

LA CLAUSULA PENAL (EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO Y REFERENCIAS AL DERECHO EXTRANJERO)

Pedro F. Silva-Ruiz*

“El problema parece destinado a un inextricable quiasma (cruce de palabras): la cláusula penal no resarce para sancionar; pero sanciona para resarcir y, viceversa, no sanciona para resarcir; pero resarce para sancionar”¹

Sumario: Introducción. El anteproyecto de Código Civil de Puerto Rico. Concepto de cláusula penal. Distinciones. Funciones de la cláusula penal. La doctrina de los “liquidated damages” (daños líquidos) del *common law*. La Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, España. Otras propuestas. Evaluación del propuesto art. 28 (cláusula penal) del anteproyecto de Código Civil para Puerto Rico.

Introducción

En Puerto Rico se ha estado trabajando, en varias ocasiones y con diferente entusiasmo e intensidad, en una revisión del Código Civil, vigente desde el 1 de enero de 1890,² bajo la soberanía española, que quedó vigente luego de la invasión estadounidense de 1898. Ese cuerpo legal aún rige, con considerables enmiendas; es la edición de 1930, enmendada desde entonces.

* Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. PFSR©2015.

¹ Mazzaresse, Silvio. “Clausola penale Artt. 1382-1384”. En: Schlesinger, Piero; Busnelli, Francesco Donato (Directores). “Il Codice Civile: Commentario”. Milán: Giuffrè. 1999, p. 184, según citado en Juan Espinoza Espinoza, *La Cláusula Penal*, en THEMIS, Revista de Derecho, no. 66, 2014, pág. 221, a la pág. 222 (El número 66 está dedicado al treinta aniversario del Código Civil de 1984 del Perú).

² El Código Civil de Puerto Rico es el Código Civil de España de 1889, hecho extensivo a Puerto Rico el 31 de julio de 1889 y que comenzó a regir el 1º. de enero de 1890. *Rodríguez v. San Miguel*, 4 DPR 208; *Torres v. Rubianes*, 20 DPR 337.

En este ensayo comentamos el art. 28 (*cláusula penal*) del Libro V del anteproyecto de Código Civil, preparado por la “Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico”³ de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico.

Dicho Libro V trata sobre “los contratos y otras fuentes de las obligaciones” y es un “borrador para discusión”,⁴ del mes de agosto de 2004.⁵ En su Título I (de los contratos en general), el capítulo 6 (de los efectos), sección segunda (de las cláusulas de garantía), se recoge el art. 28 sobre la *cláusula penal*.⁶ Su transcripción literal es la siguiente:

ARTICULO 28. —Cláusula penal.

Las partes pueden pactar cláusulas contractuales con el propósito de evitar el incumplimiento parcial o el retraso del cumplimiento de la obligación principal. Las cláusulas así convenidas pueden consistir en el pago de una suma cierta, la pérdida del beneficio del plazo o en cualquier otra pena.

³ La Comisión concluyó sus trabajos hace ya sobre diez años. Nunca presentó un proyecto de ley, sino “borradores para discusión” de varios “libros”.

A mi juicio, todos esos “borradores” deben ser revisados por una comisión diferente a la que entendió originalmente. La experiencia enseña, ha demostrado con creces, que los representantes y senadores, entonces miembros de la “Comisión Conjunta Permanente” – si alguno es aún miembro de la Asamblea Legislativa – así como su Directora Ejecutiva, abogada inexperta, no deben estar a cargo de una revisión de los “borradores”, que están en un archivo de la Asamblea Legislativa, si es que quieren utilizarse para integrar un anteproyecto y proyecto de ley.

⁴ El “borrador para discusión” (versión de formato: 10 de agosto de 2004), consta:

1. *Libro IV. De las Obligaciones*, Título I: Obligaciones en general; Título II: Efectos de las obligaciones en el cumplimiento; Título III: Efectos de las obligaciones en el incumplimiento; Título IV: Otros modos de extinción de las obligaciones; Título V: Transmisión de las obligaciones y Título VI: Protección del crédito. Cada título está integrado por varios capítulos y secciones. 168 págs.

2. *Libro V. De los Contratos y otras fuentes de las obligaciones*, Título I: De los contratos en general; Título II: De los contratos en particular; Título III: Otras fuentes de las obligaciones. Cada título está integrado por varios capítulos y secciones. 65 págs. más otras 363 págs.

Hay otros “borradores para discusión” de otros “libros” que no son pertinentes a este estudio.

⁵ Versión de formato, 10 de agosto de 2004.

⁶ Pág. 7 de 65.

Aunque el Tribunal tiene facultad para atemperar las penas en casos de extrema desproporción económica, debe reconocer la obligatoriedad de las cláusulas convenidas y, sólo en tales casos puede sustituirlas o moderarlas.

En la aplicación de la cláusula penal, se observarán las reglas siguientes:

(a) El pago de la pena convenida corresponde exclusivamente al incumplimiento o al retraso.

(b) El acreedor puede optar por el cumplimiento íntegro o por el pago de la pena. Sólo puede acumular ambos en el caso de cumplimiento tardío.

(c) La cláusula penal se interpreta restrictivamente.

(d) Sólo si se ha convenido expresamente, puede sustituirse la prestación debida por la convenida en la cláusula penal.

Además de las cláusulas penales, los contratantes pueden convenir otras que estén relacionadas con el cálculo anticipado del daño causado por el incumplimiento. En tal supuesto, el acreedor no está obligado a probar el daño ni el deudor puede eximirse al acreditar que el daño no se verificó o fue de menor cuantía.

Las cláusulas penales y las que precálculan el daño pueden convenirse conjuntamente, siempre que así conste, de forma clara, en el contrato.

En el “Memorial explicativo” se señala: Procedencia: artículos 1106 a 1108 del Código Civil [de Puerto Rico].⁷ No hay concordancias. El comentario reza:

“Comentario

“Puesto que el origen de la cláusula penal sólo puede ser convencional – y generalmente accede a obligaciones convencionales – debe regularse en la parte general de los contratos y excluirse de las reglas sobre obligaciones.

“El nuevo texto que regula la cláusula penal subraya su efecto “in terrorem”. De ahí que se destaque que la actuación judicial debe reconocer el carácter vinculante de la cláusula y ejercitar su facultad moderadora sólo en casos extremos en los cuales se produzca una desigualdad patrimonial imprevista. Por otra parte, la nueva redacción distingue la “cláusula penal” de la cláusula del cálculo anticipado del daño. Así, tanto las partes como el

⁷ Adición: corresponde a 31 LPRA 3131 a 3133; procedencia: arts. 1152 a 1155 del Código Civil español.

Tribunal vienen obligados a no confundir ambas figuras conceptualmente o en su aplicación.”⁸

Concepto de cláusula penal. Distinciones.

El derecho de crédito faculta o autoriza al acreedor a exigir del deudor una prestación, que éste garantiza con todo su activo patrimonial.⁹ Determinada garantía *estimula* al obligado a realizar la prestación debida.

Debe distinguirse entre cláusula penal, obligación con cláusula penal y pena convencional.

La *cláusula penal* es “la convención accesoria estipulada como cláusula o pacto de una obligación por la que . . . “se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido” (Puig Peña)”. *Obligación con cláusula penal* es “precisamente la obligación principal cuyo incumplimiento se sanciona con la pena”. Y *pena convencional* es “la denominación que corresponde utilizar cuando la pena no ha quedado establecida en una de las cláusulas del negocio principal, sino en un negocio separado aunque directamente relacionado con aquél.”¹⁰

⁸ Pág. 96 de 363.

⁹ Para este tema, y otros relacionados, por todos véase José Puig Brutau, *Derecho general de las obligaciones*, que es el tomo I, vol. II de los “Fundamentos del Derecho Civil”, Bosch, Barcelona, España, tercera edición revisada, 1985, págs. 449 y 11.

¹⁰ Puig Brutau, citado, p. 450, omitiéndose llamadas a trabajos citados.

Dice Díez-Picazo que la “pena convencional” es “aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal. Económicamente, la estipulación de una pena convencional puede ser considerada como una *garantía* de la obligación en cuanto que su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito. La jurisprudencia ha señalado que entraña un “*medio de presión*”, que actúa sobre el deudor forzándole al cumplimiento y que, además, facilita la exigibilidad al hacer superflua o innecesaria la prueba del daño y de su cuantía, si la obligación es cumplida de un modo

Para Albaladejo se llama “cláusula penal a aquella cláusula en la que se establece la pena; y obligación con cláusula penal, a la obligación cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.” Entretanto, “se llama *pena convencional* a la sanción que se establece por los interesados que ha de sufrir el deudor en el caso de que no cumpla debidamente su obligación.”¹¹

Los requisitos de la pena convencional son: (1) quedar establecida por la voluntad privada, como regla general, mediante contrato; (2) ha de estar subordinada o sujeta a una obligación principal válida. Es, por consiguiente, accesoria. Véase el art. 1109 del Código Civil de Puerto Rico (CCPR).¹² Es de rigor advertir que opinión autorizada sostiene que la nulidad a la cual se refiere la disposición codicial es a la absoluta y no ha otras formas de nulidad que permiten la confirmación.¹³ Además, (3) la obligación principal ha de quedar incumplida por causa que sea imputable al deudor. Véase el art. 1106 CCPR,¹⁴

inadecuado. Jurídicamente, puede ser considerada también como una *sanción*, convencionalmente establecida, del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y multa convencional. . . . / La pena convencional o multa convencional se establece por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria. Es una “cláusula” del negocio de constitución de la relación obligatoria, por lo cual es conocida usualmente con el nombre de “cláusula penal” (cfr. arts. 1.152 y sigs.).” Luis Díez-Picazo, *Las relaciones obligatorias*, que es el vol. II de los “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, cuarta edición, Ed. Civitas, Madrid, España, 1993, pp. 397-98 (itálicas nuestras).

¹¹ Albaladejo García, *De las obligaciones con cláusula penal*, en Albaladejo García, director, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 2 (arts. 1125-1155 CC), EDERSA, Madrid, España, 1983, págs. 450, 449.

¹² 31 LPRA 3134 (procede del art. 1155 del CC español). Reza: “La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. / La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.”

¹³ Puig Brutau, citado, pág. 458, citando a Castán Tobeñas (*Derecho civil español, común y foral*, tomo III, décima edición, Madrid, 1967, p. 143).

¹⁴ 31 LPRA 3131 (CC español, art. 1152) El art. 1054 CCPR, 31 LPRA 3018; procede del art. 1101 del CC español.

El art. 1054 ordena: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas.”

que recoge la regla sobre cuando el incumplimiento es imputable al deudor. No obstante, no hay que olvidar que el deudor puede, mediante convenio expreso, asumir el riesgo por caso fortuito.¹⁵ Otro requisito, el cuarto (4) es el de que la cláusula penal ha de ser válida y exigible. En cuanto a este último (exigibilidad), recuerda Albaladejo “que puede pactarse que si llegado el momento de cumplir no se cumple, se incurre en la pena sin necesidad de requerimiento.”¹⁶

El Código Civil de Puerto Rico no define la cláusula penal.¹⁷ Tampoco el español. Afirma Díaz Alabart: “(H)ay que convenir que una definición donde quepan todas las funciones de la cláusula penal recogidas en el CC resulta muy genérica. Podría ser: obligación accesoria que solamente será eficaz cuando se dé el tipo acordado de incumplimiento de la obligación principal y, cuyo objeto es una prestación que satisfaga el interés del acreedor en el modo y medida prefijados por las partes.”¹⁸

¹⁵ Una de las funciones de la cláusula penal es la denominada *función de cubrimiento de riesgo*, esto es, la pena convencional sólo puede exigirse cuando el incumplimiento de la obligación (principal) sea imputable al deudor, más cabe pactar que el deudor pagará cierta suma aún cuando la obligación resulte imposible por caso fortuito o fuerza mayor. Véase el art. 1058 del CCPR, 31 LPRA 3022. Pedro F. Silva-Ruiz, *La cláusula penal*, LIV-1 Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, 89,94.

¹⁶ Citado por Puig Brutau, citado, pág. 459.

¹⁷ Pedro F. Silva-Ruiz, *La cláusula penal*, citado, 89, 90 (1985).

Hay que volver a insistir que los artículos del Código Civil de Puerto Rico (CCPR) sobre la “cláusula penal” son los mismos que los del vigente Código Civil español. Artículos 1152-1155 CC español son los artículos 1106-1108 CCPR, 31 LPRA 3131 a 3133.

¹⁸ Silvia Díaz Alabart, *La cláusula penal*, Ed. Reus, Madrid, España, 2011, pág. 59 y 49-50.

Para no dejar de mencionar una propuesta, véase Antonio M. Morales Moreno en *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*, en “Anuario de Derecho Civil”, Madrid, España, tomo LXVII, fasc. 1, 2014, pág. 227 ss., reproduce dichos *Principios* como anexo, y en un artículo (sin número aún) [cláusula penal], se dispondría: “Las partes pueden estimar los perjuicios mediante la incorporación al contrato de una cláusula penal, la cual libera al acreedor de la prueba del daño. / A petición de parte o de oficio, el juez podrá moderar el monto de la pena, cuando éste resulte excesivo. / El acreedor podrá escoger entre demandar la pena o la

Veamos la definición o el concepto de la cláusula penal en algunos códigos, recientemente aprobados. El nuevo Código Civil y Mercantil de la Argentina,¹⁹ que comenzó a regir el 1º. de agosto de 2015, en su artículo 790, reza:

“Concepto. La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.”²⁰

A su vez, el Código Civil del Perú de 1984, ordena:

“Art. 1341 – Cláusula penal compensatoria. El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.”²¹

Obsérvese que “la limitación del resarcimiento es un efecto natural de la cláusula penal, que es derogable por una diversa voluntad de las partes, que se manifiesta expresamente en la cláusula de resarcibilidad del daño ulterior”.²²

El art. 1343 (del Perú) versa sobre la exigibilidad de la pena,²³ mientras que el art. 1346 trata de la reducción judicial de ésta (la pena).²⁴

indemnización de los daños. / En todo caso, la pena será compatible con los remedios establecidos para el incumplimiento distintos de la indemnización de daños.” (p. 253)

¹⁹ Aprobado por la Ley 26.944, promulgado por el Decreto 1795/2014.

²⁰ La misma redacción tiene el art. 652 vigente hasta el 31 de julio de 2015 (Código Vélez Sarfield, 1869).

²¹ *Código Civil*, Gaceta Jurídica, editores, Lima, Perú, séptima edición, abril de 1999.

²² Mazzarese, Silvio (pág. 66), citado por Juan Espinoza Espinoza, *La cláusula penal*, citado, a la pág. 222.

²³ Artículo 1343 – Exigibilidad de pena. “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

El autor citado, Espinoza Espinoza, hace acopio de la experiencia jurídica francesa, alemana y otros,²⁵ que no estudiamos, con el único propósito de limitar la extensión de este estudio.

Funciones de la cláusula penal

De las funciones que se le atribuyen a esta figura por la doctrina,²⁶ significamos las siguientes:

1. *Liquidadora de los perjuicios resultantes del incumplimiento.* Así, el art. 1152 del CC español, que es el art. 1106 del CCPR, ordena²⁷ que “la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado”.

Mediante esta liquidación convencional y por anticipación de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal se evitan las

Sostiene Mazzarese que “de este mandato se interpreta que no se requiere de la prueba del daño, “aún cuando los daños que se produzcan en concreto sean en mayor o menor medida de aquellos cuantificados en la cláusula, o incluso, aunque no se produzca daño alguno”.” (Mazzarese, Silvio, p. 67, en Juan Espinoza Espinoza, citado, pág. 222).

²⁴ Artículo 1346 – Reducción judicial de la pena. “El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

Dice Espinoza: “En el caso que la obligación se haya cumplido en parte o de manera irregular, la reducción opera en el sentido de reprimir **penalidades usurarias**. . .” (págs. 222) (negritas en el original).

²⁵ Espinoza Espinoza, citado, págs. 222-225. Véase también, Díaz Alabart, *La cláusula penal*, citado, págs. 10-40.

²⁶ Véase, Pedro F. Silva-Ruiz, *La cláusula penal*, citado, 92-94 (1985). A la pág. 94 afirma: “En resumen: es función peculiar de la cláusula penal servir de estímulo al deudor para que cumpla con su obligación . . .”. Puig Brutau, citado, p. 461 y sgtes.

²⁷ 31 LPRA 3131. En *Demas v. Builders Ins. Co.*, 109 DPR 774 (1980), el Tribunal Supremo resolvió que una cláusula penal releva al acreedor de tener que probar daños. Además, véase, *Levitt and Sons of P.R., Inc. v. DACO*, 105 DPR 184 (1976). En *Jack’s Beach Resort, Inc. v. Cía. Turismo*, 112 DPR 344 (1982), se señaló que una cláusula penal en un contrato tiene como funciones más importantes: (a) la de asegurar el cumplimiento de una obligación y (b) la de evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento inadecuado de la obligación.

dificultades procesales destinadas a aportar prueba sobre tales extremos. El solo hecho del incumplimiento implica que la pena ha de pagarse.²⁸

¿Puede moderarse la pena en los casos de incumplimiento total? “La contestación más fundada parece ser la negativa. Si el incumplimiento es total, dice Albaladejo, no cabe modificación de la pena, aunque ésta fuese mayor que los perjuicios ocasionados. Lo contrario sería privar de la eficacia a lo convenido por los interesados, que igualmente podían pactar una pena coercitiva o cumulativa”, escribe Puig Brutau.²⁹

También plantea el autor citado si “cabe la posibilidad de que la cláusula penal de carácter puramente compensatorio haya fijado una suma inferior a los daños verdaderamente sufridos. En este caso se pregunta si cabe reclamar aparte los daños que excedan de la pena convenida. La respuesta ha de ser negativa . . . , pues el art. 1152 de nuestro Código habla claramente de que la pena *sustituirá* a la indemnización, sin perjuicio de que pueda pactarse lo contrario. De otro modo la pena significaría sólo una ventaja para el acreedor que no le privaría de una reclamación ulterior fundada en la prueba de haber sufrido daños cifrados en una cuantía superior. Lo más natural es entender que ambas partes convienen en la pena compensatoria o sustitutiva de la indemnización por las ventajas que ambos deriven de sus efectos.”³⁰

2. *Coercitiva o de estímulo* – la función más peculiar de la cláusula penal [aunque el art. 1152 CC español, art. 1106 CCPR, establece la pena

²⁸ Silva-Ruiz, citado, págs. 92-93; Puig Brutau, citado, p. 461.

²⁹ Puig Brutau, *ibid*, p. 462, citando a Albaladejo.

³⁰ *Ibid*, p. 462. Se omite nota aclaratoria (itálicas en el original).

convencional sustitutiva como la regla general] es la de estimular al deudor al cumplimiento de la obligación. “La posibilidad de ser ejecutado por un importe superior a la prestación originariamente debida puede ejercer una eficaz presión sobre la voluntad de cumplir del deudor. Esta ampliación de responsabilidad ya se produce en todo caso como resultado del incumplimiento (por daños, intereses por demora, costas judiciales, etc.), por lo que las partes pueden haberla agravado de antemano en forma de cláusula penal.”³¹

3. *Pena cumulativa.* El art. 1153 CC español [art. 1107 CCPR] permite la agravación de responsabilidad. Se trata de pactar expresamente que el acreedor podrá pedir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena.³²

4. *Pena de arrepentimiento.* “El art. 1153, primera proposición, reconoce la posibilidad de estipular expresamente que el deudor pueda, a su libre arbitrio, librarse de la obligación principal pagando la pena convenida. Según dice: “El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho...”. / Pero en realidad, en este caso no se trata de una pena

³¹ Puig Brutau, citado, págs. 462-3, omitiendo llamadas de pie de página; Silva-Ruiz, citado, pág. 93.

En el estado de Baja California (capital: Mexicali), México, hay un Código Civil (31 enero 1974). Su art. 1730 reza: “La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal”. ¿Dónde reside, entonces, su naturaleza “in terrorem”, que sirva de estímulo al cumplimiento?

En Puerto Rico, la Ley 157 de 20 de diciembre de 2013 (ley 157-2013) limita las cláusulas penales en contratos de servicio de teléfono celular y, además, dispone que una cancelación de un contrato por servicio de celular sólo podrá conllevar una penalidad que deberá ser prorrateada conforme lo establece la ley. El art. 1 de la ley ordena: “(S)e prohíbe toda cláusula penal por terminación temprana en los contratos de servicios de teléfono celular a término, a menos que dicha penalidad sea prorrateada.”

³² Ibid, pág. 464; Silva-Ruiz, citado, pág. 93.

convencional sino de lo que se llama “dinero de arrepentimiento” (*multa poenitentialis*), en el sentido de que el deudor tiene el derecho de elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento. Pero, a falta de pacto expreso, una multa convencional no ha de interpretarse como la concesión del derecho a arrepentirse o desligarse de la obligación.”³³

5. *Pena moratoria* – “Es la convenida para liquidar por anticipado el daño que pueda resultar si el deudor incurre en mora. En realidad, se trata de una modalidad de la pena liquidadora o sustitutiva, . . . Su principal característica es que su reclamación será compatible con el de la obligación principal; es decir, que no será aplicable la prohibición del art. 1153, proposición segunda. La razón evidente está en que la indemnización por mora siempre es compatible con el cumplimiento de la obligación principal y lo mismo ha de suceder cuando la pena convencional sustituye, mediante pacto, a la indemnización por mora. Será normal que la cuantía de la sanción se haya establecido en proporción a los días de retraso. Esta previsión de los efectos de la mora y el establecimiento de una base objetiva de su determinación excluyen que sea aplicable la facultad moderadora del art. 1154”.³⁴

La doctrina de los “liquidated damages (daños líquidos) del common law

Es inevitable para el ordenamiento jurídico puertorriqueño desconocer la experiencia de las varias instituciones en el derecho anglonorteamericano.

³³ Ibid, págs. 464-5, omitiéndose llamadas al pie de página (itálicas en el original).

³⁴ Ibid, pág. 465; Silva-Ruiz, citado, pág. 94.

Escribe Espinoza Espinoza:

“En el Common Law, sea en el Derecho inglés como el estadounidense, “se distinguen dos especies de cláusula penal, los ‘liquidated damages’ y los ‘penalties’ de las cuales los primeros están consentidos; y las segundas, prohibidas”. En efecto, se sostiene que “los contrayentes, en el momento mismo de la formación del contrato, pueden acordar respecto de la determinación de una suma que deberá ser pagada en el caso en el cual una de ellas no cumpla con su obligación. Como ejemplo se pone el arrendatario de una nave que se compromete a pagar una cantidad al armador por cada día sucesivo al fijado para la entrega, denominada *demurrage clause*.”

“Los *liquidated damages* son cláusulas de anticipada evaluación del daño consecuente al incumplimiento de la particular obligación considerada. En otras palabras, “la estipulación de una cláusula en tal sentido, importa que el contrayente que sufre el incumplimiento tiene el derecho de solicitar sólo la suma preventivamente establecida para el resarcimiento, siendo irrelevante la consideración de la real entidad del daño”. La *penalty*, “se establece en garantía del crédito contractual, *in terrorem*, con la finalidad de desincentivar el incumplimiento y consiste, precisamente, en la predisposición de una suma a pagarse por el deudor que ha incumplido, como ‘multa’ por dicho incumplimiento y es de tipo y cualidad ‘extravagant and unconscionable’ respecto a lo debido”.

“En presencia de una cláusula *liquidated damages*, “cuando se prueba el incumplimiento que hace eficaz la cláusula, el acreedor tiene el derecho de recibir la suma pactada sin deber probar la existencia ni la entidad de los daños ocasionados; pero no puede pretender el resarcimiento del eventual mayor daño”.³⁵

A su vez, Williston resume así la diferencia entre ambas figuras:

“Though difficulties frequently arise in the application of the principle distinguishing one from the other, and though the statements in the cases have not always been clear, the fundamental basis of the distinction at least is evident: A penalty is a sum named, which is disproportionate to the damage which could have been anticipated from breach of the contract, and which is agreed upon in order to enforce performance of the main purpose of the contract by the compulsion of this very disproportion. It is held *in terrorem* over the promisor to defer him from breaking his promise. Liquidated damages, on the other hand, is a sum fixed as an estimate made by the parties

³⁵ Espinoza Espinoza, citado, pág. 225, omitiendo llamadas para notas al pie de página; itálicas en el original.

at the time when the contract of the injury which a breach of the contract will cause.”³⁶

Para mencionar otra instancia, el “Restatement of Contracts, Second”, en su sección 356 (liquidated damages and penalties) reza: “(1) *Damages* for breach of either party may be *liquidated* in the agreement *but only at an amount that is reasonable* in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing *unreasonably large liquidated damages* is *unenforceable on ground of public policy as a penalty*” (nuestras itálicas)

Antes de ver un caso, valga la pena mencionar el UCC, que está vigente en varias jurisdicciones estatales estadounidenses. El UCC (Código Uniforme de Comercio) en su sec. 2-718 dispone: (1) *Damages* for breach by either party may be *liquidated* in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large *liquidated damages* is *void as a penalty*”.³⁷

³⁶ Williston, *Contracts*, según citado en Pedro F. Silva-Ruiz, *La cláusula penal*, citado, pág. 106.

En este ensayo de Silva-Ruiz hay abundante bibliografía sobre la distinción entre los “liquidated damages” y la “cláusula penal”.

Además, véase, *City of Rye v. Public Serv. Mut. Ins. Co.*, 34 NY. 2d 470, 358 N.Y.S. 2d 391, 315 N.E. 2d 458 (Court of Appeals of New York, 1974) y autoridades citadas en el caso.

Véase, también, Tadas Klimas, *Comparative Contract Law (Cases, Text and Materials)*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, USA, 2006, el capítulo 14: Legal Institutions which serve to Secure Performance, p. 357 y sgtes.

³⁷ Itálicas nuestras. Además, debe mencionarse que la “Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, Viena, 1980, que está vigente en los Estados Unidos de América, no regula ni la cláusula penal ni los “liquidated damages”.

En el caso *Lake River*³⁸ se planteó la distinción entre penalidades y daños líquidos (penalties and liquidated damages), resolviéndose que es una cuestión de derecho, no de hecho, y que la distinción no es fácil de determinar en la práctica.³⁹ Se concluyó que la cláusula sobre daños era una penal y no de liquidación de daños (the damage formula in this case is a penalty and not a liquidation of damages).⁴⁰

La propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en España

La Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación de España publicó, como un anteproyecto de ley, su “Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos”.⁴¹

Su primer título (de las obligaciones), capítulo cuatro, trata de las cláusulas penales, que transcribimos textualmente.⁴²

³⁸ *Lake River Corporation v. Carborundum Company*, 769 F. 2d 1284 (1985) (Posner).

³⁹ Pág. 6 de 12 (<http://openjurist.org/769/f2d/1284/lake-river-corporation-v-carborundum-company>).

⁴⁰ Véase, Tadas Klimas, *A Comparative Analysis of Lake River: The True Attitudes of the Continental Law Toward Penalties*, “Revista Juris Poiesis”, Annual Journal of the Faculty of Law of the Univ. Estacio de Sa, Rio de Janeiro, Brazil, año 11, n. 11, 2008, citando 769 F. 2d at 1290 (*Lake River*); el artículo completo, pp. 381-87. (5/31/2015).

⁴¹ Ministerio de Justicia, Madrid, España, 2009, 133 págs. Presidía la Comisión el Prof. Luis Díez-Picazo.

⁴² Págs. 58 y 59 de la publicación.

Artículo 1146

La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal.

El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida.

Artículo 1147

La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes.

Marín García sostiene que “la Propuesta modifica sustancialmente el régimen de la cláusula penal, ya que, como *principal novedad*, introduce la *moderación judicial de la pena por razón de equidad* (art. 1150), caballo de batalla de un sector minoritario de la doctrina, que había defendido esta solución contraria a la interpretación del artículo 1154 CC por el Tribunal Supremo. La Propuesta contiene también una *variación significativa* de la que, frente al silencio que guarda el CC, había sido la regla tradicional, *puesto que*

Artículo 1148

El acreedor sólo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor.

La aplicación de las penas convenidas requerirá la culpa del deudor.

Artículo 1149

El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la penal convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.

Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactada y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado.

Artículo 1150

El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y a las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.

Artículo 1151

La nulidad de la cláusula de fijación de indemnización o de pena no conlleva consigo la de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.

Artículo 1152

La atribución que una de las partes realice a favor de la otra en el momento de la celebración del contrato, será prueba de su conclusión y se imputará a la prestación debida.

Sólo existirá la facultad de desistir del contrato, perdiendo aquella atribución quien la realizó o devolviéndola duplicada quien la recibió, si hubiese sido expresamente concedida.

La pérdida de la atribución realizada o su restitución duplicada sólo constituirán liquidación convencional de daños y perjuicios cuando así resulte del título constitutivo de la obligación.

establece que la simple reclamación de la prestación principal conlleva la pérdida del derecho a exigir la pena (art. 1149. I). / Asimismo, la Comisión General de la Codificación dedica un último precepto, el 1152 de la Propuesta, a instaurar una regulación general de las arras, recogiendo la jurisprudencia sentada por los sucesivos pronunciamientos de la Sala Primera, a pesar de que la reforma deja intacto el artículo 1454 CC, que las regula en sede de contratos de compraventa”.⁴³

Añade el autor citado que “(P)or otra parte, la Propuesta clarifica determinados extremos del texto promulgado en 1889, pues pone negro sobre blanco cuestiones puntuales sobre la cláusula penal, sin que el nuevo régimen difiera de la lectura que los operadores jurídicos hacen de la regulación actual. Si bien el articulado de la Propuesta es más sistemático que el del Código Civil, éste repite expresiones habitualmente equivalente (“indemnización convenida”, o simplemente “indemnización”, y “pena convencional”, arts. 1149, 1150 y 1151) y emplea el término “atribución” (art. 1152), quizás poco afortunado por su uso infrecuente en el Derecho español de contratos y obligaciones”.⁴⁴

Marín García continúa su análisis, auxiliándose de unas tablas comparativas.⁴⁵

⁴³ Ignacio Marín García, *La Cláusula Penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos*, en InDret (Revista para el análisis del Derecho), Barcelona, España, 2/2009, a la pág. 3 (son 17 págs. en total), omitiéndose citas. No obstante, en la nota 1 dice: “...El Tribunal Supremo considera aplicable el artículo 1154 CC sólo en casos de incumplimiento parcial – véase la diáfana STS, 1a., 14.6.2006 (RJ 3133; MP: Encarnación Roca Trías), en concreto su FD 4to”.

⁴⁴ Ibid, págs. 3-4.

⁴⁵ Sigo bien de cerca, textualmente, ese análisis. Reconozco expresamente que es de él (Marín García), por lo que omito comillas. Hay algunas adiciones al texto.

2. *La cláusula penal sustitutiva como regla de defecto, penal cumulativa y multa penitencial (artículos 1146 y 1147 de la Propuesta)*

<i>Código Civil vigente</i>	<i>Propuesta</i>
Artículo 1152.I: En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. (. . .) [Puerto Rico, art. 1106 CC, 31 LPRA 3131]	Artículo 1146: La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños <u>sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal.</u> <u>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.</u>
Artículo 1153: El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada. [Puerto Rico, art. 1107 CC, 31 LPRA 3132]	Artículo 1147: La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, <u>salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes.</u> (lo subrayado significa negritas en el original).

La Propuesta mantiene el régimen de la cláusula penal (art. 1146.I); así, si las partes no han pactado en contrario, la pena convencional será sustitutiva o compensatoria, de modo que dos serán sus efectos: impedir el nacimiento de la obligación indemnizatoria del art.1101 CC y excluir el cumplimiento forzoso de la obligación principal si el acreedor ha optado por la pena.⁴⁶

⁴⁶ Marín García, citado, pág. 4, omitiéndose llamada de nota al pie de página.

Es de advertir que las partes pueden para el caso de un incumplimiento contractual, sustraer de los tribunales la valoración del daño de conformidad con la ley y cuantía del perjuicio. Así, el acreedor perjudicado deberá probar el incumplimiento, pero no el daño (“sin necesidad de probarlos”, dice la Propuesta).⁴⁷

La Propuesta, además, posibilita que las partes contratantes estipulen una pena cumulativa (“salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal”), aunque a diferencia del art. 1153 (*in fine*) del Código Civil no establece en qué consiste: junto con la pena, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento de la obligación principal en forma específica o por equivalente pecuniario. La pena cumulativa es una singularidad del derecho español.

A su vez, la Propuesta ampara/recoge/protege la multa penitencial o pena de arrepentimiento (art. 1146.II). Es una estipulación que faculta al deudor para eximirse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena.

Por último, el art. 1147 de la propuesta. Es una novedad que radica en facultar a las partes para que alteren las reglas de defecto, pactando que el deudor deba resarcir al acreedor perjudicado si la cuantía de la pena es inferior al daño sufrido. Así, se disiparía/podría desestimarse toda clase de duda que pudiera existir/levantarse sobre la validez de este pacto.⁴⁸

⁴⁷ Ibid, pág. 5.

⁴⁸ Ibid, págs. 5-6.

3. *Exigibilidad para la pena (art. 1148 de la Propuesta)*

<i>Código Civil vigente</i>	<i>Propuesta</i>
Artículo 1152.II (...) Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código. [Puerto Rico, art. 1106; 31 LPRA 3131]	Artículo 1148: El acreedor sólo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor. La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor.

El art. 1148 de la Propuesta sustituye el envío o remisión al régimen general de las obligaciones (arts. 1101, 1102 y 1105 del Código Civil español (Puerto Rico, arts. 1054, 1055 y 1058 CC; 31 LPRA 3018, 3019 y 3022) que efectúa hoy el 1152.II CC español (Puerto Rico, art. 1106; 31 LPRA 3131) por una alusión directa al incumplimiento imputable al deudor en el primer párrafo y otra a la culpa en el segundo párrafo.⁴⁹

4. *Compatibilidad de la reclamación de la pena con otras acciones (art. 1149 de la Propuesta)*

<i>Código Civil vigente</i>	<i>Propuesta</i>
_____	Artículo 1149: El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, <u>salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.</u> <u>Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a</u>

⁴⁹ Ibid, pág. 6.

las indemnizaciones para el supuesto de aquélla pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento del retrasado.

(Subrayado significa negritas en el original)

La Propuesta hace compatible la pena moratoria (fijada para el retraso en la ejecución de la prestación principal) con el ejercicio de la acción de cumplimiento específico. Esta aclaración, dice Marín García, es poco acertada.⁵⁰ Asimismo, continúa diciendo este autor, “el 1149.I de la Propuesta establece que la pretensión del acreedor dirigida a la pena se pierde ante el solo hecho de exigir la pena principal. Regla opuesta a la que había sostenido la doctrina frente al silencio del CC: tras el incumplimiento, el acreedor podía optar por la pena hasta la realización de la prestación principal (Sanz Viola, 1994, p. 78). Así, de conformidad con el 1149.I, el acreedor que reclama la prestación principal sólo podrá exigir la pena ante la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, situación altamente improbable si dicha imposibilidad se debe a razones objetivas (imposibilidad sobrevenida no imputable).⁵¹

Por otro lado, el referido art. 1149.I “avala la cláusula penal estipulada para el supuesto específico de resolución del contrato, por mucho que pueda resultar paradójico que la pena se vincule a una facultad del acreedor ex artículo 1124 CC (Díez-Picazo, 2008, p.467...)”.⁵²

⁵⁰ Ibid, pág. 8, exponiendo sus fundamentos.

⁵¹ Ibid, pág. 8.

⁵² Ibid, pág. 9, omitiéndose llamada de nota al pie de página.

Este autor critica que el art. 1149 de la Propuesta se utilice una “diferenciación terminológica extraña en nuestro Derecho [español] como es distinguir entre “pena convencional” e “indemnización convenida” o “indemnización pactada”,... puesto que el término jurídico al uso en Derecho español es “cláusula penal”, con independencia de que no haya agravación de la responsabilidad por incumplimiento del deudor”.⁵³

5. Moderación judicial de la pena (artículo 1150 de la Propuesta)

<i>Código Civil vigente</i>	<i>Propuesta</i>
Art. 1154: El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. [Puerto Rico, art. 1108 CC, 31 LPRA 3133]	Art. 1150: El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.

La moderación judicial de la pena por razones de equidad es la mayor novedad de la Propuesta. De esta manera se une con el resto de los ordenamientos jurídicos europeos.⁵⁴ “El precepto del CC vigente impone al juez el deber de modificar la pena cuando haya existido un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. Para moderar la pena, el juez ha de valorar la proporción entre lo cumplido y el total de lo que se debió cumplir para no resultar penado (Albaladejo, 1983, p. 486). No cabrá tampoco moderación si la pena convencional se previó para un supuesto de

⁵³ Ibid, pág. 9.

⁵⁴ Ibid, pág. 9. También, Díaz Alabart, citado, pág. 27 (para el Código Civil italiano); pág. 29 (para el Código Civil francés).

incumplimiento parcial. Únicamente corresponde al juez moderar la pena cuando la cláusula penal prevea un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento efectivo del deudor, no en el resto de los casos”.⁵⁵

Díaz Alabart afirma, con toda razón, que en la Propuesta “en el texto propuesto para el que sería el actual 1154 [que es el art. 1150] tampoco se dice nada de si la moderación puede ser de oficio”.⁵⁶

Albaladejo es de la opinión (que el art. 1154 del CC español) “que la modificación de la pena no es facultad sino deber del Juez, que ha de ser equitativa y que no procede sino cuando haya habido algo de cumplimiento o no haya sido total el defecto sancionado con la pena en el cumplimiento”. Añade: (L)a modificación se impone imperativamente, ha declarado repetidamente la jurisprudencia...”. “Debe y sólo puede decretarse de oficio”, concluye.⁵⁷

Por otra parte, Díez-Picazo es de la opinión contraria. Dice: “(S)e ha cuestionado, además, si la modificación proveniente en el art. 1154 es de obligada observancia por los Tribunales e, incluso, si puede ser aplicada de oficio. La respuesta afirmativa a ese interrogante se funda sobre todo en la letra de la ley, ya que el precepto dice “el Juez modificará”. Sin embargo, la interpretación literal no ha sido nunca el más aconsejable camino de la inteligencia de las normas. . . . En cambio, ningún precepto del Código ni de Ley alguna determinan o imponen una aplicación de oficio. Perteneciendo la

⁵⁵ Ibid, pág. 10, omitiéndose llamada de nota al pie de página.

⁵⁶ *La cláusula penal*, citado, pág. 112 nota al pie de página núm. 196.

⁵⁷ Albaladejo, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (tomo XV, vol. 2), citado, pág. 482.

materia al campo estricto de los intereses de las partes, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio. A la misma conclusión se puede llegar a partir del art. 24 de la Constitución, que impide una tutela judicial no solicitada”.⁵⁸

En mi opinión, los jueces puertorriqueños actuarán a solicitud de parte ya que el volumen extraordinario, casi inmanejable, de casos asignados a cada Sala del Tribunal de Primera Instancia milita contrario a que actúen *motu proprio*, a menos de que se trata de un juez experimentado y sumamente diligente.

El fundamento de la moderación por razones de equidad: “la desproporción entre la pena y el daño sufrido es el verdadero presupuesto objeto de moderación judicial de la pena”, sostiene Marín García, apoyándose en alguna doctrina.⁵⁹

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”.⁶⁰

⁵⁸ Luis Díez-Picazo, volumen segundo (Las Relaciones Obligatorias), cuarta edición, de los “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, citado, págs. 402-3.

⁵⁹ Marín López. Ibid, pág. 10 (la doctrina es: Jordano Fraga – 1992, pp. 199-200 –y Rodríguez Tapia – 1993, pp. 582-584.).

⁶⁰ Marín López, citado, pág. 11.

Albaladejo, a su vez, manifiesta que “(L)a alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias puede dar lugar a la revisión del montante de la cláusula penal, pero no en virtud del presente artículo [1154 español; Puerto Rico, art. 1108, 31 LPRA 3133], sino de la teoría general de la revisión de las obligaciones por alteración de las bases sobre las que se establecieron.”⁶¹

6. *Nulidad de la cláusula penal con base en su carácter accesorio (art. 1151 de la Propuesta)*

<i>Código Civil vigente</i>	<i>Propuesta</i>
Art. 1155: La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.	Art. 1151: La nulidad de la cláusula <u>de fijación de indemnización o de pena</u> no lleva consigo la de la obligación principal.
La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.	La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.
[Puerto Rico, art. 1109, 31 LPRA 3134]	(subrayado es negritas en el original)

La Propuesta reproduce la redacción del art. 1155 CC (Puerto Rico, art. 1109), con una excepción: incluye los términos “cláusula de fijación de indemnización o de pena” en sustitución de “cláusula penal”. Este “cambio que nada añade y que arrastra la repetición superflua de expresiones equivalentes de preceptos anteriores (arts. 1149 y 1150)”.⁶²

La validez de la cláusula penal depende, debido a su carácter accesorio, de la validez de la obligación principal que ella garantiza.

⁶¹ Albaladejo, citado, pág. 489.

⁶² Marín García, citado, pág. 13.

7. Regulación general de las arras (artículo 1152 de la Propuesta)

Código Civil vigente

Propuesta

Artículo 1152: La atribución que una de las partes realice a favor de la otra en el momento de la celebración del contrato, será prueba de su conclusión y se imputará a la prestación debida.

Sólo existirá la facultad de desistir del contrato, perdiendo aquélla atribución quién la realizó o devolviéndola duplicada quién la recibió, si hubiese sido expresamente concedida.

La pérdida de la atribución realizada o su restitución duplicada sólo constituirán liquidación convencional de daños y perjuicios cuando así resulte del título constitutivo de la obligación.

La jurisprudencia española ha establecido que las arras penales tienen la naturaleza de cláusula penal.⁶³ “La Propuesta pretende dotar al ordenamiento jurídico español de una regulación general de las arras, hasta ahora ausente, pues las reglas aplicadas son de creación jurisprudencia y superan en mucho el contenido del artículo 1454 CC, del cual se apartan al atribuir a las arras carácter confirmatorio en los contratos civiles...”.⁶⁴

Para Díez-Picazo “las arras pueden ser definidas como la entrega de una suma de dinero o de cualquiera otra cosa que un contratante hace a otro con el fin de asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su

⁶³ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, 1a., 25.10.2006 (RJ 6704).

⁶⁴ Marín García, citado, pág. 14, omitiéndose llamadas de notas al pie de página. Véase, además, Díaz Alabart, trabajo citado, págs. 107-109.

cumplimiento o facultar al otorgante para poder rescindirlo libremente consintiendo en perder la cantidad entregada. / Es característica de las arras su entrega en el momento de la celebración del contrato. ...”.⁶⁵

Este tema no vamos a estudiarlo, sino tomar nota de él, como se hace, ya que en el derecho puertorriqueño las arras es un instituto muy poco utilizado. El Código Civil reconoce arras en ocasión de regular la compraventa.⁶⁶

Otras propuestas

El propuesto *Código Europeo de Contratos*, de la Academia de Pavía, en su artículo 170 trata de la cláusula penal, sin definirla o decir lo que es, pero significando sus efectos.⁶⁷

⁶⁵ Díez-Picazo, obra citada, pág. 404.

⁶⁶ Art. 1343 CCPR, 31 LPRA 3750: “Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas”. Procede del art. 1454 CC de España.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Caballero v. Kogan* 73 DPR 666 (1952), resolvió que en ausencia de disposición expresa alguna de un contrato de compraventa al efecto de que una cantidad entregada en virtud del mismo sea arras, esta sección no tiene aplicación, especialmente si el contrato provee que el dinero es parte del precio de la compraventa (de las anotaciones).

⁶⁷ Véase *La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos* por Gabriel García Cantero. Separata de la “Revista Jurídica del Notariado”, no. 44 (oct.-dic. 2002), España, págs. 299-396.

El artículo 170 (cláusula penal) reza: “1. A excepción de lo previsto en el apartado 5, si las partes al celebrar el contrato han convenido en una cláusula penal que, en caso de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o mora, el deudor debe una prestación determinada, ésta constituye la indemnización debida por el deudor cuando se produzcan las mencionadas situaciones, y ello es así siempre, excepto cuando la posibilidad de reparar el daño ulterior no haya sido pactada. / 2. La prestación a que se refiere el apartado anterior se debe sin necesidad de que el acreedor deba probar ni la existencia del daño, ni su cuantía. / 3. El acreedor sólo puede demandar al mismo tiempo el cumplimiento y la pena cuando ésta sólo ha sido pactada para la mora. / 4. El juez puede disminuir equitativamente la pena, si el deudor ha realizado y el acreedor no ha rechazado un cumplimiento parcial o si la cuantía de la pena es manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta, en todo caso, el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento. / 5. En los contratos en los que interviene un consumidor las cláusulas penales a su cargo establecidas en las condiciones generales del contrato son siempre ineficaces.” (p. 394).

En los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (versión revisada y completada en 1998), ⁶⁸ el artículo 9.509, pago convenido por el incumplimiento, reza: “(1) (C)uando el contrato establece que la parte que incumple debe pagar una suma de dinero a la parte perjudicada por tal incumplimiento, ésta deberá recibir dicha cantidad con independencia de cuál haya sido su pérdida efectiva. (2) (S)in embargo, a pesar de una estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias.”⁶⁹

En las explicaciones (capt. XVIII: la indemnización de los daños contractuales), dicen: “XI. La cláusula penal – Vamos a recordar el artículo en el que se regula la cláusula penal. El art. 9.509 establece que (1) cuando el contrato prevea que el que deja de cumplir pagará una determinada suma por el incumplimiento, dicha suma será atribuida a la parte insatisfecha con independencia de cuál sea el daño efectivamente producido. (2) Sin embargo, pese a una estipulación en contra, la suma establecida puede ser reducida a una cuantía razonable, si es manifiestamente excesiva en relación con el perjuicio resultante de la inexecución o de otras circunstancias.”⁷⁰

Comentando los *Principios* precedentemente aludidos, el *Marco Común de Referencia* (*Draft Common Frame of Reference* o *Draft*) y el vigente Derecho

⁶⁸ Los *Principios* fueron publicados a mediados del año 2000 por la Editorial Kluwer Law International, en la obra denominada “Principios de Derecho Contractual Europeo (Parte I y II)” (en inglés), bajo los nombres de los Profesores Ole Lando y Hugh Beale.

⁶⁹ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías, A.M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, Madrid, primera edición, 2002, págs. 71-2. La traducción al español de estos *Principios* es de los profesores mencionados.

⁷⁰ *Ibid*, pág. 383.

español (arts. 1152 a 1155 CC), una profesora significa que las tres “parten de un hecho en común: el *incumplimiento* que provoca el pago de la cláusula penal, ha de ser *imputable al deudor*.”⁷¹⁻⁷²

Dejo pendiente el estudio de las cláusulas penales que formen parte de contratos con consumidores que puedan ser consideradas o declaradas abusivas. Aún el ordenamiento jurídico puertorriqueño no cuenta, lamentablemente, con un régimen legislativo sobre cláusulas abusivas.⁷³

Evaluación del propuesto art. 28 (cláusula penal) del anteproyecto de Código Civil para Puerto Rico preparado por una comisión de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico

A mi juicio, la ubicación de la disposición sobre la cláusula penal no es la propia. El propuesto art. 28 (cláusula penal) es parte del *Libro V. De los contratos y otras fuentes de las obligaciones*, Capítulo VI. De los efectos. Le preceden los siguientes capítulos del Título I (de los contratos en general) (a) I. disposiciones generales; (b) II. del consentimiento; (c) III. de otros elementos de los contratos; (d) IV de los contratos predispuestos; (e) V. incorporación de terceros al contrato y (f) VI. de los efectos. Este capítulo (VI) lo integran tres

⁷¹ María Teresa Álvarez Moreno, *La regulación de la cláusula penal en los PECL y el Draft y su comparación con el Derecho español*, en el libro “Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft”, María del Carmen Gómez Laplaza, Coordinadora, Dykinson, Madrid, España, pág. 128.

⁷² En el *Draft*, se contiene en el Libro III, capítulo 3, el artículo III – 3:712. Reza: “III-3.712: *Pago estipulado en caso de incumplimiento. (cláusula penal)*. (1) Cuando los términos que regulan una obligación prevén que el deudor que incumpla la obligación debe pagar una suma determinada al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a dicha suma con independencia de los daños reales. (2) Sin embargo, a pesar de cualquier previsión en el contrato en sentido contrario, la suma estipulada en el contrato o en otro acto judicial, puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea manifiestamente excesiva en relación con los daños resultantes del incumplimiento y de otras circunstancias.” (Álvarez Moreno, citado, pág. 128).

⁷³ El autor de este ensayo ha escrito un artículo sobre este tema, pendiente de publicación.

secciones. La primera trata del incumplimiento y de la excepción al cumplimiento; la segunda de las cláusulas de garantía: garantía en caso de arrepentimiento y la cláusula penal; y la tercera sección es sobre la revisión de los contratos.

Tratándose de garantía⁷⁴ del derecho de crédito deben estar agrupadas la cláusula penal y, posiblemente, el derecho de retención, como garantías que consisten en estimular o presionar al obligado a realizar la prestación debida.

Es el único artículo dedicado a la cláusula penal. Me parece que es más extenso de lo usual.

En el *primer párrafo* del propuesto art. 28 se propone que “las partes pueden pactar cláusulas contractuales con el propósito de evitar el incumplimiento parcial o el retraso del cumplimiento de la obligación principal...”. ¿Evitar? Es sinónimo de impedir, precaver, sortear.⁷⁵ “Evitar” es “apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda; excusar, huir de incurrir en algo; huir el trato de uno; apartarse de su comunicación; eximirse del vasallaje”.⁷⁶

Me parece preferible decir “estimular”. La función más peculiar de la cláusula penal es la estimular al deudor al cumplimiento de la obligación ante

⁷⁴ Tomo nota del art. 27, garantía en caso de arrepentimiento que dice: “Puede entregarse un bien al otro contratante o a un tercero, para serle entregado a aquél, en concepto de única prestación debida en caso de arrepentirse del contrato, conforme a las siguientes reglas. . . . (pág. 7 de 65).

⁷⁵ Miguel Doezis, *Diccionario de sinónimos, antónimos y parónimos*, Ed. Libsa, Madrid, octava edición de 1993.

⁷⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. edición, 1992, Madrid (Espasa Calpe).

la posibilidad de ser ejecutado por un importe superior a la prestación debida, inicial u originariamente debida.

La frase “...evitar el incumplimiento parcial o el retraso del cumplimiento...” limita el pacto entre las partes a las dos instancias mencionadas.

La redacción del *segundo párrafo* carece de elegancia y claridad.⁷⁷

Presumo que este párrafo será el que sustituiría, de aprobarse la propuesta, al vigente art. 1018 del CCPR,⁷⁸ que ordena: “(E)l tribunal o juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”. Puede eliminarse el vocablo “juez”. Más elegante y propio sería decir “tribunal”.

“Atemperar” es moderar.⁷⁹

Igualmente me parece que se pierde mucho eliminando el vocablo “equitativo”⁸⁰ (“modificará equitativamente la pena”).

Falta una disposición similar al art. 1109 del CCPR,⁸¹ que reza: “(L)a nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. / La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal”.

En cuanto al *tercer párrafo*, sobre las reglas que han de observarse en la aplicación de la cláusula penal, podría señalarse: en el inciso (a) el adverbio

⁷⁷ “Aunque el Tribunal tiene facultad para atemperar las penas en casos de extrema desproporción económica, debe reconocer la obligatoriedad de las cláusulas convenidas y, sólo en tales casos puede sustituirlas o moderarlas”.

⁷⁸ 31 LPRA 3133; CC español, art. 1154.

⁷⁹ Diccionario de la Lengua Española, citado.

⁸⁰ “Equidad”: moderación en el precio de las cosas o en las condiciones de los contratos. *Diccionario de la Lengua Española*, citado.

⁸¹ 31 LPRA 3134; CC español, art. 1155.

“exclusivamente” (sola, únicamente) debe eliminarse; (b) de la pena acumulativa; véase el art. 1107 CCPR, 31 LPRA 3132; CC español 1153; (c) la cláusula penal se interpretará restrictivamente; (d) sustitución de la prestación debida por la convenida en la cláusula penal sólo si se ha convenido (pactado) expresamente.

Como regla general, el deudor no tiene / carece de la facultad de elegir entre cumplir o la obligación / prestación debida o la pena. De habersele concedido al deudor la facultad de escoger entre cumplir la obligación / prestación debida, o bien la pena, estamos ante un caso de obligación facultativa.⁸²

Como la cláusula penal es la convención accesoria estipulada como cláusula o pacto de una obligación, su accesividad es fundamental a su naturaleza.

Soy de opinión que una disposición como la del art. 1109 CCPR, *supra*, debe incluirse.

Los dos últimos párrafos del propuesto art. 28 (cláusula penal) resultan extraños. Dicen: “(A)demás de las cláusulas penales, los contratantes *pueden convenir otras* [cláusulas] *que estén relacionadas con el cálculo anticipado del daño causado por el incumplimiento*. En tal supuesto, el acreedor no está obligado a probar el daño ni el deudor puede eximirse al acreditar que el daño

⁸² En España, Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1946, 13 de junio de 1962 y 21 de febrero de 1969 (ésta última, Aranzadi, núm. 967) (Albaladejo, citado, págs. 474, nota al pie 14).

La distinción entre la obligación con cláusula penal y la obligación facultativa es clara. En la primera no se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación principal pagando la pena accesoria. Art. 1107 CCPR, 31 LPRA 3132; CC español, art. 1153.

no se verificó o fue de menor cuantía. / Las cláusulas penales y las que precálculan el daño pueden convenirse conjuntamente, siempre que así conste, de forma clara, en el contrato”.⁸³

En el “comentario” al propuesto art. 28 se dice que “el nuevo texto que regula la cláusula penal subraya su efecto “*in terrorem*”...”. Y en el texto del art. 28 se subraya que “*además* de las cláusulas penales, los contratantes pueden convenir *otras* que estén relacionadas con el cálculo anticipado del daño causado...” (itálicas nuestras).

Si no son cláusulas penales, ¿qué, entonces, son? estas cláusulas que calculan por anticipado el daño causado.

⁸³ Itálicas nuestras.