evaluativa), como una presunción de daño (cláusula presuntiva) o como una sanción estrictamente penal.

Por tanto, la verdadera cuestión no radica en el supuesto de hecho que activa la cláusula, sino en su finalidad dentro de la relación contractual y el régimen jurídico al que se somete.

Esto no impide que las cláusulas penales puedan ser pactadas para diversos supuestos de inexecución, con efectos diferenciados según su configuración concreta. En efecto, cabe prever una pena convencional para el incumplimiento total, cualquiera que sea su causa, o bien restringir su aplicación a incumplimientos imputables por causas determinadas, lo cual permite adaptar el régimen sancionador al grado de responsabilidad del deudor. Asimismo, puede pactarse una pena vinculada al incumplimiento de prestaciones específicas dentro de un conjunto contractual, en particular cuando ciertas obligaciones revisten una relevancia singular para el equilibrio del contrato. De forma diferenciada, es también perfectamente legítima la estipulación de una pena por retraso en el cumplimiento, cuya finalidad radica no en sancionar la frustración del vínculo obligacional, sino en resarcir los daños derivados de la tardanza, incluso si el deudor llega finalmente a ejecutar la prestación debida.

En este sentido, las cláusulas penales previstas para el incumplimiento total devienen inexigibles si el acreedor recibe íntegramente la prestación, en virtud del principio de conservación del negocio y de la satisfacción del interés contractual (art. 1196.1 PMOC). El objetivo del contrato se alcanza, lo que excluye la necesidad de una sanción adicional. Por el contrario, las penas por retraso mantienen su operatividad incluso en caso de cumplimiento extemporáneo, en la medida en que buscan compensar una disfunción distinta: el perjuicio ocasionado por el desfase temporal, sin poner en cuestión la utilidad final del cumplimiento.

En conclusión, aunque sigue siendo relevante distinguir si una cláusula penal se aplica al incumplimiento total, al parcial o al retraso, esta distinción debe entenderse como un aspecto accesorio. Lo esencial es identificar la función de la cláusula, ya sea como estimación, presunción o sanción. Este enfoque funcional no solo facilita una interpretación más clara y uniforme, sino que también asegura que las cláusulas penales sean herramientas eficaces y justas en la regulación de las relaciones contractuales.

IX. CLAUSULA PENAL DE DESISTIMIENTO COMO OBLIGACIÓN FACULTATIVA

IX.1. FUNCIÓN Y EFECTOS

Ya hemos dicho más arriba que el artículo 1198 de la PRMOC de 2023 regula, bajo la denominación de “obligación facultativa”⁹⁸, aquella figura que históricamente ha sido considerada como la cláusula penal de desistimiento, según la cual el deudor tiene derecho a sustituir el cumplimiento de la obligación por una prestación distinta, siempre que el título del que surge la obligación o la ley lo determinen y le atribuyan tal función.

En primer lugar, debe destacarse que la norma contempla tanto los supuestos en los que esta facultad es atribuida por la ley como aquellos en los que es conferida directamente por la autonomía de las partes. Este último caso resulta particularmente relevante y merece especial atención. Tradicionalmente, se ha debatido si dicha figura puede efectivamente encuadrarse dentro del esquema de las cláusulas penales. La mayoría de la doctrina lo ha descartado⁹⁹, aunque un sector autorizado sostiene lo contrario¹⁰⁰. Comparto esta segunda postura, en la medida en que puede afirmarse que la obligación facultativa establecida constituye una “pena” para el supuesto en que el deudor decida no cumplir la obligación principal. Además, las partes podrían prever que la obligación facultativa sea más gravosa que la principal. No obstante, debe asumirse que el acreedor considerará satisfactoria la prestación alternativa, que en todo caso representará una opción dentro del marco de la relación obligatoria.

En atención a esta controversia doctrinal sobre su configuración como cláusula penal, la PRMOC de 2023 ha optado por evitar la referencia expresa a la “cláusula penal de desistimiento” y, en su lugar, emplear el término “obligación facultativa”. Sin embargo, esta denominación no me resulta del todo convincente, como ya he dicho, ya que remite a la regulación general de las obligaciones facultativas¹⁰¹, cuando aquí nos encontramos ante un supuesto especial de obligación facultativa, en el cual se atribuye al deudor la posibilidad de elegir entre cumplir la obligación principal del contrato o ejecutar la obligación sustitutiva convenida.

No cabe duda de que se trata de una obligación facultativa¹⁰² y no alternativa, pues en la relación obligatoria no coexisten dos obligaciones distintas, sino una única, aunque con la posibilidad de que el deudor se libere de la obligación principal mediante el cumplimiento de una obligación diferente. La distinción es relevante, ya que en la obligación alternativa las dos prestaciones se encuentran en un plano de igualdad hasta el momento en que se efectúa la elección, mientras que, en la obligación facultativa, la principal es la que se encuentra originalmente establecida, quedando la facultativa como una opción de liberación para el deudor.

Históricamente, existía una diferencia fundamental entre la obligación facultativa y la alternativa en caso de imposibilidad de la prestación originaria por causa no imputable al deudor. En un sistema donde la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable suponía la extinción de la obligación, la imposibilidad de la obligación principal llevó a considerar extinguida la obligación facultativa, sin que se pudiera exigir al deudor el cumplimiento de la prestación sustitutiva. Por el contrario, en la obligación alternativa, la imposibilidad de una de las prestaciones no afectaba a la subsistencia de la otra.

Estos principios requieren una adaptación en el marco del nuevo sistema de incumplimiento diseñado por la PRMOC de 2023, según el cual la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor ya no se traduce automáticamente en la extinción de la obligación. En su lugar, se califica como un supuesto de incumplimiento, aunque sin generar responsabilidad resarcitoria, salvo que el incumplimiento sea imputable o esté en el ámbito de control del deudor.

La nueva regulación suscita una cuestión delicada en torno al destino de la obligación facultativa cuando la prestación principal deviene imposible por una causa no imputable al deudor. Si se sostuviera que, en tal caso, la obligación no se extingue y que, por ende, el acreedor conserva el derecho a exigir la prestación facultativa, se incurriría en una transformación sustancial del régimen obligacional, asimilando de hecho la obligación facultativa a una obligación alternativa. Esta confusión conceptual, de discutible solidez dogmática, comprometería la

coherencia sistemática de la categoría. A mi juicio, en el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación principal, aunque no se produzca técnicamente la extinción de la obligación, el acreedor no puede exigir la prestación facultativa, debiendo en cambio recurrir a los remedios que el ordenamiento prevé para los supuestos de incumplimiento.

También es necesario precisar hasta qué momento el deudor puede ejercer su facultad de elección entre la obligación principal y la facultativa. Salvo disposición contractual en contrario, debe entenderse que tal facultad subsiste hasta que el deudor inicie la ejecución de la obligación principal, ya que dicho acto, aun cuando sea de manera tácita, debe considerarse como una manifestación de la opción ejercida.

Asimismo, cabe preguntarse qué ocurre si, llegado el plazo para el cumplimiento, el deudor no ejecuta ninguna de las prestaciones. En tal caso, se configura un incumplimiento con todas las consecuencias que ello conlleva. En este escenario, podría sostenerse que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, y, en consecuencia, la elección que inicialmente correspondía al deudor pasaría a estar en manos del acreedor, quien podría optar por exigir el cumplimiento de la obligación principal o el de la obligación facultativa.

En definitiva, la regulación contenida en el artículo 1198 de la PRMOC de 2023 introduce una figura de notable interés, cuya aplicación plantea cuestiones relevantes en términos de configuración de la obligación y del ejercicio de la facultad de elección. Su conexión con las cláusulas penales y su relación con el nuevo régimen del incumplimiento obligan a un análisis más profundo de su alcance y efectos, con el fin de determinar el verdadero papel que esta figura desempeña en la dinámica contractual.

IX.2. LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA Y LAS ARRAS DE DESISTIMIENTO: DIFERENCIAS CLAVE EN EL MARCO CONTRACTUAL

Es fundamental hacer una clara distinción entre la obligación llamada facultativa en el art 1198 PRMOC y las arras de desistimiento, dos figuras que, aunque pueden parecer similares en su función de permitir cierto grado de flexibilidad en el cumplimiento del contrato, se rigen por principios jurídicos distintos y responden a finalidades diferentes dentro de las relaciones contractuales. Mientras que el artículo 1198 PRMOC 2023 regula la obligación facultativa, el artículo 1234 PRMOC 2023 se refiere a las arras de desistimiento, una figura también importante en el ámbito de los contratos, pero con características y efectos propios que justifican su ubicación en un apartado diferente.

La obligación facultativa, como se mencionó anteriormente, otorga al deudor el derecho de sustituir el cumplimiento de la obligación principal por una prestación distinta, siempre que así lo disponga el contrato o la ley. En este sentido, la obligación facultativa se refiere a una opción para el deudor, quien puede elegir entre cumplir con la prestación originalmente acordada o sustituirla por otra equivalente. Su propósito principal es proporcionar flexibilidad en el cumplimiento del contrato, sin que ello implique una penalización o perjuicio directo para ninguna de las partes, siempre y cuando se respeten los términos establecidos previamente.

Por otro lado, las arras de desistimiento, reguladas en el artículo 1234 PR-MOC de 2023, tienen una naturaleza distinta. Su característica fundamental es que, en el momento de la celebración del contrato, una de las partes realiza una prestación —normalmente una cantidad de dinero o algún bien— a favor de la otra parte. Esta prestación sirve como prueba de la conclusión del contrato y se imputa a la prestación debida. Sin embargo, la función de las arras no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino actuar como un mecanismo disuasivo en caso de que una de las partes decida desistir del contrato. En caso de desistimiento, la parte que realizó la entrega pierde esa cantidad o, en su defecto, la otra parte debe devolverla duplicada. Esta disposición está diseñada para proteger al acreedor de un incumplimiento unilateral, funcionando como una liquidación anticipada de los daños derivados del desistimiento.

Una diferencia clave entre estas dos figuras es que la obligación facultativa otorga una opción de cumplimiento dentro de los términos establecidos en el contrato, mientras que las arras de desistimiento tienen una finalidad más sancionadora: buscan disuadir el desistimiento o incumplimiento. Es decir, la obligación facultativa busca flexibilizar el cumplimiento, permitiendo la sustitución de la prestación sin generar consecuencias perjudiciales para las partes, mientras que las arras de desistimiento imponen una penalización explícita en caso de que una de las partes no cumpla con el acuerdo.

Es importante precisar que, en el caso de las arras de desistimiento, la prestación realizada por una de las partes se imputará a la prestación debida, lo que significa que se considera parte del contrato, y en caso de incumplimiento, esa cantidad será tratada como compensación por los daños¹⁰³. En cambio, la obligación facultativa no se configura como una penalización en caso de incumplimiento, sino como una opción legítima para el deudor, quien puede sustituir la prestación inicial por otra distinta, sin que ello implique una sanción.

Además, las arras tienen un carácter real, ya que implican que una de las partes entregue al momento de la celebración del contrato una cantidad de dinero o bienes a la otra parte. Esto genera la necesidad de determinar cuál será el destino

de esa prestación: si la parte que realizó la entrega incumple el contrato, pierde lo entregado, mientras que la otra parte debe devolverlo duplicado si decide desistir.

En cambio, la obligación facultativa tiene una naturaleza puramente consensual, ya que se trata de un pacto que simplemente otorga la facultad al deudor de liberarse de la obligación principal mediante la ejecución de una prestación diferente. Aquí no se entrega un bien o dinero al inicio, sino que se establece la posibilidad de reemplazar la prestación principal por una alternativa, lo que no implica la entrega de un bien real ni establece consecuencias inmediatas de pérdida o devolución.

La razón por la cual las arras de desistimiento y la obligación facultativa se encuentran reguladas en normas distintas se debe a que, aunque ambas figuras están vinculadas al cumplimiento y ejecución del contrato, persiguen objetivos diferentes. Las arras de desistimiento están orientadas a garantizar el cumplimiento y a evitar que una de las partes se retire del contrato sin consecuencias, mientras que la obligación facultativa tiene como objetivo proporcionar flexibilidad en el cumplimiento del contrato sin necesidad de sancionar a las partes. Esta diferencia funcional justifica que se encuentren en secciones distintas del marco normativo, cada una con un propósito específico en el sistema jurídico.

En conclusión, aunque tanto la obligación facultativa como las arras de desistimiento son figuras importantes en el Derecho contractual, sus finalidades y efectos son muy distintos. Las arras actúan como un mecanismo de seguridad y penalización en caso de desistimiento, mientras que la obligación facultativa se presenta como una opción dentro del cumplimiento del contrato. Estas diferencias en su naturaleza y función explican la razón por la cual están en normas separadas, cada una con un propósito específico en el marco de las relaciones contractuales.

IX.3. LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1196 Y 1197 PRMOC A LA OBLIGACIÓN FACULTATIVA

El marco normativo delineado en los artículos 1196 y 1197 PRMOC establece una regulación específica en relación con la cláusula penal, regulando sus efectos en caso de cumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación, así como la posible moderación judicial de su cuantía. Sin embargo, se plantea la cuestión de si estas disposiciones resultan también aplicables a la obligación facultativa prevista en el artículo 1198 PRMOC de 2023. Dicha cuestión adquiere particular relevancia en la medida en que la obligación facultativa, aunque funcionalmente asimilable en ciertos aspectos a la cláusula penal de desistimiento, ha sido tratada por el legislador como una figura autónoma.

A primera vista, la respuesta a esta cuestión parece ser negativa. La estructura sistemática del texto normativo sugiere que los artículos 1196 y 1197 están concebidos para regular la cláusula penal en sentido estricto, mientras que el legislador de la PRMOC de 2023 ha preferido calificar la cláusula penal de desistimiento como una mera obligación facultativa. Esta opción legislativa no es irrelevante: más allá de la simple ubicación topográfica de las disposiciones, subyace una distinción sustancial entre la cláusula penal y la obligación facultativa. Mientras que la primera tiene una función eminentemente coercitiva y resarcitoria, la segunda opera como una manifestación del principio de autonomía privada, permitiendo al deudor optar entre el cumplimiento de la prestación principal o la ejecución de una prestación sustitutiva sin que ello implique, en sentido estricto, un incumplimiento.

Un análisis detallado de las disposiciones en cuestión confirma esta interpretación.

El primer párrafo del artículo 1196 PRMOC de 2023 establece que el acreedor no podrá reclamar la pena convencional ni la indemnización convenida si ha obtenido la ejecución de la prestación o la subsanación del cumplimiento defectuoso, aunque conservará el derecho a reclamar la prestación pactada en caso de retraso. La aplicación de esta norma a la obligación facultativa carece de sentido, ya que en este caso el deudor, antes de la ejecución de la prestación, conserva un derecho de elección entre la prestación principal y la facultativa. No se trata, por tanto, de un supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sino del ejercicio de una facultad previamente acordada contractualmente, lo que excluye la operatividad de la prohibición contenida en la norma.

El segundo párrafo del artículo 1196 PRMOC de 2023, por su parte, se refiere expresamente a la pena convencional, lo que excluye su aplicabilidad a la obligación facultativa, que no comparte la misma lógica sancionatoria ni la misma función resarcitoria propia de la cláusula penal.

Desde otra perspectiva, el primer párrafo del artículo 1197 PRMOC introduce el principio de proporcionalidad en materia de cláusulas penales, permitiendo la moderación judicial de penas convencionales manifiestamente excesivas y de indemnizaciones convenidas cuya cuantía resulte notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido¹⁰⁴. Aunque este principio responde a una lógica de equidad y razonabilidad, su aplicabilidad a la obligación facultativa no es inmediata. La razón fundamental radica en que, incluso en presencia de una prestación sustitutiva excesivamente onerosa, el deudor mantiene en todo momento la posibilidad de ejecutar la prestación principal. Esta facultad de elección parece excluir la necesidad de una moderación judicial, en la medida en que el propio deudor, al optar por la prestación sustitutiva, estaría asumiendo voluntariamente la carga económica de su decisión.

No obstante, podría plantearse si, en casos de evidente desproporción, la autoridad judicial debería intervenir para reducir la cuantía de la prestación sustitutiva. La respuesta a esta cuestión no es sencilla. Si bien la posibilidad de optar por la prestación principal atenúa el riesgo de onerosidad excesiva, no puede descartarse que, en determinadas circunstancias, la estructura de la obligación facultativa pueda generar un desequilibrio contractual significativo. En tal supuesto, aunque el artículo 1197 PRMOC de 2023 no contemple expresamente la moderación de la prestación facultativa, cabría considerar la aplicación analógica del principio de proporcionalidad que subyace en la norma, con miras a evitar una desnaturalización del vínculo obligacional.

El segundo párrafo del artículo 1197 PRMOC, por su parte, se refiere exclusivamente a la cláusula de estimación anticipada del daño, lo que parece excluir su aplicabilidad directa a la obligación facultativa. Sin embargo, el principio que inspira esta disposición y la finalidad que persigue pueden ser extrapolados a la obligación facultativa en determinados supuestos. En particular, si la prestación sustitutiva pactada fuera irrisoria, el deudor se encontraría, en la práctica, exento de cualquier obligación real, lo que equivaldría a permitirle sustraerse del cumplimiento sin consecuencia alguna. Esta situación generaría un evidente desequilibrio contractual, en la medida en que la estructura del contrato quedaría vaciada de contenido.

Aunque no resulte posible una aplicación analógica estricta del artículo 1197 PRMOC de 2023, la nulidad de una obligación facultativa irrisoria podría derivarse de principios generales del Derecho de obligaciones y contratos. En este sentido, el artículo 1101, primer párrafo, PRMOC de 2023 establece la nulidad de la obligación cuando el cumplimiento de la condición depende exclusivamente de la voluntad del deudor. Una prestación sustitutiva irrisoria equivaldría, en efecto, a una obligación meramente potestativa, en la medida en que privaría al acreedor de cualquier garantía de ejecución efectiva de la prestación principal.

Desde una perspectiva más amplia, la inexistencia de una prestación idónea para satisfacer un interés legítimo del acreedor conllevaría la ausencia misma de una obligación jurídicamente válida. A este respecto, el artículo 1088, tercer párrafo, PRMOC de 2023 establece que la obligación implica necesariamente la existencia de una prestación que tenga aptitud para satisfacer un interés, aunque este no sea patrimonial. Una prestación irrisoria, por su propia naturaleza, no cumpliría esta función, lo que justificaría la nulidad de la obligación facultativa en tales supuestos.

En conclusión, si bien los artículos 1196 y 1197 PRMOC de 2023 no resultan directamente aplicables a la obligación facultativa prevista en el artículo 1198 PRMOC de 2023, los principios generales en materia de obligaciones y contratos proporcionan criterios suficientes para evitar que la configuración de una pres-

tación facultativa desproporcionada o irrisoria desvirtúe la esencia misma del vínculo obligacional. La interpretación sistemática de la normativa obliga, por tanto, a considerar que la autonomía privada en la estructuración de obligaciones facultativas no puede traducirse en una herramienta para eludir el cumplimiento efectivo del contrato ni en un mecanismo que prive de contenido la relación jurídica entre las partes.

X. CONCLUSIONES

El presente estudio ha abordado la reformulación de las cláusulas penales en la propuesta de modernización de las obligaciones y contratos de 2023, poniendo de relieve tanto sus implicaciones dogmáticas como sus efectos prácticos en la dinámica obligacional contemporánea. Sobre la base de dicho análisis, resulta posible articular una serie de conclusiones que condensan los principales hallazgos de la investigación y orientan futuras reflexiones en la materia:

I. La revisión de la cláusula penal en la Propuesta para la Modernización del Código Civil de 2023 (PRMOC 2023) no constituye únicamente una actualización técnica de una figura tradicional del Derecho contractual. En realidad, representa una relectura integral del papel que los remedios privados —y en particular las estipulaciones convencionales— pueden desempeñar en la articulación contemporánea de la responsabilidad contractual. Desde esta perspectiva, la cláusula penal deja de ser tratada como un accesorio de la obligación principal y se convierte en una herramienta central en la regulación autónoma del contrato, revelando así una transformación estructural en la forma de concebir la relación entre autonomía privada, responsabilidad y justicia contractual.

II. Uno de los elementos más notables de esta propuesta es la superación del enfoque mono-funcional clásico. La PRMOC reconoce de forma explícita la naturaleza pluri-funcional de la cláusula penal, lo que permite a las partes atribuirle fines no solo indemnizatorios, sino también coercitivos, punitivos o de liquidación anticipada del daño. Esta apertura dogmática no es solo un ajuste terminológico: implica, en el fondo, el reconocimiento de que la voluntad de las partes puede anticipar, configurar y modular los efectos jurídicos del incumplimiento más allá de los márgenes tradicionales impuestos por la lógica resarcitoria objetiva.

III. No obstante, esta expansión funcional no es ilimitada. La posibilidad de moderación judicial en caso de desproporción manifiesta opera como contrapeso necesario, que permite preservar el equilibrio entre la autonomía privada y los principios de equidad y proporcionalidad que estructuran el sistema de remedios. La cláusula penal, en este sentido, aparece como un punto de confluencia entre

libertad contractual y control judicial: su eficacia no deriva solo de su inserción voluntaria en el contrato, sino también de su conformidad con una racionalidad jurídica que impide el abuso y salvaguarda la parte más débil de la relación obligacional.

IV. El reordenamiento sistemático de la cláusula penal dentro del régimen general de los remedios por incumplimiento es otro de los logros más significativos de la propuesta. Este desplazamiento conceptual refuerza la visión funcional del contrato y de sus efectos, alejándose de una concepción puramente patrimonialista del incumplimiento para inscribir la cláusula penal dentro de una lógica correctiva más amplia. En este nuevo marco, el contrato se percibe no como una mera fuente de obligaciones patrimoniales, sino como un instrumento de regulación dinámica de las relaciones interpersonales, en el cual los mecanismos sancionatorios convencionales ocupan un lugar legítimo y normativamente relevante.

V. En esta línea, la introducción de la cláusula de estimación presuntiva del daño y la posibilidad de su configuración asimétrica en favor del acreedor abre un nuevo horizonte de estudio sobre la función epistemológica de las estipulaciones contractuales: estas ya no se limitan a reflejar o reforzar normas dispositivas del ordenamiento, sino que pueden producir efectos jurídicos propios, fundados en una lógica de cooperación y de asignación eficiente del riesgo. Se trata, en definitiva, de una concepción constructivista del contrato, que integra, en lugar de limitar, las herramientas privadas en la realización del Derecho.

VI. Desde una perspectiva más general, la nueva regulación de la cláusula penal refleja una evolución en la cultura jurídica: nos alejamos progresivamente de una visión centrada en la protección paternalista del deudor hacia un modelo de responsabilidad más simétrico, donde ambas partes pueden —y deben— asumir activamente las consecuencias de sus compromisos. Este giro cultural conlleva, a su vez, una redefinición del rol del jurista, que ya no se limita a aplicar esquemas normativos predefinidos, sino que debe interpretar, valorar y diseñar soluciones coherentes con un sistema jurídico en transformación.

VII. En conclusión, la PRMOC 2023 no solo redefine la cláusula penal en términos más precisos y operativos, sino que la convierte en una pieza estratégica para la modernización de la dogmática contractual. Esta figura, antiguamente relegada a un papel subordinado, emerge ahora como un instrumento sofisticado de autorregulación y de equilibrio funcional entre libertad, seguridad y justicia en las relaciones contractuales. La cláusula penal deja así de ser un simple correctivo del incumplimiento y se transforma en una manifestación paradigmática del nuevo Derecho privado europeo: más abierto, plural y atento a las necesidades concretas de los operadores jurídicos.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 8 de enero de 1945 (RJ7) en <https://vlex.es/vid/tribunal-supremo-especial-349327>
- STS 4786/1980, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1980:4786
- STS 1437/1985, de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1985:1437
- STS 1146/1986, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:1986:1146
- STS 1765/1989, de 9 de marzo, ECLI:ES:TS:1989:1765
- STS 13029/1990 de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1990:13029
- STS 10851/1990 de 22 de octubre, ECLI:ES:TS:1990:10851
- STS 9787/1990, 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:1990:9787
- STS 16254/1991 de 22 de mayo, ECLI:ES:TS:1991:16254
- STS 11281/1991, de 8 de julio, ECLI:ES:TS:1991:11281
- STS 22400/1994, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1994:22400
- STS 1813/1995 de 25 de marzo, ECLI:ES:TS:1995:1813
- STS 775/2002, 7 de febrero, ECLI:ES:TS:2002:775
- STS 8363/2004 de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2004:8363
- STS 3513/2006, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2006
- STS 7966/2006 de 18 de diciembre, ECLI:ES:TS:2006:7966
- STS 5460/2008 de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2008:5460
- STS 4440/2009 de 29 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4440
- STS 7803/2012, 23 de octubre, ECLI:ES:TS:2012:7803
- STS 672/2013, de 25 de febrero, ECLI:ES:TS:2013:672.
- STS 1723/2015, de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2015:1723
- STS 5618/2015 de 23 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5618
- STS 626/2016 de 18 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:626
- STS 4044/2016 de 13 de septiembre, ECLI:ES:TS:2016:4044
- STS 718/2017 de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:718.
- STS 5329/2024 de 6 de noviembre, ECLI:ES:TS:2024:5329
- STS 726/2025 de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:2025:726

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). Arras de desistimiento y arras penales. *Revista de Derecho Privado*, 427-435.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). De nuevo sobre las arras. *Revista de Derecho Privado*, 877-886.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho civil* (13 ed., Vol. II). Madrid: Edisofer.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (Decimocuarta ed.). Madrid: Edisofer.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (14 de agosto de 2017). Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado. *Almacén de Derecho*, págs. 1-6. Recuperado el 10 de febrero de 2025
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2016). La moderación de la cláusula penal en el derecho español. *Cuestiones actuales. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas-UNNE*(16), 69-88.
- ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson (pp. 127-140).
- ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho civil*, 62(4), 1579-1686.
- BARBA, V. (2013). La nozione di disposizione testamentaria. *Rassegna di diritto civile*(4), 963-1000.
- BARBA, V. (2024). El nuevo concepto de incumplimiento y la consiguiente supresión de las normas sobre transmisión del riesgo. En *La modernizzazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane (pp. 395-410).
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). La cláusula penal y la protección de los consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(748), 953-981.
- BOZZI, L. (2005). La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomía privada. *Europa e diritto privato*(4), 1087-1133.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1152. En *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia (pp. 157-159).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1153. En *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia (pp. 159-160).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). Comentario al artículo 62. En S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex (pp. 537-562).
- DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*. Madrid: RDU Ediciones.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1992). Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de mayo de 1991: ¿Indefensión? cláusula penal. *Poder Judicial*(25), 119-128.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1993). La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. (Diciembre de 2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*(7), 19-50.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2005). Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado*(4), 33-80.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2021). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons.

- DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (I). *Revista de Derecho Privado*(80), 3-38.
- DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (II). *Revista de Derecho Privado*, 83-112.
- DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (pp. 385-408).
- ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal*. Especial referencia a la moderación de la pena. Madrid: Marcial Pons.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2014). *La cláusula penal*. THEMIS: *Revista de Derecho*(66 (Ejemplar dedicado a: Treinta aniversario del Código Civil)), 221-243.
- FUENTESECA DEGENEFTE, C. (2011). Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán. *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*(13), 61-110.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022). *La renuncia a la moderación de la cláusula penal*. *Actualidad civil*(1), 1-9.
- GABRIELLI, E. (1984). *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). *El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023*. *Anuario de Derecho Civil*.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. d., & SOLÉ RESINA, J. (2021). *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*. Barcelona: Atelier.
- GÓMEZ POMAR, F. (Julio de 2007). *El incumplimiento contractual en Derecho español*. *InDret*. (3), 1-49.
- GRASSETTI, C. (1960). *Clausola*. En *Enciclopedia del diritto* (Vol. VII, pág. 184 ss.). Milano: Giuffrè.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2011). *Daños indemnizables en Derecho contractual inglés*. *Revisión de la Remoteness Rule*. *Anuario de Derecho Civil*, 1, 125-145.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). *La moderación judicial de la cláusula penal*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(653), 1455-1494.
- JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. *Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*. Madrid: Civitas.
- LLAMAS POMBO, E. (2020). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer.
- MAGAZZÙ, A. (1960). *Clausola penale*. En *Enciclopedia del diritto* (Vol. VII). Milano: Giuffrè (pp. 186-196).
- MARÍN GARCÍA, I. (2009). *La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*. *InDret*(2), 1-17.
- MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE.
- MARINI, A. (1984). *La clausola penale*. Napoli: Jovene.
- MARTÍ MARTÍ, J. (2002). *Cláusula penal o cláusula abusiva*. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*(3), 1572-1586.

- MAS BADÍA, M. D. (1995). La revisión judicial de las cláusulas penales (apéndices cronológico y sistemático de jurisprudencia). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAZZARESE, S. (1990). Le obbligazioni penali. Padova: Cedam.
- MAZZARESE, S. (1999). Clausola penale. Milano: Giuffrè.
- MORALES MORENO, A. M. (2006). La modernización del Derecho de obligaciones. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). Anuario de Derecho civil, 1019-1091.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. Anuario de Derecho civil, 1719-1745.
- PERLINGIERI, P. (2020). Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PINAZO TOBES, E. (1995). Cláusula penal contractual. En Á. CARRASCO PERERA, Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial (pp. 325-382).
- PINTO MONTEIRO, A. (1990). Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina.
- PINTO MONTEIRO, A. (2024). Sobre a modificação judicial de penas contratuais «manifestamente excessivas» – A proposta espanhola de 2023. Revista de Derecho Civil, XI(4 extraordinario (noviembre, 2024)), 139-161.
- POSNER, R. (1998). El análisis económico del derecho. México: Fondo de Cultura Económica.
- PUIG BRUTAU, J. (1973). Fundamentos de Derecho civil (Segunda ed., Vol. I). Barcelona: Bosch.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2003). Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional. Aranzadi civil(2), 2071-2135.
- RAMOS CHAPARRO, E. (1999). La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. Anuario de Derecho Civil, 46(2), 511-587.
- SANTOS BRIZ, J. (2000). Comentario a los arts. 1151 a 1155 CC. En I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Comentario del Código Civil. Barcelona: Bosch (pp. 289-301).
- SOLER PRESAS, A. (2023). El control de los pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento del contrato. Revista de Derecho Civil, X(3), 115-138.
- TATARANO, M. (2002). L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.
- TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J. (2024). ¿Culpa lata dolo aequiparatur en las cláusulas limitativas de responsabilidad? Anuario de Derecho Civil, 77(2), 461-536.
- TRIMARCHI, V. M. (1954). La clausola penale. Milano: Giuffrè.
- TRIMARCHI, V. M. (1964). Clausola penale. En Novissimo Digesto Italiano (Vol. III.). Torino: Utet (pp. 351-353).
- ZOPPINI, A. (1991). La pena contrattuale. Milano: Giuffrè.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2006). La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores. En A. CAÑIZARES LASO, Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria. Madrid: Tecnos (pp. 266-287).

NOTAS

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español» (Referencia PID2022-138909NB-I00).

² Es bien sabido —como ha destacado POSNER, R. (1998). *El análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, pág. 123 — que una de las funciones más relevantes del Derecho de los contratos consiste en establecer normas que desincentiven el incumplimiento, a tutela de la seguridad jurídica y la eficiencia económica. En esta misma línea, autores como MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, pág. 17 han subrayado que la regulación del incumplimiento desempeña la función esencial de distribuir los riesgos entre las partes.

³ Entre los proyectos normativos internacionales relativos a la cláusula penal, conviene destacar el Texto del Proyecto de Normas Uniformes sobre Cláusulas de Indemnización Fijada Convencionalmente y Cláusulas Penales, junto con el correspondiente comentario, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas en el período comprendido entre el 26 de julio y el 6 de agosto de 1982. Asimismo, merecen particular atención la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978 y el Informe del secretario general: “Cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (II)”, de fecha 12 de febrero de 1981. V. Para un examen más profundo de la cuestión, consúltese DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 385.

La existencia de esos documentos internacionales responde a la preocupación expresamente manifestada por ambas organizaciones ante la diversidad de regulaciones nacionales sobre esta figura contractual. Según se indica en dichos textos, esta heterogeneidad generaba inseguridad jurídica en el comercio internacional, dificultando la previsibilidad de los efectos contractuales y aumentando el riesgo de litigios. Tanto Naciones Unidas como el Consejo de Europa destacaron, además, la importancia práctica de las cláusulas penales en las relaciones comerciales transfronterizas, por su utilidad para facilitar el resarcimiento de daños sin necesidad de prueba adicional. A su vez, subrayaron la necesidad de garantizar que tales cláusulas no se convirtieran en instrumentos de presión económica o sanción desproporcionada, especialmente en perjuicio de la parte contratante más débil. Por ello, impulsaron estos documentos con el objetivo de promover principios comunes que armonizaran su tratamiento jurídico, fomentando un equilibrio entre libertad contractual y protección frente a abusos.

⁴ Por todos, GRASSETTI, C. (1960). Clausola. En *Enciclopedia del diritto* (Vol. VII, págs. 184 y ss.). Milano: Giuffrè, págs. 185 y ss.

⁵ Para un análisis del significado de cláusula testamentaria desde esta misma perspectiva conceptual, véase BARBA, V. (2013). La nozione di disposizione testamentaria. *Rassegna di diritto civile* (4), págs. 963 y ss.

⁶ Como señala RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46(2), pág. 546, con independencia del momento en que se celebre el acuerdo, resulta en todo caso indispensable que la estipulación penal sea pactada con anterioridad a la verificación del incumplimiento, pues sólo así puede cumplir su función típica de prevención, garantía o liquidación anticipada del daño.

⁷ Por todos, PERLINGIERI, P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, pág. 277.

⁸ PERLINGIERI, P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche*, cit., pág. 274: “La dottrina, nell’individuale la nozione di rapporto, ne ha messo in evidenza il profilo strutturale, tralasciando quello funzionale fondado sulla valutazione degli interessi regolati. Il rapporto si configura invece— no soltanto como relación tra situaciones subjetive, ma— como regolamento, como disciplina di opposti o collegati centri di interessi al fine di ridurli ad unità. Il rapporto, quale regolamento delle situazioni soggettive nella loro sintesi, è l’ordinamento del caso concreto”.

⁹ Una de las primeras sentencias a las que se suele hacer referencia en esta materia es STS 8 de enero de 1945 (RJ7) que definió la cláusula penal como aquel pacto que tiene una doble función: la liquidación del daño y la función coercitiva. Como consecuencia de esta sentencia, durante mucho tiempo se consideró en la doctrina que la cláusula penal era aquella que fijaba una sanción para el caso en que el deudor incumpliera la obligación principal, imponiendo al moroso la realización de una prestación específica.

¹⁰ En la doctrina italiana, partiendo de la literalidad del artículo 1382 del Código Civil —según el cual la pena convencional es exigible aun sin necesidad de prueba del daño, salvo pacto en contrario—, se ha puesto en duda que la cláusula penal cumpla una auténtica función resarcitoria, sosteniéndose más bien su carácter punitivo TRIMARCHI, V. M. (1954). *La clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 13 ss., MAGAZZÙ, A. (1960). *Clausola penale*. En *Enciclopedia del diritto* (Vol. VII, págs. 186-196). Milano: Giuffrè, pág. 189. En esta línea, se ha llegado a defender la admisibilidad de una pena puramente punitiva. Otro sector de la doctrina, MARINI, A. (1984). *La clausola penale*. Napoli: Jovene, págs. 36 y ss., sin adscribirse a la función reparadora, prefiere hablar de una finalidad sancionadora, si bien no se trataría de castigar al deudor, sino de establecer convencionalmente una sanción *ex ante* por el incumplimiento. Se afirma, por tanto, que la cláusula penal constituye un verdadero instrumento de autotutela ZOPPINI, A. (1991). *La pena contrattuale*. Milano: Giuffrè, pág. 167. Más recientemente, MAZZARESE, S. (1990). *Le obbligazioni i penali*. Padova: Cedam, págs. 152-156; MAZZARESE, S. (1999). *Clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 181 y ss., ha defendido la idea de que la función sancionatoria de la cláusula penal posee una natura dual, en cuanto puede desempeñar bien una función resarcitoria a forfait, bien una función meramente aflictiva, precisando que dichas funciones son mutuamente excluyentes y, al mismo tiempo, conjuntamente exhaustivas respecto al ámbito operativo de la cláusula penal.

Algunos autores, BOZZI, L. (2005). *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell’autonomia privata*. *Europa e Diritto Privato* (4), págs. 1105 s., consideran que la cuestión carece de relevancia teórica y práctica, dado que la obligación del deudor nace de la propia cláusula penal. A mi parecer, también en el derecho italiano debe distinguirse entre la cláusula penal orientada exclusivamente a la estimación del daño y aquella que persigue una finalidad punitiva. En ambos casos, la diferente función atribuida al pacto exige consecuencias normativas diferenciadas, y, en este sentido, la experiencia del PRMOC de 2023, que más adelante se comentará, ofrece una regulación adecuada que permite comprender el valor polifuncional de la cláusula penal.

¹¹ ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (Decimocuarta ed.). Madrid: Edisofer, págs. 268 s.

¹² Para un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la materia, véase PINAZO TOBES, E. (1995). *Cláusula penal contractual*. En Á. CARRASCO PERERA, *Derechos personales de*

garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 325 y ss.

¹³ Para un análisis de la cláusula penal desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, véase MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 21 y ss. quien sostiene que esta figura contractual debe interpretarse a la luz del concepto de contrato completo y de la noción de incumplimiento eficiente. El contrato completo es aquel que, idealmente, prevé ex ante todas las contingencias posibles y asigna en consecuencia los riesgos y los incentivos adecuados a las partes. En este marco teórico, la cláusula penal cumple una función esencial: permite internalizar los costes del incumplimiento y, al mismo tiempo, preservar la eficiencia global del acuerdo.

El incumplimiento eficiente, por su parte, describe la situación en la que a una de las partes le resulta económicamente más conveniente incumplir lo pactado y asumir la sanción correspondiente, ya que ello genera un beneficio neto superior no solo para dicha parte, sino potencialmente también para el conjunto del sistema. Así concebida, la cláusula penal no tiene una función meramente disuasoria o retributiva, sino que opera como un mecanismo racional de redistribución del riesgo y de optimización de los comportamientos contractuales, favoreciendo la circulación de la riqueza y la eficiencia en la asignación de los recursos. En esta línea, SOLER PRESAS, A. (2023). El control de los pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento del contrato. *Revista de Derecho Civil*, X(3), pág. 113.

¹⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (653), pág. 1471. El hecho de que la buena o mala fe del deudor no constituya un presupuesto para la operatividad de la facultad judicial de moderar la cláusula penal no implica, desde luego, que tal elemento quede privado de relevancia. Al contrario, la buena o mala fe del incumplidor adquiere pleno valor como criterio orientador en el ejercicio concreto de la moderación, influyendo en la determinación del importe final de la pena reducida.

¹⁵ ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), págs. 1581 y ss.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2016). La moderación de la cláusula penal en el derecho español. Cuestiones actuales. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE* (16), págs. 73 y ss.

¹⁶ STS 3513/2006, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2006:3513, especialmente FD 4, “Es doctrina constante de esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 2001, 22 de octubre de 2002, 5 de diciembre de 2003 y 3 de octubre de 2005, que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, “la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis”, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes”. V. STS 5460/2008 de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2008:5460, en FD 4; STS 775/2002, 7 de febrero, ECLI:ES:TS:2002:775, en FD 7.

¹⁷ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 127 y ss.; DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2021). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos* (Segunda ed.). Ma-

drid: Marcial Pons, pág. 74; MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. InDret (2), pág. 11: “Además, a pesar de la eventual reforma legal, la moderación de la pena por razones de equidad no encaja en nuestro ordenamiento, pues choca con la rigidez extrema en la revisión de los contratos por cambio de las circunstancias. Por ello, permitir la moderación de la pena por razones de equidad distorsiona el principio *pacta sunt servanda* (1258 CC) al debilitarlo única y exclusivamente cuando se trata de una cláusula penal”. ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), págs. 1630 y ss.

¹⁸ Afirma ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (14 de agosto de 2017). Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado. *Almacén de Derecho*, pág. 1: “Si los jueces reducen las cláusulas penales hasta hacerlas equivalentes a los daños previsibles o reales, pierden su función de permitir a las partes reducir sus costes de control de la conducta del deudor (*monitoring*), costes que constituyen un despilfarro y que, indudablemente, quedan reflejados en el precio (el comprador estará dispuesto a pagar un precio mayor si hay una cláusula penal vinculante que le protege frente al incumplimiento del deudor)”.

¹⁹ Entre los primeros autores que se pronunciaron a favor de la revisión judicial de la pena por razones de equidad, incluso en el caso de incumplimiento total v. JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*. Madrid: Civitas, págs. 199 s.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 582 y ss., espec. págs. 584: “Por eso, es posible que sean moderadas las penas incluso en casos de incumplimiento total. No hay obstáculos para ello ni en la letra, ni en la finalidad de la norma del art. 1154 CC. Fijémonos que el citado artículo no dice que el juez solo moderará o solo procederá la moderación cuando ... cumplimiento parcial o irregular. Lo que está ordenando al juez es una decisión en equidad en caso de cumplimiento irregular o parcial. Pero no impide el art. 1154 CC que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el art. 1103 CC) en casos distintos de los descritos en esa norma”.

²⁰ Por todos, ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, págs. 70 y ss. La autora defiende y fundamenta que “en determinadas circunstancias lo más equitativo es no moderar”.

²¹ No hay unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. V. ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson, pág. 134.

²² DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, pág. 117; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (653), págs. 1471 y ss.

²³ Merece ser destacada —y, a mi juicio, compartida— la tesis de JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*. Madrid: Civitas, págs. 194 y ss., según la cual la norma sobre la moderación de la cláusula penal posee, sin duda, carácter imperativo. No obstante, tal calificación no conlleva necesariamente su aplicación de oficio por parte del órgano jurisdiccional. Por el contrario, resulta razonable sostener que la operatividad de dicha norma presupone, en todo caso, una solicitud expresa de la parte interesada. Desde esta perspectiva, la imperatividad de la regla no implica una intervención automática de la autoridad judicial, sino que actúa como un límite inderogable a la autonomía privada: las partes no pueden excluir con-

tractualmente la facultad judicial de moderación, pero sí pueden, de hecho, dejarla sin efecto al no invocarla en el proceso. En este mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46(2), pág. 581, al afirmar que el carácter imperativo de la norma debe interpretarse como una garantía normativa frente a eventuales excesos del poder de disposición de las partes, sin que ello implique una sustitución de la voluntad procesal de quien se considere perjudicado por el exceso de la pena pactada. Cabe anticipar, que esta solución es la que ha sido elegida en la PRMOC de 2023.

²⁴ En sentido contrario, con muchos argumentos, MAS BADÍA, M. D. (1995). *La revisión judicial de las cláusulas penales (apéndices cronológico y sistemático de jurisprudencia)*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 77 y ss.; DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 118 s.

²⁵ FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022). La renuncia a la moderación de la cláusula penal. *Actualidad civil* (1), págs. 2 y ss.

²⁶ Por todos, DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 52-59, que identifica claramente estas tres funciones. V., también, MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 75-107.

²⁷ La distinción ya había sido realizada por la Jurisprudencia española, que, a pesar del tenor literal de la norma del artículo 1152 CC. Véase STS 10851/1990 de 22 de octubre – ECLI:ES:TS:1990:10851, especialmente el fundamento de derecho “cuarto”. El TS excluye que la cláusula pactada por las partes pueda considerarse una cláusula penal, ya que la suma acordada de 630.000 pesetas no puede considerarse una evaluación anticipada de daños ni un resarcimiento proporcional a las consecuencias del incumplimiento, pues no cubre adecuadamente los perjuicios derivados de la ocupación prolongada del local. Dicha ocupación se extendió desde la fecha de la compraventa (1983) hasta la ejecución definitiva de la sentencia (1990); por lo tanto, esta cláusula no responde a la finalidad típica de una pena convencional ni a la compensación completa de los daños ocasionados.

Esta doctrina ha sido confirmada, entre otras, por STS 7966/2006 de 18 de diciembre – ECLI:ES:TS:2006:7966. En el caso, el 8 de septiembre de 1995, las partes firmaron un contrato de “arrendamiento de ganado”, mediante el cual los demandantes entregaron a los demandados un lote de ganado ovino y caprino, cuya existencia y contenido fueron reconocidos por ambas partes. El 30 de agosto de 1997, los demandados entregaron un lote de ganado envejecido, enfermo y malnutrido, que no coincidía con el previamente identificado. El conflicto surgió en torno a la interpretación de la cláusula décima del contrato, que establecía que “el incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de quinientas mil pesetas”. El TS excluye que el pacto pueda calificarse de cláusula penal. Esa interpretación llevaría a una consecuencia absurda: los deudores podrían liberarse de su obligación de entregar el ganado simplemente pagando las quinientas mil pesetas, lo que no es compatible con el sentido lógico y la intención de las partes. Según la sentencia, dado el valor significativo del ganado, era previsible que los daños por incumplimiento fueran muy superiores a las quinientas mil pesetas fijadas en la cláusula. Además, la cláusula no incentivaba el cumplimiento, sino que solo pretendía establecer una indemnización genérica por incumplimientos menores, sin excluir la obligación principal de entregar el ganado pactado.

²⁸ Para un análisis comparado con el Derecho alemán, véase el estudio de FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2011). Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán. *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales* (13), págs. 62 y ss. Según la autora el BGB ofrece una regulación más precisa y sistemática que el Código Civil

español. Cada párrafo del BGB delimita con claridad su objeto: eficacia de la cláusula penal, su aplicación en caso de incumplimiento total o parcial, su forma no pecuniaria, la posibilidad de reducción, su ineficacia, y la carga de la prueba. Además, muestra cómo el Derecho alemán contempla con mayor precisión aspectos clave como: el momento de eficacia de la cláusula penal (ligado a la mora o a la infracción de una obligación de no hacer); la función sustitutiva o acumulativa de la pena según el tipo de incumplimiento; la posibilidad de moderación judicial, y la naturaleza facultativa o sancionadora de determinadas cláusulas. Cabe destacar que el § 342 BGB regula expresamente las penas en especie (pérdida de derechos, acciones concretas), ausentes en el CC español y se contempla la posibilidad de reducción o sustitución por equivalentes pecuniarios, algo no desarrollado en el Derecho español.

²⁹ STS 718/2017 de 24 de febrero – ECLI:ES:TS:2017:718. En los fundamentos, al punto II.5 se lee: “En función de cómo se configure por las partes la cláusula penal puede tener una función resarcitoria o reparadora del daño que ha causado al acreedor el incumplimiento de la obligación por el deudor o el cumplimiento irregular, con lo que la cláusula viene a sustituir a la indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en el artículo 1101 CC, o bien puramente punitiva desligada de todo propósito resarcitorio. En este caso, pena cumulativa, se trataría de una prestación adicional del deudor que se suma a la propia indemnización de daños y perjuicios que ampara el artículo 1101 CC. Para que concurra esta modalidad, cláusula penal cumulativa, será preciso, por no presumirse su regulación en el código civil español, que haya sido convenida”.

³⁰ Cabe recordar que en la Convención de Benelux de 26 de noviembre de 1973 se suprimió la distinción entre la cláusula de determinación anticipada de los daños y perjuicios y la cláusula penal en sentido estricto, por considerarse dicha diferenciación inadecuada y poco oportuna. Véase DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 387.

³¹ Para considerar el debate actual en torno a los daños indemnizables en el Derecho contractual inglés, resulta fundamental el trabajo de GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2011). Daños indemnizables en Derecho contractual inglés. Revisión de la Remoteness Rule. *Anuario de Derecho Civil*, 1, págs. 126 y ss., quien ofrece una contribución clave al analizar en profundidad el proceso de revisión de la *remoteness rule*. Su estudio destaca cómo esta regla, tradicionalmente basada en la previsibilidad del daño, ha sido objeto de fuertes críticas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Gregoraci identifica dos líneas centrales: la insuficiencia del enfoque clásico para resolver casos complejos, y la progresiva consolidación de una nueva perspectiva que interpreta los límites de la responsabilidad contractual a partir de la voluntad objetivamente apreciada de las partes y del contenido del contrato. Esta evolución se refleja especialmente en el caso *The Achilles*, que marca un punto de inflexión al trasladar por primera vez a la House of Lords los debates hasta entonces puramente teóricos. El artículo, en suma, ilustra un cambio paradigmático en la delimitación del daño indemnizable, con importantes implicaciones teóricas y prácticas.

³² CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1153. En *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 158: “La pena deja de ser sustitutiva, cuando se pacta que sea cumulativa, lo cual es permitido tanto por este título como por el 1153”.

³³ GETE-ALONSO Y CALERA, M. d., & SOLÉ RESINA, J. (2021). *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*. Barcelona: Atelier, pág. 118.

³⁴ En el Derecho civil italiano se establece expresamente que esta “tiene el efecto de limitar la indemnización a la prestación prometida, salvo que se haya pactado el resarcimiento

del daño ulterior” (cfr. art. 1382) y siempre se ha considerado que dicha cláusula puede asumir diversas configuraciones. En particular, se distingue entre una cláusula penal pura, una cláusula meramente liquidatoria, una cláusula mixta, o, finalmente, una cláusula liquidatoria que admite la prueba de un mayor daño, y que, por tanto, cumple una función de valoración presuntiva. Para un análisis exhaustivo, véase: TRIMARCHI, V. M. (1954). *La clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 35 y ss.; TRIMARCHI, V. M. (1964). *Clausola penale*. En *Novissimo Digesto Italiano* (Vol. III). Torino: Utet, pág. 351: “È prevista una penale per il caso di inadempimento o per il caso di semplice ritardo nell’adempimento dell’obbligazione principale. E la prestazione può essere dovuta come pura sanzione penale; ovvero a titolo di penale e a titolo di risarcimento del danno dovuto per legge (con possibilità di concorso elettivo o di cumulo tra la penale ed il risarcimento ovvero con previsione del ricorso al risarcimento del danno per la misura in cui questo superi la penale)”. V., también, MARINI, A. (1984). *La clausola penale*. Napoli: Jovene, págs. 26 y ss.; GABRIELLI, E. (1984). *Clausola penale e sanzioni private nell’autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane; MAZZARESE, S. (1990). *Le obbligazioni i penali*. Padova: Cedam, págs. 152 y ss.; MAZZARESE, S. (1999). *Clausola penale*. Milano: Giuffrè, págs. 212 y ss., que manifiesta dudas respecto de la admisibilidad de una cláusula penal puramente punitiva, tanto por la naturaleza relativamente inderogable del artículo 1382 del Código Civil, como por la norma que establece la prohibición de acumulación contenida en el artículo 1383 del mismo cuerpo legal, y, finalmente, a la luz del principio de moderación de la pena, en relación con el cual la intervención judicial carecería de sentido práctico TATARANO, M. (2002). *L’adeguamento della penale tra clausola e rapporto*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.

³⁵ Con referencia al Derecho peruano ESPINOZA ESPINOZA, J. (2014). La cláusula penal. *THEMIS: Revista de Derecho* (66 (Ejemplar dedicado a: Treinta aniversarios del Código Civil), págs. 226 y ss. identifica cuatro funciones de la cláusula penal: función resarcitoria: tiene por objeto garantizar la reparación del daño sin imponer al acreedor la carga probatoria de su cuantificación. No obstante, debería reconocerse al deudor la facultad de acreditar que el perjuicio efectivamente sufrido es inferior al monto pactado. Función punitiva: configura la cláusula penal como una sanción derivada del incumplimiento, desvinculada de la necesidad de probar la existencia y el alcance del daño real. Función sancionadora: se concibe como un instrumento de represión de conductas antijurídicas dentro del ámbito civil, aunque su fundamentación teórica sigue siendo objeto de debate. Función dualista: articula de manera complementaria las dimensiones resarcitoria y punitiva, permitiendo que la cláusula penal asuma una u otra finalidad en función de las circunstancias del caso.

³⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 542 s.

³⁷ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 57-58 y 68-69 incluye entre los tipos de cláusulas penales también las que no tratan “de asegurar ni el débito ni la responsabilidad de la obligación principal, sino que, aunque el acreedor prefiere el cumplimiento de cierta obligación (que en este sentido podríamos decir que es la principal), acepta que el deudor pueda liberarse de cumplirla ejecutando otra predeterminada, que funciona como pena. Se podría decir que el acreedor acepta que el perjuicio que pudiera seguirsele del desistimiento de la principal se enjunge con la ejecución de la pactada como accesoria”. MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 76 y ss. y 86 y ss. afirma que las modalidades o tipos de cláusula penal pueden clasificarse en cuatro categorías, según la pena que contengan: a) pena sustitutiva o compensatoria; b) pena cumulativa; c) pena moratoria; d) multa penitencial.

³⁸ V. ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (Decimocuarta ed.). Madrid: Edisofer, págs. 261 s.

³⁹ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2021). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons, págs. 72 s.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), pág. 542.

⁴⁰ Por todos, DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (I). *Revista de Derecho Privado*, págs. 3 y ss.; DÍAZ ALABART, S. (1996). Las arras (II). *Revista de Derecho Privado*, págs. 83 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). Arras de desistimiento y arras penales. *Revista de Derecho Privado*, págs. 427 s.; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). De nuevo sobre las arras. *Revista de Derecho Privado*, págs. 877 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. d., & SOLÉ RESINA, J. (2021). *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*. Barcelona: Atelier, pág. 120.

⁴¹ En la jurisprudencia para una distinción entre arras penitenciales y confirmatorias, véase: STS 1146/1986, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:1986:1146, especialmente en Fundamento de Derecho n. 4. Para una distinción entre las tres funciones de las arras, v. STS 1765/1989, de 9 de marzo, ECLI:ES:TS:1989:1765, que afirma esta doctrina: “De las tres funciones tradicionalmente asignadas a las arras, como señal en la celebración de un contrato o prueba de su cumplimiento (arras confirmatoria), como entrega de cantidad para responder del cumplimiento del contrato o arras penales que tienen una función estricta de garantía de cumplimiento, ya que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo y, como arras penitenciales que facultan la resolución del contrato perfeccionado, siendo a estas últimas, a cuyo cometido de garantía de cumplimiento se une la facultad de resolver el contrato, a las que el artículo 1.454 del Código Civil se refiere, debiendo serles atribuido un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezcan, de modo que, la nota genérica dé no presunción de las arras, alcanza en éstas su mayor rigor, exigiendo su constancia si no denominándolas expresamente con su específico nombre, sí haciendo constar, inequívocamente, la función resolutoria que contienen, circunstancia cuya falta en el caso presente obliga a rechazar la pretensión”. En el mismo sentido: STS 22400/1994, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1994:22400; STS 1813/1995 de 25 de marzo, ECLI:ES:TS:1995:1813; STS 4440/2009 de 29 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4440; STS 672/2013, de 25 de febrero, ECLI:ES:TS:2013:672.

Cabe adelantar que la PRMOC de 2023 ha introducido un cambio sustancial en el régimen jurídico de las arras. Mientras el artículo 1454 CC establece una presunción de arras penitenciales, la Propuesta abandona este criterio tradicional y, como se desprende del artículo 1234, configura con carácter general las arras como confirmatorias. Así lo explicita expresamente la exposición de motivos, al señalar que “se añade una regulación más completa de las arras que, con carácter general, las configura como confirmatorias, lo que ha conllevado la derogación del artículo 1454 del Código Civil, situado en sede de compraventa”. Este giro normativo supone una transformación relevante del régimen dispositivo tradicional y refuerza el carácter vinculante del compromiso contractual en la fase precontractual.

⁴² GÓMEZ POMAR, F. (Julio de 2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret* (3), pág. 13 considera la cláusula penal como un remedio contractual y, en particular, como un remedio de contenido económico y naturaleza resarcitoria, enmarcándola dentro de una clasificación tripartita de los remedios contractuales que distingue entre aquellos que imponen el cumplimiento forzoso de la prestación por parte del contratante incumplidor, como el cumplimiento específico, la reparación o la sustitución; aquellos de contenido económico,

como la indemnización de daños y perjuicios, la reducción del precio o la cláusula penal misma; y, finalmente, los remedios que implican la ineficacia del contrato, como la resolución o, aunque sea de forma temporal, la *exceptio non adimpleti contractus*.

⁴³ MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *InDret* (2), págs. 1 y ss.; MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 159 y ss.

⁴⁴ Señala GÓMEZ POMAR, F. (Julio de 2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret* (3), pág. 4: “Los contratos son la forma más importante (cuantitativa y cualitativamente, al menos en una sociedad compleja) de articulación de la cooperación entre los individuos. Las obligaciones son meros expedientes técnicos, instrumentales, para ordenar y expresar los efectos jurídicos de la cooperación humana expresada en el contrato. El contrato es sustancial; la obligación, instrumental”.

⁴⁵ ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), págs. 1598 y ss., analiza la PMOC de 2009, que distingue entre penas sustitutivas e indemnizaciones penales, y que permite cláusulas cumulativas cuando estas se refieren a incumplimientos parciales o retardados. Según el artículo 1149-1.º de dicha Propuesta, el ejercicio de la acción de cumplimiento excluye la pretensión de pena, salvo que esta se haya pactado específicamente para el retraso o el cumplimiento defectuoso. Por tanto, la compatibilidad entre pena y cumplimiento dependerá de la naturaleza del incumplimiento y del contenido expreso del acuerdo contractual.

⁴⁶ ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4), pág. 1601 se refiere a ella como alternativa.

⁴⁷ Para obligación facultativa, en general, entendemos aquella en la que el objeto de la prestación es único, pero el deudor está autorizado a extinguir la obligación cumpliendo con una prestación distinta, sustitutiva de la principal, mediante una facultad unilateral de elección que no modifica la estructura esencial del vínculo. En este tipo de relación obligacional, existe una sola prestación principal, determinada desde el origen, mientras que la otra constituye una posibilidad accesorio cuya ejecución, si se elige, también libera al deudor. No nos hallamos ante una obligación alternativa, donde coexisten varias prestaciones entre las que puede elegirse cualquiera como objeto del vínculo, sino ante una obligación simple, dotada de una facultad de sustitución que corresponde exclusivamente al deudor. Esta figura se basa en algunos principios fundamentales: la existencia de un único objeto obligatorio, la posibilidad de cumplir mediante una prestación diferente prevista y autorizada por las partes, el carácter exclusivo de la facultad de elección a favor del deudor y la extinción de la obligación mediante la realización de cualquiera de las dos prestaciones. Solo a título orientativo, algunos ejemplos de obligaciones facultativas son los siguientes: el deudor se obliga a entregar un bien determinado pero puede liberarse entregando otro previamente identificado en el contrato (por ejemplo, restituir una obra de arte o, en su lugar, otra de la misma colección); quien asume la obligación de entregar un animal concreto y se le autoriza a sustituirlo por otro de iguales características; el contratista que se compromete a construir un inmueble, con la posibilidad de cumplir entregando otro ya edificado; o el artista que promete crear una obra, pudiendo optar por entregar una ya realizada y pactada como sustitutiva. Estos ejemplos muestran que la obligación facultativa constituye una figura general del derecho de obligaciones, cuya utilidad práctica va mucho más allá del caso puntual de la cláusula penal de desistimiento. Por ello, defendiendo un cambio de rúbrica del artículo 1198 PRMOC de 2023.

⁴⁸ Como ha señalado DE LA MAZA GAZMURI, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7), págs. 24 y ss., desde una perspectiva también económica, la cláusula penal cumple una doble función: por un lado, protege al acreedor no tanto garantizando el cumplimiento del contrato, sino asegurando que, en caso de incumplimiento, no sufra un perjuicio económico; por otro lado, opera como un mecanismo que compensa la eventual falta de reputación del deudor, en cuanto que la asunción de una pena contractual constituye una manifestación pública de su compromiso con el cumplimiento, reforzando así la confianza del mercado en su seriedad como contratante.

⁴⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), pág. 555, señala que las cláusulas penales más frecuentemente utilizadas en la práctica contractual adoptan formas diversas, adaptadas a la naturaleza de la obligación garantizada. Así, en las obligaciones de dar o de hacer no pecuniarias, suele preverse una reducción proporcional de la contraprestación; en las obligaciones pecuniarias o en las de no hacer —como en el caso paradigmático del pacto de no competencia—, se estipula ordinariamente el pago de una suma fija o el incremento de intereses, con frecuencia acumulativos por cada infracción. Asimismo, se contemplan penas consistentes en la pérdida de cantidades entregadas como señal o anticipo, descuentos sobre el precio que debería percibir el contratista, o incluso la resolución del contrato sin derecho a restitución. En el ámbito societario, no es infrecuente que la sanción consista en la pérdida de derechos sociales, lo cual, sin ser formalmente una exclusión, produce efectos equivalentes al inducir al socio a abandonar la entidad.

⁵⁰ Sigue siendo problemática la determinación de si pueden existir cláusulas penales de origen legal. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 517-525, se muestra favorable a dicha posibilidad, ofreciendo diversos ejemplos normativos y una fundamentación dogmática sólida; parte de la idea de que la cláusula penal se regula dentro del ámbito de la obligación —y no exclusivamente en el del contrato—, como también ocurre, por ejemplo, en el Código Civil italiano. Entre los ejemplos que cita destacan: el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el artículo 27.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y, finalmente, los artículos 58 y 59 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

⁵¹ V. por ejemplo, el *Marco Común De Referencia (DCFR)*, artículo III.-3:712: Indemnización estipulada para casos de incumplimiento, cuyo texto establece: “(1) Cuando los términos que regulan una obligación disponen que un deudor que no cumpla una obligación tiene que pagar una determinada cantidad al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a cobrar dicha cantidad con independencia del daño sufrido. (2) Sin embargo, y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad estipulada a este fin en un contrato u otro acto jurídico podrá reducirse a una cifra razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en relación con el daño por el incumplimiento y a las demás circunstancias. Una norma parecida se recoge en los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, en el art. 7.4.13 – Pago estipulado para el incumplimiento, cuyo texto establece: “(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido. (2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias. Una norma más compleja se encuentra en el artículo 170 del Código Gandolfi. No se encuentran normas similares en los *Principios Acquis*, V. ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el De-

recho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson, págs. 127 y ss.

⁵² Entre otros: Codice civile Italiano artículo 1382: “Effetti della clausola penale. La clausola penale è una pattuizione accessoria con cui si conviene che, in caso di inadempimento o ritardo nell’adempimento, uno dei contraenti sia tenuto a una determinata prestazione; Code Civil Français – artículo 1231-5: “Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l’engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d’office, à proportion de l’intérêt que l’exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l’application de l’alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n’est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure”; Código Civil Portugués artículo 8101.: “Cláusula penal – As partes podem estipular, a título de cláusula penal, uma prestação pecuniária ou outra, para o caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação”; Code Civil Belge artículo 5.88: “Clause indemnitaire. § 1er. Les parties peuvent convenir à l’avance qu’en cas d’inexécution imputable, le débiteur est tenu, à titre de réparation, au paiement d’un montant forfaitaire ou à la fourniture d’une prestation déterminée. Dans ce cas, il ne peut être alloué à l’autre partie une réparation plus élevée, ni plus basse. § 2. Toutefois, si la clause indemnitaire est manifestement déraisonnable, le juge la réduit, d’office ou à la demande du débiteur, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à une réparation inférieure à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable. § 3. Lorsqu’un intérêt est stipulé pour le retard de paiement d’une somme d’argent, le paragraphe 2, alinéa 1er, est d’application conforme. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à un intérêt inférieur à l’intérêt légal. § 4. Par dérogation aux paragraphes 2 et 3, lorsqu’ils figurent dans des conditions générales incluses dans un contrat d’adhésion et qu’ils portent sur l’inexécution d’une obligation de somme, le Roi peut fixer par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres le montant maximal de la clause indemnitaire et l’intérêt de retard maximal. Il tient compte, à cet égard, du montant de l’obligation de somme, de la catégorie du contrat et du secteur d’activités concerné. Les clauses contraires sont réputées non écrites dans la mesure où elles dépassent le maximum autorisé. § 5. Le juge réduit proportionnellement la clause indemnitaire qui porte sur l’inexécution totale par le débiteur, lorsque l’obligation est partiellement exécutée. § 6. Si la clause indemnitaire porte sur un montant ou une prestation déraisonnablement faible, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier, l’article 5.89 est d’application conforme. § 7. Toute clause contraire aux dispositions des paragraphes 2, 3 ou 5 est réputée non écrite”; Bürgerliches Gesetzbuch § 339: «Vertragsstrafe. Verspricht der Schuldner dem Gläubiger eine Vertragsstrafe für den Fall, dass er seine Verpflichtung nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, so kann die Strafe von dem Gläubiger unter den gesetzlichen Voraussetzungen gefordert werden; Code des Obligations Suisse artículo 160: „1. Lorsqu’une peine a été stipulée en vue de l’inexécution ou de l’exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l’exécution ou la peine convenue. 2 Lorsque la peine a été stipulée en vue de l’inexécution du contrat au temps ou dans le lieu convenu, le créancier peut demander à la fois que le contrat soit exécuté et la peine acquittée, s’il ne renonce expressément à ce droit ou s’il n’accepte l’exécution sans réserves. 3 Le débiteur conserve la faculté de prouver qu’il a le droit de se départir du contrat en payant la peine

stipuléé“; Burgerlijk Wetboek (BW) artículo 6:91: “Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenissen tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan”.

⁵³ Según ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (14 de agosto de 2017). Cláusulas penales: función económica, legitimidad jurídica y efectos sobre el mercado. *Almacén de Derecho*, págs. 1 y ss., el uso de cláusulas penales adquiere una especial relevancia cuando se analiza su impacto en el contexto de la competencia entre empresas. En el caso paradigmático de Tetra Pak, la Comisión Europea sancionó a la compañía por aprovechar su posición dominante en el mercado del envasado aséptico para obstaculizar el acceso de competidores, mediante contratos que incluían cláusulas penales y otras condiciones restrictivas que generaban dependencia técnica y comercial. Estas prácticas permitieron extender ilícitamente su dominio al mercado de envases no asépticos, vulnerando así las normas de competencia. Una lógica similar se observó en Gas Natural Castilla y León, donde la cláusula penal formaba parte de una estrategia de vinculación abusiva entre mercados conexos, aprovechando una posición de dominio legalmente otorgada para expandirse hacia actividades no reguladas. Asimismo, en los contratos de mantenimiento de ascensores suscritos por diversas empresas durante los años noventa, la imposición uniforme de penalizaciones desproporcionadas por resolución anticipada evidenció prácticas cartelizadas que fueron corregidas por los tribunales. En este contexto, el autor sugiere que la utilidad de la cláusula penal podría variar si se la considera no tanto como una herramienta disuasoria en relaciones bilaterales, sino como un posible instrumento de cierre del mercado y de restricción de la competencia en relaciones horizontales o verticales entre empresas.

⁵⁴ 131.

⁵⁵ La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo considera que todo incumplimiento voluntario reviste carácter doloso (v. gr., STS 4786/1980, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:1980:4786). Esta calificación no es irrelevante desde el punto de vista dogmático, pues implica una intensificación de los efectos jurídicos del incumplimiento. En particular: se invalida toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad; no procede la moderación de la cláusula penal, aun concurriendo los presupuestos del artículo 1154 CC; se inaplica el límite de la previsibilidad en la indemnización de daños (art. 1107.2 CC); y se facilita el reconocimiento del daño moral contractual, tanto en su procedencia como en su cuantificación. Por todos, MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor (Navarra); ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el Derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson, Thomson-Civitas; PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1019 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1719 y ss.; LLAMAS POMBO, E. (2020). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, págs. 205 y ss.

⁵⁶ ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2012). La regulación de la cláusula penal en los PECL y el draft y su comparación con el Derecho español. En M. d. GÓMEZ LAPLAZA, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*. Madrid: Dykinson, pág. 132. DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 151 y 188 s.: “Pues bien la cláusula penal sustitutiva «a forfait» no impedirá el resarcimiento del daño mayor cuando la conducta del deudor incumplidor haya sido dolosa. A este respecto el texto

del artículo 1102 CC es tajante, y constituye uno de los límites del artículo 1255 CC. A tenor del artículo 1102, ni es posible la exoneración de la responsabilidad, ni tampoco su rebaja. Si el incumplimiento es doloso y los daños causados superan la pena, el acreedor puede reclamar la diferencia conforme a los artículos 1101 y ss. CC. Aplicando el artículo 1102 CC la cláusula penal no se anula, sino que sencillamente no funcionará como sustitutoria de todos los daños y perjuicios”. Debe señalarse la relevante posición de RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), pág. 572, quien sostiene la posibilidad de indemnizar siempre el daño mayor, incluso en ausencia de una estipulación expresa al respecto. Según el autor, el Código Civil no prohíbe en modo alguno la reparación integral del perjuicio sufrido por el acreedor, salvo que las partes hayan pactado expresamente lo contrario. Desde esta perspectiva, la cláusula penal no opera como un límite absoluto a la responsabilidad contractual, sino como una previsión mínima de resarcimiento que puede ser superada cuando se demuestre la existencia de un daño efectivamente superior al importe convenido como pena. Esta posibilidad subsiste incluso en los casos en que el incumplimiento no sea doloso, y sólo se vería excluida si las partes hubiesen acordado de forma explícita la renuncia a reclamar cualquier indemnización adicional. En consecuencia, la doctrina de Tapia reivindica un principio de reparación plena del daño, en virtud del cual la cláusula penal no constituye un techo indemnizatorio inamovible, sino una presunción iuris tantum de cuantificación del perjuicio, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario por parte del acreedor.

⁵⁷ Comentando la STS 16254/1991 de 22 de mayo, ECLI:ES:TS:1991:16254, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1992). Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de mayo de 1991: ¿Indefensión? cláusula penal. *Poder Judicial* (25), pág. 125, critica la decisión del TS de no moderar la cláusula penal en un caso de compraventa donde el comprador, pese al incumplimiento parcial, había disfrutado del bien durante un largo período. A su juicio, ante un incumplimiento parcial, el artículo sobre la moderación de la cláusula penal impone igualmente una reducción. Propone, al menos, una rebaja simbólica y sugiere que el vendedor pueda reclamar daños adicionales conforme a los artículos 1102 o 1107 del Código Civil, especialmente en caso de conducta dolosa de la contraparte.

⁵⁸ El artículo 1193 del PRMOC de 2023 establece, en su apartado primero, que “*las partes, de acuerdo con la buena fe, podrán ampliar, reducir o suprimir la obligación de indemnizar daños*”. En su apartado segundo, añade que “*son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario*”.

Este segundo inciso suscita una cuestión de precisión terminológica, ya que el término “*incumplimiento voluntario*” parece menos técnico y más amplio que el de “*incumplimiento doloso*”, lo que puede llevar a consecuencias interpretativas relevantes. En efecto, desde un punto de vista jurídico, no todo incumplimiento voluntario es doloso, aunque todo incumplimiento doloso sí es voluntario. La voluntariedad se refiere al hecho de que el deudor actúa libremente y con conciencia del incumplimiento, sin que medie error, fuerza o imposibilidad, mientras que el dolo exige, además, la intención de perjudicar o defraudar al acreedor, o al menos la aceptación consciente del daño derivado del incumplimiento.

Esta distinción es reconocida por la propia PRMOC, que en el artículo 1190.3 declara expresamente: “*El mero incumplimiento voluntario no implica, necesariamente, una conducta dolosa del deudor*”. Esta afirmación deja claro que el legislador distingue voluntariedad y dolo, tratándolos como categorías conceptuales distintas.

En consecuencia, si el artículo 1193.2 utiliza la expresión “*incumplimiento voluntario*” con plena conciencia de su diferencia respecto del dolo, la nulidad de las cláusulas de exclu-

sión o limitación de responsabilidad resultaría aplicable a un espectro mucho más amplio de casos. En efecto, no solo quedaría excluida la posibilidad de limitar la responsabilidad en casos de dolo (como sucede tradicionalmente en la mayoría de los ordenamientos), sino también en cualquier situación en la que el deudor, aun sin ánimo de defraudar, incumple conscientemente sus obligaciones.

Esto tendría consecuencias relevantes: el acreedor podría reclamar una indemnización plena, incluso superior a la prevista en cláusulas penales sustitutivas, por el mero hecho de que el deudor hubiera incumplido voluntariamente, aunque sin dolo. Tal interpretación reduciría drásticamente la eficacia de las cláusulas penales de naturaleza sustitutoria, y alteraría el equilibrio que el propio legislador intenta mantener entre libertad contractual y tutela del acreedor.

Por todo ello, cabría considerar más adecuado que el texto legal utilizara el término “incumplimiento doloso” en lugar de “voluntario”, salvo que se justifique de manera expresa esa ampliación de los supuestos de nulidad. En definitiva, una mayor precisión terminológica contribuiría a reforzar la coherencia interna del articulado y a evitar interpretaciones expansivas no deseadas. Así, GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. *Anuario de Derecho Civil*, pág. 21: “No creo, sin embargo, que esta sea la solución querida por la Propuesta. No es la vigente en nuestro Derecho (cf. artículo 1102 CC) ni tampoco es la que prevalece en el Derecho comparado. Más bien parece que el término voluntario del citado artículo 1193.2 in fine debería ser sustituido por el calificativo de doloso o, si se optara reservar este vocablo para el dolo en el proceso de formación del contrato, debiera ser cambiado por el de incumplimiento intencional; está última opción obligaría a modificar también la referencia al dolo del artículo 1190 PM 2023”.

⁵⁹ V. nota n. 54.

⁶⁰ Esto no excluye, como señala DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 63 s. que las partes también puedan establecer una cláusula penal en caso de incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor.

⁶¹ Cabe recordar que la PRMOC de 2023 adopta un concepto de incumplimiento objetivo, en el cual se vuelve irrelevante la imputabilidad o no del incumplimiento. Si el deudor no ejecuta la prestación debida, independientemente de si ello depende de un hecho que le sea o no imputable, el hecho se considera como incumplimiento. Asumido este concepto objetivo de incumplimiento, se precisa, sin embargo, que el remedio resarcitorio no es debido en presencia de cualquier incumplimiento, y en el artículo 1191 de la PRMOC de 2023 se indican los supuestos en los que el deudor no estará obligado a indemnizar el daño derivado del incumplimiento. Se trata de casos en los que hay incumplimiento, pero escapa de la esfera de control del deudor, en consonancia con lo establecido en el artículo 79.1 de la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías. Dado que la cláusula penal cumple una función vinculada a la indemnización, la propuesta precisa que no es exigible en los casos en que el deudor no esté sujeto a la obligación de indemnizar. Es importante destacar que esta perspectiva ya había sido adoptada en la PMOC (véase art. 1209). Por todos, MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, y ahora, con referencia a la PRMOC de 2023, v. BARBA, V. (2024). El nuevo concepto de incumplimiento y la consiguiente supresión de las normas sobre transmisión del riesgo. En *La modernizzazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, págs. 395 y ss.; GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. *Anuario de Derecho Civil*.

⁶² Remítase, en este sentido, a las consideraciones de RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula Penal en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46 (2), págs. 564 y ss., quien ofrece un análisis detallado distinguiendo entre el incumplimiento doloso, el culposo y el supuesto de concurrencia de culpa, así como el incumplimiento determinado por caso fortuito. A juicio del autor, el incumplimiento doloso constituye, por excelencia, el ámbito en el que la previsión de una cláusula penal cobra mayor justificación dogmática y funcional, debiendo incluso admitirse —conforme al artículo 1102 CC— la posibilidad de que el acreedor acredite un daño mayor al importe estipulado como pena, en aras de obtener una reparación plena del perjuicio sufrido. De igual manera, el autor no plantea objeción alguna a la validez de la cláusula penal en los casos de incumplimiento culposo. Sin embargo, advierte que en tales supuestos no resulta aplicable el mecanismo corrector del artículo 1102 CC. La cuestión se torna más compleja en presencia de un incumplimiento derivado de caso fortuito. En este escenario, el Autor propone diferenciar según la naturaleza de la cláusula penal: si se trata de una pena sustitutiva, esto es, que reemplaza la indemnización ordinaria por daños y perjuicios, cabría considerar el caso fortuito como un criterio de imputabilidad de la obligación penal, en la medida en que nos encontraríamos ante un supuesto análogo a la prevista en el artículo 1105 CC. En cambio, tratándose de una pena cumulativa, resultaría problemático, al menos en principio, admitir que el deudor responda del pago de una suma punitiva por un incumplimiento que no le es imputable, en virtud de haberse producido por una causa ajena a su voluntad. Finalmente, en el supuesto de la pena moratoria admite su operatividad, en la medida en que la cláusula haya sido pactada expresamente con una función de garantía a favor del acreedor, cubriendo, por tanto, el riesgo del retraso derivado de causas fortuitas. En tal caso, la imputación de la obligación penal no se fundamenta en la culpabilidad del deudor, sino en la previsión contractual que traslada el riesgo del evento imprevisible a cargo de éste.

⁶³ El autor que con mayor profundidad ha estudiado el tema de la prohibición de acumulación entre la prestación principal y la pena convencional en el ámbito comparado es PINTO MONTEIRO, A. (1990). *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, pág. 419, quien sostiene que, incluso en ausencia de una norma prohibitiva expresa, el acreedor no podría, en ningún caso, exigir ambas prestaciones simultáneamente. Ello constituye una consecuencia lógica del funcionamiento de la cláusula penal, pues no debe perderse de vista que esta se encuentra circunscrita a los supuestos específicos para los que ha sido pactada: el retraso, el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento definitivo. Si el acreedor solicita el cumplimiento, es precisamente porque este aún es posible, lo que excluye la existencia de un incumplimiento definitivo y revela, en el mejor de los casos, una situación de mera mora o retraso. En consecuencia, no se verifica el presupuesto esencial para que surta efecto la cláusula penal.

⁶⁴ En sentido contrario, recientemente, TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J. (2024). ¿Culpa lata dolo aequiparatur en las cláusulas limitativas de responsabilidad? *Anuario de Derecho Civil*, 77(2), págs. 463 y ss. El autor defiende que no debe equipararse el dolo con la culpa grave en materia de cláusulas limitativas de responsabilidad contractual. Sostiene que el artículo 1102 CC prohíbe solo la exclusión de responsabilidad por dolo, no por culpa lata, y que ni el Derecho histórico ni el proceso codificador respaldan una interpretación más amplia. Considera que limitar la responsabilidad por culpa grave no es contrario al orden público económico, sino una práctica legítima y frecuente en contratos entre empresas, especialmente cuando existen seguros de responsabilidad. Además, resalta que la culpa lata es una categoría ambigua, cuya aplicación estricta generaría inseguridad jurídica y litigiosidad. A su juicio, la autonomía de la voluntad debe prevalecer en la determinación del canon de diligencia y del reparto de riesgos, siempre que no se trate de contratos con consumidores. Por tanto, concluye

que las cláusulas que limitan la responsabilidad por culpa grave son válidas, pues contribuyen a la seguridad del tráfico y al equilibrio económico del contrato, en línea con los principios de buena fe y lealtad contractual promovidos por los instrumentos internacionales.

⁶⁵ Por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2005). Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado* (4), págs. 33 y ss. El Autor plantea una revisión crítica de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa, tradicionalmente admitidas por la doctrina española, salvo en los casos de dolo, cuya exclusión se considera nula de pleno derecho. Cuestiona especialmente los argumentos que sostienen su validez general, como el silencio del artículo 1103 del Código Civil o la libertad de las partes para fijar el grado de diligencia según el artículo 1104. A su juicio, dicha libertad no autoriza a eliminar totalmente la responsabilidad por conductas culposas, ya que ello vulneraría principios fundamentales como la buena fe y el interés público en el cumplimiento diligente de las obligaciones. Con mayor contundencia, considera que las cláusulas que exoneran al deudor por culpa grave son nulas por contrariar el orden público, pues ponen en riesgo la seguridad jurídica y la protección del acreedor frente a conductas asimilables al dolo, cuya prueba es especialmente difícil. Esta postura se apoya tanto en criterios de política jurídica como en la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, que rechaza estas cláusulas por comprometer la función del contrato como instrumento de confianza y de circulación de la riqueza en una economía de mercado.

En relación con la culpa leve, aunque la doctrina mayoritaria admite la validez de cláusulas que la exoneran, el Autor adopta una posición restrictiva. Considera que permitir sin límites dicha exención implicaría legitimar un nivel de diligencia inferior al ordinario, en contra de la buena fe contractual y del orden público. Si bien no ve en el artículo 1103 una prohibición absoluta, sostiene que tales cláusulas solo son aceptables si incluyen garantías compensatorias para el acreedor. Critica además la incoherencia doctrinal que acepta exenciones directas por culpa leve, pero rechaza otras fórmulas que logran el mismo efecto de forma indirecta. En síntesis, aboga por un riguroso control de validez de estas cláusulas, fundado en el interés general, la buena fe y el equilibrio contractual.

⁶⁶ Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia y de las principales posiciones jurídicas, véase ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62 (4), pág. 1630.

⁶⁷ Por todos, DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 95 y ss.

⁶⁸ STS 4044/2016 de 13 de septiembre, ECLI:ES:TS:2016:4044; STS 11281/1991, de 8 de julio, ECLI:ES:TS:1991:11281.

⁶⁹ Así, STS 8363/2004 de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2004:8363.

⁷⁰ Para un análisis de las propuestas que han sido formuladas con el propósito de lograr una reducción de la pena convencional, véase MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 146 y ss., quien precisa que la facultad moderadora de la autoridad judicial ha encontrado otros fundamentos jurídicos al margen del artículo 1154 del Código Civil, si bien su aplicación ha sido objeto de controversia o admitida tan solo con carácter excepcional.

⁷¹ En primer lugar, se ha invocado el artículo 1103 del mismo cuerpo normativo, que faculta a la autoridad judicial para moderar la responsabilidad derivada de la negligencia conforme a las circunstancias del caso. No obstante, esta norma excluye expresamente su aplicación en supuestos de dolo o mala fe, y no opera de manera automática, sino mediante un juicio de equidad que requiere una ponderación rigurosa. Algunos autores cuestionan esta solución (por

todos, PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materias para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, págs. 1041 y ss.), sosteniendo que el artículo 1154 CC, en cuanto norma especial respecto del principio general del artículo 1103 CC, excluye la aplicación de este último en materia de moderación de cláusulas penales. La utilización del artículo 1103 CC para justificar la reducción de la pena convencional ha sido, por ello, acogida con extrema cautela por la jurisprudencia, que únicamente ha accedido a dicha moderación en supuestos excepcionales (STS 13029/1990 de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1990:13029) y, en general, cuando ha existido al menos un cumplimiento parcial de la obligación principal (STS 7803/2012, 23 de octubre, ECLI:ES:TS:2012:7803, espec. FD 13). DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1993). *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, págs. 117 y ss., defiende una interpretación restrictiva del artículo 1103 del Código Civil, sosteniendo que su aplicación debe limitarse exclusivamente a los supuestos en los que la cláusula penal revista carácter acumulativo. Por el contrario, niega la posibilidad de aplicar dicho precepto a las cláusulas penales de naturaleza liquidatoria, considerando que, en estos supuestos, las partes han querido deliberadamente excluir la operatividad de los artículos 1101 y ss. CC.

⁷² También se ha intentado fundar la reducción judicial de la pena en el principio de buena fe contractual, consagrado en el artículo 1258 del Código Civil. Así, SANTOS BRIZ, J. (2000). Comentario a los arts. 1151 a 1155 CC. En I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch, págs. 296 s. Sin embargo, tal fundamentación ha sido rechazada, en la medida en que dicho principio se proyecta sobre la ejecución del contrato y no sobre la validez del contenido obligacional pactado, y no puede por sí solo justificar la ineficacia de una cláusula libremente acordada QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2003). Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional. *Aranzadi civil* (2), pág. 45.

⁷³ Del mismo modo, los intentos de recurrir a la ausencia de causa han sido desestimados por la jurisprudencia, que considera que el mero hecho de que la pena exceda los daños reales no implica necesariamente ilicitud de la causa ni enriquecimiento injustificado del acreedor. STS 1437/1985, de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:1985:1437, “La cuantía mayor o menor de la estipulatoria penal es de todo punto ajena al problema de la posible ilicitud de la causa, determinante de la radical nulidad del negocio con arreglo al artículo 1275”. STS 9787/1990, 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:1990:9787, que considera, en su FD 3, infundada la alegación de nulidad de la cláusula penal con base en la ilicitud o inexistencia de su causa. La cláusula no infringe la ley ni la moral —al menos entendida esta en su dimensión intrínseca—, aunque su cuantía pueda exceder los estándares habituales del tráfico jurídico. Tampoco puede afirmarse la inexistencia de causa, ya que responde a la legítima función de garantía contractual entre las partes.

⁷⁴ RAMOS CHAPARRO, E. (1999). *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*. Sevilla: Universidad de Sevilla, págs. 105 y ss. estima apropiada para los supuestos de mayor desproporción, en los que el vendedor retiene íntegramente las cantidades percibidas, sin establecerse límite alguno, de modo que el comprador pierde todo lo abonado incluso si ha cumplido en gran parte con sus obligaciones. Sin embargo, se ha negado que la exigencia del pago íntegro de la pena constituya un ejercicio abusivo del derecho, en la medida en que el acreedor se limita a reclamar aquello que fue expresamente pactado por las partes. STS 9787/1990, 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:1990:9787 no aprecia abuso del derecho en los términos del artículo 7.2 CC, puesto que el ejercicio de la cláusula se produce dentro de los límites pactados.

⁷⁵ A diferencia de lo sostenido por una parte de la doctrina respecto del actual Código Civil —según la cual la autoridad judicial podría intervenir *ex officio* para moderar una cláusula penal o de estimación del daño cuando ésta resulte manifiestamente desproporcionada—, la PRMOC de 2023 adopta una posición más estricta y deliberada en defensa del principio dispositivo. Subraya con claridad que la intervención moderadora del juez no puede desplegarse de manera automática ni arbitraria, sino que requiere en todo caso la iniciativa de parte, concretamente del deudor afectado por la cláusula.

⁷⁶ Por el contrario, en relación con la Propuesta de 2009, MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *InDret* (2), pág. 12: “A mi juicio, esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán de reformar el artículo 1154 CC ha conducido a una propuesta normativa deficitaria en este punto concreto y, de nuevo, redactada con redundancias (“penas convencionales”, “indemnizaciones”).”

⁷⁷ Lo mismo pasaba con la PMOC de 2009, cuyo artículo 1150 establecía: “*El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*”. Lo que introduce el artículo 1197 de la PRMOC de 2023, respecto del correspondiente artículo 1150 de la PMOC, más allá del uso terminológico más inclusivo al referirse a la “autoridad judicial” en lugar de “juez”, es la incorporación de un segundo apartado que aborda expresamente la nulidad de la cláusula de estimación anticipada del daño cuando, por su cuantía irrisoria, tiene como efecto dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento del contrato.

⁷⁸ En este sentido; MARÍN GARCÍA, I. (2009). La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *InDret* (2), pág. 11; MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE págs. 177 s.: “De hecho, la entrada en vigor del artículo 1150 la Propuesta supondría extender a personas distintas de los consumidores y usuarios una protección que, para colmo, sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6”.

⁷⁹ Conviene recordar que, ya en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —hoy derogada y sustituida por el TRLGDCU—, se contemplaba como cláusula abusiva aquella que imponía al consumidor una indemnización “desproporcionadamente alta” por el incumplimiento de sus obligaciones. Sobre esta cuestión, véase: MARTÍ MARTÍ, J. (2002). Cláusula penal o cláusula abusiva. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (3), págs. 1572 s. y ZUMAQUERO GIL, L. (2006). La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores. En A. CAÑIZARES LASO, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid: Tecnos, págs. 266 y ss. Según la última Autora, la cláusula penal debía considerarse desproporcionadamente alta cuando la indemnización superaba de forma manifiesta los daños previsibles. Añadía, además, que era necesario atender al caso concreto, puesto que, al no tratarse de una cláusula incluida en la llamada “lista gris”, se requería una valoración detallada de todas las circunstancias del caso.

⁸⁰ SOLER PRESAS, A. (2023). El control de los pactos de pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento del contrato. *Revista de Derecho Civil*, X (3), pág. 120, entiende por desproporcionadamente alta “la que exceda los daños previsibles, dado que el control de las condiciones generales atiende al momento de celebración del contrato”.

⁸¹ MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 187 y ss., señala que en la jurisprudencia española

persiste una relevante tensión interpretativa en torno al tratamiento de las cláusulas penales abusivas en los contratos con consumidores, especialmente a la luz de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por una parte, un sector de la jurisprudencia nacional se alinea con STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), ECLI:EU:C:2012:349, y con la STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13), ECLI:EU:C:2014:282, que proclaman la nulidad radical de la cláusula abusiva y prohíben a la autoridad judicial nacional su moderación, integración o sustitución por una disposición supletoria del Derecho nacional, salvo cuando ello resulte imprescindible para preservar el contrato en beneficio del consumidor.

Por otra, el Tribunal Supremo ha adoptado en ocasiones una posición divergente, admitiendo la moderación del contenido económico de determinadas cláusulas declaradas abusivas —notablemente, las relativas a intereses moratorios—, con el fin de preservar una cierta proporcionalidad indemnizatoria y evitar desequilibrios excesivos en la relación contractual. En este sentido STS 1723/2015, de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2015:1723, en FD VI, “Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada”. En el mismo sentido: STS 5618/2015 de 23 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5618; STS 626/2016 de 18 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:626.

⁸² V. BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). La cláusula penal y la protección de los consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (748), págs. 963 y ss.

⁸³ Así la mejor doctrina: CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). Comentario al artículo 62. En S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, págs. 545 s.

⁸⁴ MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 186 s.

⁸⁵ V. nota n. 4.

⁸⁶ Para un análisis detallado de la norma contenida en el artículo 1197 del PRMOC de 2023, en la parte en que prevé la moderación de la indemnización cuando esta sea notoriamente desproporcionada, en relación con la disciplina establecida en el artículo 85.6 del TRLGDCU, véase párrafo: IV.2. La necesaria razonabilidad de la cláusula de estimación anticipada del daño.

⁸⁷ STS 5329/2024 de 6 de noviembre – ECLI:ES:TS:2024:5329, “La cláusula penal actúa bien en función coercitiva o de garantía para estimular al deudor al cumplimiento de las obligaciones contraídas y también en función estrictamente sancionadora civil, al castigar el incumplimiento contractual, imponiendo de este modo consecuencias más onerosas al deudor que es desleal al negocio”. Así, STS 10851/1990 de 22 de octubre – ECLI:ES:TS:1990:10851, “la existencia de cláusula penal no exige una forma especial, sí se requiere, para su existencia, bien una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, ya una función liquidadora del daño, o sea la de evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación, ora una función estrictamente

penal, consistente en sancionar o castigar dicho incumplimiento o cumplimiento inadecuado, atribuyéndose consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual”.

⁸⁸ PINTO MONTEIRO, A. (2024). Sobre a modificação judicial de penas contratuais «manifestamente excessivas» – A proposta espanhola de 2023. *Revista de Derecho Civil*, XI (4 extraordinario), págs. 160 s. se muestra muy crítico con esta diferencia de supuestos. “Finalmente, cremos que teria sido melhor fazer depender a modificação judicial do mesmo pressuposto, tanto em face de penas convencionais como em face de indemnizações convencionais, pressuposto esse que seria o da sua manifesta excessividade. É que, nos termos em que está redigido o art. 1197, se já não é fácil apurar quando é que a pena é «manifestamente excessiva», a dificuldade duplica quando se terá de encontrar também o critério para decidir quando é que as cláusulas indemnizatórias são «notoriamente desproporcionadas»! Pelo nosso lado, teríamos preferido fazer depender a intervenção do juiz, num caso e no outro, do mesmo pressuposto: penas ou indemnizações convencionais manifestamente excessivas. Penso que ninguém duvidaria que uma indemnização previamente convencionada que viesse a revelar-se desproporcionada aos danos efectivamente sofridos seria tida como «manifestamente excessiva» para efeitos da sua modificação/redução judicial!”.

⁸⁹ Una cláusula que excluya la acumulación podría ser útil, por ejemplo, en contratos donde la pena convencional ya incluye una valoración aproximada de los daños previsibles, evitando así duplicidades o complejidades en la reclamación.

⁹⁰ V. párrafo: Notas introductorias sobre la cláusula penal en el Código Civil.

⁹¹ Según Díez-Picazo, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 407 s., la cláusula estrictamente penal no puede hacerse valer en caso de resolución contractual. Ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la resolución constituye el ejercicio legítimo de una facultad, por lo que resulta incoherente sancionar al deudor por una decisión adoptada libremente por el acreedor; en segundo lugar, porque quien resuelve se libera de sus obligaciones y recupera lo prestado, lo que incide tanto en la cuantía del daño como en la justificación misma de la penalización. Además, permitir que la cláusula penal otorgue al acreedor la totalidad del interés que le habría generado el cumplimiento, aun habiéndose liberado mediante la resolución, supondría desvirtuar el equilibrio del artículo 1124 del Código Civil y vulnerar su régimen de opciones defensivas. Tal uso de la cláusula se aproximaría a un fraude de ley. Según Pinto Monteiro, A. (1990). *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, págs. 693 y ss., la problemática se plantea cuando la pena convencional no ha sido expresamente prevista para el supuesto de resolución del contrato. El autor subraya que se trata de una cuestión particularmente delicada, sobre la cual la doctrina no ha alcanzado una posición uniforme. Destaca, además, que el daño derivado de la resolución posee una naturaleza cualitativamente distinta respecto al daño originado por el incumplimiento, de modo que si las partes, al convenir la cláusula penal, tuvieron en mente una reparación específicamente vinculada al incumplimiento de la prestación, no sería posible extender automáticamente dicha penalidad al supuesto de resolución, donde el perjuicio responde a una lógica y a una estructura distintas.

⁹² Díez-Picazo, L. (2006). Cláusula penal y resolución de contrato. En *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 406 s.: “Hay que señalar, sin embargo, que el daño de resolución no se puede identificar o parificar con el daño de incumplimiento. Por supuesto no trato de abrir la polémica en torno a si tras la resolución se debe solo el interés

negativo. Formo parte de los convencidos de que la indemnización debida tras la resolución alcanza interés positivo o interés de cumplimiento. Por ejemplo: claramente el acreedor que resuelve tiene derecho al mayor costo que suponga el negocio de sustitución porque «el interés positivo» era y es recibir la prestación en el precio señalado. No obstante lo anterior, el daño de resolución no se iguala al daño de incumplimiento, entre otras razones porque el demandante de la resolución, o el que la acuerda, obtiene con ello algunas ventajas, como son notoriamente la de quedar librado de cumplir sus propias obligaciones o la de obtener la restitución de aquello que hubiera transmitido o atribuido, que es la razón por la cual, en definitiva, ha elegido este camino. Por la misma razón coma no constituirá un daño indemnizable, tras la resolución el conjunto de lucros cesantes que después de ella se hubieran producido, aunque nadie ponga en duda que sí lo constituirán todos aquellos que hubieran acaecido en un momento anterior”.

⁹³ PINTO MONTEIRO, A. (2024). Sobre a modificação judicial de penas contratuais «manifestamente excessivas» – A proposta espanhola de 2023. *Revista de Derecho Civil*, XI (4 extraordinario), 154: “Pois bem, sendo o principal perigo da cláusula penal o de ela propiciar abusos por parte do credor, em razão do montante excessivo da pena, o poder de fiscalização judicial, nos termos em que a lei o consagra, surge como uma forma adequada de enfrentar a situação. Em vez de, pura e simplesmente, invalidar a pena, o tribunal limitar-se-á a reduzi-la a um montante equitativo; em vez de, pura e simplesmente, corrigir a pena sempre que superior ao dano efetivo, o tribunal fá-lo-á, tão-só, quando ela se mostre manifestamente excessiva, seja por que razão for, e tenha ou não havido cumprimento parcial”.

⁹⁴ DE LA MAZA GAZMURI, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7), pág. 40, señala que los ordenamientos jurídicos pueden valerse de al menos tres técnicas distintas para limitar los efectos de las cláusulas penales excesivas. La primera consiste en otorgar a la autoridad judicial la facultad de moderar aquellas penas que resulten manifestamente desproporcionadas. La segunda, en línea con la anterior, establece los criterios que la autoridad judicial debe considerar al momento de valorar dicho carácter excesivo, orientando así su discrecionalidad. Finalmente, algunos sistemas optan por fijar criterios objetivos y predeterminados que la autoridad judicial debe aplicar para proceder a la reducción de la penalidad estipulada, reforzando con ello la previsibilidad y la seguridad jurídica. Desde la perspectiva de la técnica legislativa, esta cuestión se traduce en la disyuntiva entre recurrir a reglas precisas o a cláusulas generales. Íñigo sostiene que no existe una técnica intrínsecamente superior, sino opciones que resultan más adecuadas según el tipo de justificación invocada para limitar la cláusula penal. Así, si se adopta una regla y la justificación se basa en la justicia conmutativa, ello presupone que el legislador puede determinar con exactitud, más allá de las particularidades del contrato, en qué momento se rompe la equivalencia de las prestaciones. Si, en cambio, la justificación es de orden distributivo, ello implicaría que el legislador es capaz de definir con precisión cómo se reparte el poder de negociación en la sociedad. Por el contrario, la elección de un estándar sugiere que es la autoridad judicial quien se encuentra en mejor posición para valorar la equidad concreta del intercambio obligacional.

⁹⁵ Comparto plenamente la idea de DE LA MAZA GAZMURI, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7), págs. 42 s., quien sostiene que, en materia de moderación de la cláusula penal, es preferible un estándar a una regla, aun reconociendo que ello implica un margen de discrecionalidad judicial. Esta opción, si bien no elimina el riesgo de incertidumbre, permite desarrollar criterios interpretativos progresivamente, a través del diálogo entre doctrina y jurisprudencia, mientras que las reglas rígidas bloquean desde el inicio esa evolución.

⁹⁶ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 225 s.; MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, págs. 92 y ss.

⁹⁷ GARCÍA RUBIO, M. P. (2025 (En curso de publicación y leído gracias a la cortesía de la autora)). El incumplimiento en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. *Anuario de Derecho Civil*.

⁹⁸ ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62 (4), pág. 1601, se refiere a esa cláusula penal como alternativa.

⁹⁹ DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*. Madrid: RDU Ediciones, págs. 43 s.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comento art. 1153. En *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 159: “Se admite, sin embargo, la posibilidad de que se conceda al deudor esta facultad. En tal caso estaríamos ante una auténtica obligación facultativa (STS 21-11-69, 13-VI-62 y 28-XII-46). En rigor, más que una genuina pena convencional, existiría lo que la doctrina denomina «pena de arrepentimiento» (DÍEZ-PICAZO, Fundamentos, 1, pág. 575)”. MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: BOE, pág. 104: “En puridad, la multa penitencial o pena de arrepentimiento no es una cláusula penal, sino una obligación facultativa”. ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62 (4), pág. 1601: “Cuando la cláusula penal atribuye al deudor la facultad de liberarse de la obligación principal pagando la suma de dinero acordada, su naturaleza de obligación accesoria de una principal, a la que refuerza o asegura, queda desvirtuada”. ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, pág. 51.

¹⁰⁰ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Editorial Reus, págs. 201 s.: “si queremos una definición de cláusula penal que comprenda todos los tipos posibles, habría que decir que lo es cualquier estipulación que establezca una obligación accesoria para satisfacer al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal. Esa satisfacción no tiene por qué ser exactamente la misma que produciría el cumplimiento correcto, sino otra aceptada previamente por el acreedor. En el fondo la cláusula penal penitencial o desistimiento no es sino una liquidación anticipada de los daños y perjuicios que provocaría el desistimiento en el acreedor”. Ya, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho civil* (13 ed., Vol. II). Madrid: Edisofer, pág. 267; PUIG BRUTAU, J. (1973). *Fundamentos de Derecho civil* (Segunda ed., Vol. I). Barcelona: Bosch, pág. 528.

¹⁰¹ V. nota n. 44.

¹⁰² QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2003). Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional. *Aranzadi civil* (2), págs. 2071 y ss.

¹⁰³ En la reciente STS 726/2025 de 19 de febrero – ECLI:ES:TS:2025:726, relativa a un contrato de compraventa con pacto inicial de arras penitenciales, la Sala desestima la interpretación de la Audiencia Provincial, que había entendido que dichas arras se habían transformado en confirmatorias como consecuencia de sucesivas novaciones contractuales. El TS rechaza expresamente tal conclusión, afirmando que los documentos posteriores únicamente acordaban una ampliación del plazo para el otorgamiento de la escritura y un incremento en la cuantía de las arras, sin que ello supusiera alteración alguna de su naturaleza jurídica ni de los efectos pactados inicialmente. En este contexto, el TS considera inaplicable el artículo 1504 CC, cuya invocación por parte de la Audiencia resulta improcedente al no tratarse de una compraventa con precio aplazado ni de un contrato con cláusula resolutoria expresa, sino de un acuerdo

sujeto al régimen específico del artículo 1454 CC. En consecuencia, al no haberse otorgado la escritura dentro del plazo prorrogado por causa imputable al comprador, el Alto Tribunal declara procedente la pérdida de las cantidades entregadas en concepto de arras, conforme a lo expresamente pactado por las partes y reiteradamente aceptado por el comprador. La Sala fundamenta su decisión tanto en la literalidad de las cláusulas contractuales, que mantuvieron inequívocamente el carácter penitencial de las arras, como en el contexto negocial, incluyendo las comunicaciones de la agencia inmobiliaria al comprador en las que se le advertía de las consecuencias del incumplimiento. Finalmente, el TS subraya que, de haber sido arras confirmatorias, se habría exigido desde el inicio el abono del 10 % del precio total, lo cual no ocurrió.

¹⁰⁴ Para un análisis detallado de la norma contenida en el artículo 1197 del PRMOC de 2023, en la parte en que prevé la moderación de la indemnización cuando esta sea notoriamente desproporcionada, en relación con la disciplina establecida en el artículo 85.6 del TRLGDCU, véase párrafo IV.2. La necesaria razonabilidad de la cláusula de estimación anticipada del daño.

*Trabajo recibido el 28 de mayo de 2025 y aceptado
para su publicación el 25 de junio de 2025*