

lex aun en ausencia de elección de las partes⁸⁵. Bajo influencia de las reformas francesas de ya hace unas décadas, e ideas de Pieter Sanders sobre la *lex mercatoria*, el artículo 1054 de la ley de arbitraje de Holanda está fraseado de igual manera que su precedente francés. El reporte explicativo a la ley holandesa confirmó explícitamente que los árbitros, en casos intencionales, pueden aplicar la *lex mercatoria*, en tanto hayan sido autorizados por las partes o en ausencia de elección. Incluso, el reporte holandés sigue a Goldman en la definición de la *lex mercatoria*⁸⁶.

Por su parte, la sección 46 (1) (b) de la ley inglesa de arbitraje de 1966 dispone que si los contratantes así lo admiten, el tribunal arbitral resolverá el asunto de acuerdo a aquellas otras consideraciones (distintas a la ley) que hayan acordado las partes o que decida el tribunal. Notas explicativas al proyecto de 1985, redactadas por un comité consultivo departamental de arbitraje, decían que esa sección corresponde al artículo 28 de la Ley Modelo⁸⁷.

A su vez, el flamantemente sancionado nuevo artículo 1511 del Código Procesal Civil francés, dispone que el tribunal arbitral podría decidir el litigio de conformidad a las normas de derecho que las partes han elegido o, en su defecto, de acuerdo a aquellas que estime apropiadas,

debiendo tener en cuenta, en todos los casos, los usos de comercio⁸⁸. El reporte explicativo enfatiza que el artículo 1511 y otros relacionados, consagran la existencia de un orden jurídico autónomo en materia de arbitraje internacional⁸⁹.

Se ha advertido que si los árbitros tienen dudas sobre la aceptación de la *lex mercatoria* por las partes, tendrían que intentar acomodarse a su voluntad y dar debida consideración a leyes domésticas relevantes. Si es posible, el laudo debería dejar en claro que la aplicación de la *lex mercatoria* no lleva a resultados incompatibles con sistema doméstico alguno de eventual aplicación, o que el derecho nacional indicado por las reglas conflictuales no se contradice con la *lex mercatoria* referida en la cláusula arbitral⁹⁰.

Como bien lo señala Goode, los tribunales arbitrales tienen un deber moral y jurídico de actuar en una forma disciplinada y de acuerdo a principios establecidos, al menos que estén dispensados por acuerdo de partes⁹¹.

VIII. EX AEQUO ET BONO Y AMIABLE COMPOSITION

Si bien hay disparidades terminológicas en distintos sistemas⁹², con estas expresiones se

85. RUIZ ABOU-NIGM, Verónica. (Nota 17). p.117. El comentario, emitido con relación a la anterior ley francesa, es válido con respecto a la actual.

86. DE LY, Filip. (Nota 95). p. 250.

87. Department of Trade and Industry, Consultative paper, secc. 1 y 2: Draft Clauses of an Arbitration Bill, p. 38). (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a).

88. El artículo 1496 del Código Procesal francés otorga la facultad de que los árbitros apliquen la *lex mercatoria*; esto se desprende también del artículo 1700 del Código Procesal Civil belga; del artículo 1496 del Código Procesal francés; del artículo 1054 del Código Procesal holandés; y del artículo 834 del Código Procesal Civil italiano.

89. Hace ya varios años Goldman había señalado, en sus clases ante la Academia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que era necesario desarrollar reglas autónomas de conflicto para arbitrajes comerciales internacionales a fin de evitar resultados no satisfactorios emergentes de la aplicación de las reglas de conflicto del Estado sede el arbitraje y del Estado cuyas leyes resultan aplicables a los méritos de la disputa. Asimismo, reglas de conflicto autónomas serían necesarias en arbitrajes en que la *lex mercatoria* se aplicaría a la sustancia de la disputa, abogando por un sistema arbitral de conflicto autónomo (DE LY, Filip. (Nota 11). pp. 212-213).

90. CARON, David, Lee M. CAPLAN y Matti PELLONPÄÄ. (Nota 31). p. 129. En términos análogos formulan una advertencia Craig, Park y Paulsson (CRAIG, Laurence, William PARK y Jan PAULSSON. (Nota 3). p. 337).

91. GOODE, Roy. (Nota 11). p. 7.

92. CARON, David/CAPLAN, Lee M/PELLONPÄÄ, Matti. (Nota 15). p. 134.

hace alusión al arbitraje de equidad, previsto en el artículo 28 de la Ley Modelo y en varios reglamentos arbitrales⁹³.

Los árbitros deben mostrarse sumamente cautos a este respecto. Los tribunales franceses, por ejemplo, han resuelto que en arbitrajes de equidad, los árbitros deben dar razones para justificar su decisión, sin que les esté permitido simplemente aplicar un derecho. Recientemente, en el caso *Fotovista*, la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo basado en *amiable composition* porque el árbitro no explicó su decisión de aplicar el derecho francés en las catorce páginas del laudo⁹⁴.

Demás está decir que considerar los términos del contrato y los usos debería ser parte de la evaluación acerca de qué es equitativo en arbitrajes de equidad⁹⁵, puesto que, como lo señalan la Ley Modelo y el reglamento, aquellos deben ser tenidos en cuenta en todos los casos⁹⁶.

Decidir en equidad es una facultad pero no una obligación de los árbitros. Estos pueden tener razones para aplicar de todos modos un derecho determinado, cuando podría haber peligro de inva-

lidación o de no reconocimiento en jurisdicciones que no admitan el arbitraje de equidad, o cuando ello contradiga términos claros del contrato⁹⁷.

IX. USOS MERCANTILES APLICABLES AL CASO

El artículo 28, inciso 4) de la Ley Modelo, así como el artículo 35 del reglamento de la CNUDMI, prevén que deben atenderse, en todos los supuestos, las estipulaciones del contrato, si las hubiera, y tenerse en cuenta "los usos mercantiles aplicables al caso"⁹⁸.

Ya la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 preveía en su Artículo VII que en todos los casos los árbitros deben tomar en consideración los "términos del contrato y los usos de comercio". Esto fue calificado por Blessing como uno de los más significativos acontecimientos del siglo XX, al liberar el arbitraje de percepciones locales⁹⁹.

En la misma senda, el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional dispone en su artículo 17(2) que "en todos los casos el Tribunal Arbitral deber tener en cuenta la previsión

93. Con ello se quiere significar que el tribunal puede basarse en consideraciones de equidad y justicia, aunque la palabra "equity" no debe entenderse en la acepción específica que tiene en las jurisdicciones del *common law*, WEBSTER, Thomas H. (Nota 5), p. 528.

94. CA Paris, Enero 15, 2004, *Société Centrale Fotovista v Vanoverbeke et al.* (2004). Cit. por WEBSTER, Thomas H. (Nota 5), p. 528.

95. WEBSTER, Thomas H. (Nota 5), p. 529.

96. La nueva *lex mercatoria* tuvo un particular desarrollo en casos en que los árbitros podían actuar *ex aequo et bono* o como *amiables compositeurs*. Los árbitros sintieron que, aunque no estuvieran atados por reglas estrictas, sus laudos debían de todos modos basarse en principios razonables, de modo que aunque son conceptos diferentes, la *lex mercatoria* emergió como consecuencia de esa facultad de laudar en equidad (RUÍZ ABOLU-NIGM, Verónica, (Nota 17), p. 108). David rechaza, por no corresponder a la práctica y por carecer de fundamento desde el punto de vista de los principios, la distinción entre el arbitraje de derecho y el arbitraje en equidad, en el entendimiento de que la equidad no es una alternativa sino un progreso del derecho (ver en OPPETIT, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, 2006, pp. 278-279, nota al pie).

97. CARON, David, Lee M. CAPLAN y Matti PELLONPÄÄ. (Nota 15), p. 136.

98. El artículo 1054 de la ley procesal holandesa sigue la ley modelo de la CNUDMI sin describir claramente qué quieren decir con usos del comercio. El comentario oficial holandés refería a la *lex mercatoria* en este contexto y permitía su aplicación, sin discutir exactamente qué era (DALHUISEN, Jan, (Nota 95), p. 119).

99. BLESSING, Marc, (Nota 57), p. 12. Más recientemente, la Convención de México prevé que se tomarán en cuenta "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" (Artículo

contractual y todo uso relevante de comercio⁹. Cuando esta regla fue formulada en 1975, el entonces *Vice-Chairman* de la Corte, Jean Robert, dijo: "Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos"¹⁰⁰.

Señala David que el acuerdo de las partes para arbitrar disputas que surjan de un contrato internacional implica que, además de cualquier estipulación expresada en el convenio, serán tenidas también en cuenta los usos de la comunidad de comerciantes internacionales que resulten aplicables. Esta autoridad jurisdiccional implícita no es ni *amiable composition* (*arbitraje de equidad*) ni fallo acorde con la ley en su acepción usual. En vez, demuestra que un marco de resolución de disputas, especialmente creado e innovador, se aplica en el arbitraje comercial internacional¹⁰¹. Las reglas de buena conducta comercial, precisamente porque son amplias y adaptables, dan a los árbitros una guía mejor y más apropiada que distinciones técnicas de disposiciones legales rígidas, lo cual constituye el sello de la legislación local¹⁰².

X. CONCLUSIÓN

Las vinculaciones comerciales transfronterizas encuentran en el arbitraje un mecanismo normalmente más apropiado para que sean atendidos tanto las expectativas de las partes como los requerimientos de justicia que demandan este tipo de contratos, acorde con la atmósfera cosmopolita en que se desarrollan.

Al respecto, esta contribución ha abordado distintas cuestiones que son claves para un entendimiento de las concepciones actuales preponderantes, cuya conclusión no puede ser otra que la ya adelantada, es decir, que el arbitraje debería permitir liberar la contratación internacional de constreñimientos legalistas inapropiados. Estas vinculaciones requieren ser consideradas desde el prisma transfronterizo en que se llevan adelante, para así servirse apropiadamente a las partes envueltas y, en general, al comercio internacional en sí, que de esta forma se puede desarrollar de manera mucho más apta que con la aplicación de rígidas reglas domésticas, no infrecuentemente inadecuadas para tal fin.

9, párrafo segundo), y señala, además, que tendrán aplicación, cuando corresponda, "las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" (artículo 10). Sobre el alcance y las consecuencias fecundas de estos artículos, ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Nota 7).

100. Los requerimientos del artículo 17(2) pueden ser vistos tanto como complemento a una previsión del derecho nacional sustantivo determinado a ser aplicable al contrato, como también como sustituto de la aplicación de un derecho nacional sustantivo. Aun cuando los árbitros han determinado que una sola ley nacional gobierna la interpretación y ejecución del contrato en cuestión, términos específicos del contrato tienden a adquirir prevalencia sobre principios de derecho establecidos en leyes o fallos judiciales, salvo una expresa provisión legal de efecto obligatorio, por ejemplo relativa al ejercicio del poder estatal (CRAIG, Laurence, William PARK y Jan PAULSSON, (Nota 3), p. 331).

101. Ver en CARBONNEAU, Thomas E. "A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate". En CARBONNEAU, Thomas E. (editor). *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant. Revised Edition*. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 21.

102. CARBONNEAU, Thomas E. (Nota anterior). p. 37.

La reclamación por daños y perjuicios en el arbitraje



JULIO GONZÁLEZ SORIA

Presidente de Honor de la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional (CIAC).

Ex Presidente y Fundador de la Corte de Arbitraje de Madrid.

Vicepresidente y Fundador del Club Español del Arbitraje.

Miembro de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.



Una de las peticiones más habituales de las partes en un arbitraje es la indemnización por daños y perjuicios.

Es evidente que los árbitros tendrán que resolver teniendo en cuenta lo que, al respecto, estipulen la ley positiva que las partes hayan acordado que debe aplicarse a la resolución del conflicto. Por ello, no puede generalizarse ya que las respuestas serán distintas dependiendo de la legislación aplicable, con las variantes propias de la cultura del common law o del civil law. Por ello, en este artículo nos vamos a referir a un hipotético caso en que las partes han acordado que la ley aplicable es la española.

La primera pregunta que tendríamos que hacernos es cuáles son los daños y perjuicios que quedan sujetos a indemnización en la legislación española. El artículo 1089 del Código Civil español establece que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Es decir, hay un primer grupo derivadas de la ley que no se presumen y solo son exigibles si están expresamente determinadas en el Código Civil o en leyes especiales y que se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido y en su defecto por el propio Código Civil. El segundo grupo que nace de los contratos que tienen fuerza de ley entre las partes, deberán cumplirse al tenor de los mismos. Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por el Código Penal. Y finalmente, las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la Ley quedarán sometidas a lo que al respecto se dispone en el propio Código Civil.

El artículo 1101 del Código Civil determina que 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 al tenor de aquellas. En los casos en que la responsabilidad procede del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula (artículo 1102). Si procede de negligencia

es igualmente exigible en todas las obligaciones pero podrá moderarse por el tribunal según los casos (artículo 1103).

El artículo 1104 nos puntualiza que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar, añadiendo que, en caso de silencio, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia y que son por consiguiente los criterios que deberá tener en cuenta el árbitro en cada caso y decidir en consecuencia.

Establecido el marco en el que deben resolverse las peticiones de indemnización por daños y perjuicios, vamos a ocuparnos más en detalle de los supuestos más habituales con que tienen que enfrentarse los árbitros: **la condena al pago de los intereses a la contraparte; el lucro cesante y, la compatibilidad de la cláusula penal y la indemnización por daños y perjuicios.**

Una de las peticiones más habituales en el arbitraje es la condena al pago de los intereses a la contraparte. Este tema que a primera vista podría parecer sencillo no es realmente así en la práctica. Efectivamente, la cuestión no tiene nada de sencilla. La primera dificultad consiste en determinar cuál es el momento a partir del cual comienza el devengo. La jurisprudencia no es unánime en esta cuestión, variando desde la fecha de la reclamación extrajudicial hasta la fecha de la solicitud del arbitraje o incluso de la fecha del laudo. Por otra parte, hay que decir que es importante diferenciar los intereses legales que tienen su regulación en el artículo 576 de la LEC (cuyo párrafo 3 ha sido modificado por el Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles y en el que se hace ahora referencia expresa a los laudos arbitrales) y que para su aplicación tan solo requieren que exista una sentencia o laudo arbitral que condene al pago de una cantidad determinada y líquida y a partir de ese momento surgirá la obligación *ope legis* de abonarlos y producirá sus efectos a partir de la notificación del laudo; de aquellos que vienen regulados en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil,

cuya aplicación requiere petición expresa de las partes. Son estos últimos los que provocan mayores dudas a la hora de determinar el inicio de su devengo.

En aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora*, el sector más tradicional de la doctrina y numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia del 19 de mayo 1991 (RJ 1991/3713); de 5 febrero de 1991 (RJ 1991/705); 12 de julio 1988 (RJ 1988/5687), entre otras muchas) considera que no cabe la mora del deudor cuando la cantidad reclamada o debida no es líquida y exigible en su exacta cuantía hasta que el tribunal lo determine.

Esta línea jurisprudencial se ha visto suavizada por una interpretación más flexible del citado principio *in illiquidis non fit mora* que no debe tener carácter absoluto (así, sentencias del Tribunal Supremo 15 noviembre de 2000 (RJ2000/9214), de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001/6472), entre otras).

Personalmente, comparto esta interpretación que significa la no aplicación automática de la exigencia de que las cantidades que conforman la condena que da lugar a su devengo estén predeterminadas exactamente o pendientes de una simple operación aritmética y sustituir la generalización de su aplicación por las circunstancias que concurran en cada caso; ya que, no podemos olvidar que la mora surge de un incumplimiento jurídico-material precedente y su fundamento se encuentra en los principios de buena fe contractual y equilibrio de las prestaciones.

En cuanto al tipo de interés aplicable, en el caso de que las partes no lo hubieran pactado, sería aplicable el interés legal del dinero a aquellos que, como hemos dicho tienen su origen en la aplicación de los artículos 1100, 1101 y 1108, y del interés legal incrementado en dos puntos los que tienen su origen en el artículo 576, desde la fecha de notificación del laudo hasta su efectivo pago.

La segunda cuestión que queremos abordar es lo que se conoce como **lucro cesante**. El artí-

culo 1106 establece que la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que se haya sufrido, sino también la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes. Así, en el 1107 limita los daños de que responde el deudor, cuando éste es de buena fe, a los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Sin embargo, en el caso de dolo, el deudor responderá de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

En otras palabras, con ello se pretende que el incumplimiento lleve a compensar al acreedor tanto de los daños directos e indirectos como del lucro cesante, por aplicación del principio de resarcimiento total. Pero la doctrina jurisprudencial exige que para que proceda la indemnización por lucro cesante, es decir por las ganancias dejadas de percibir, como concepto distinto del de los daños materiales, se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir-lucro cesante. La indemnizabilidad del lucro cesante requiere pues, de la concurrencia de dos condiciones sucesivas que implican hechos constitutivos de la pretensión y, por ende, sujetos a la carga probatoria de la parte demandante: la primera, su propia existencia o constatación; la segunda, su cuantificación, conforme a parámetros seguros. La constatación del lucro cesante huye de fórmulas genéricas o forfitarias, requiriendo la alegación y posterior prueba, de sus concretos efectos.

En cualquier caso, es evidente la dificultad de determinar el mismo, ya que si bien no se exige que el daño se haya producido físicamente, si es necesario probar que la estimación que del mismo se hace responde a expectativas que se hubieran realizado de haberse cumplido la obligación por el deudor, no siendo suficientes, por ejemplo, el recurso a pretendidos "certificados" que, sin mayor explicación de las bases de que parte, ofrecen una cantidad única e igualitaria para cualquier situación, sin tener en cuenta las peculiaridades de la empresa del perjudicado ni ningún otro factor específico.

El tercer y último supuesto que vamos a analizar es si es compatible la cláusula penal y la indemnización por daños y perjuicios. El artículo 1152 del Código Civil español establece que en las obligaciones con cláusula penal, con carácter general, en caso de falta de cumplimiento, la pena sustituirá a la indemnización de daños y abono de intereses. En esos casos, por consiguiente si es incompatible o mejor dicho sustitutiva. Sin embargo, la ley establece que las partes pueden pactar otra cosa, lo que implica la posibilidad de que la cláusula penal y la indemnización por daños y perjuicios puedan aplicarse en un mismo caso. El mismo artículo 1152 condiciona que la pena solo podrá hacerse efectiva conforme a las disposiciones del propio Código Civil. Entre esas condiciones, está que el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado ese derecho. Y tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y de la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

Cierta doctrina considera que la *cláusula penal*, en su planteamiento más realista y práctico, es un sucedáneo de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales. El fundamento de la *cláusula penal* no es tanto garantizar la realización de la prestación pactada, como la satisfacción de los intereses del acreedor, y constituye una excepción al régimen legal de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones; es decir, la fijación de un modo o mecanismo distinto en el que se encarna la responsabilidad por incumplimiento¹.

En Italia una visión parecida a ésta es la teoría dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la función de la *cláusula penal* sería

la determinación anticipada y "forfetaria" del daño, como esquema que facilita la aplicación del resarcimiento del mismo (teoría de la determinación preventiva y forfetaria del daño)². Sin embargo, en una interesante Sentencia de 19 de enero de 2002, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid aborda un extenso estudio sobre la jurisprudencia del TS acerca de la *cláusula penal* con algunas referencias a la denominada doctrina científica. En relación con la naturaleza jurídica, la Sentencia se muestra contraria a la tesis que defiende que la *cláusula penal* sea un subrogado o sucedáneo de la indemnización de daños y perjuicios.

Y en su Fundamento de Derecho SÉPTIMO dice textualmente: Finalmente y en cuanto a la cláusula penal, importa destacar que, como es sabido, constituye una estipulación que establece una sanción civil para el deudor que incumple una obligación, que se quiere reforzar con aquélla. Puede tratarse de cualquier tipo de pena (hacer, no hacer o dar alguna cosa); habitualmente consiste en la entrega de una suma de dinero. La cláusula penal es una obligación accesorio de la que con ella se refuerza. Sin la existencia de ésta, carecería de razón de ser, pues no habría nada que asegurar o reforzar. Esa accesoriedad determina que la extinción de la obligación principal lleve consigo la de la pena y no en cambio al contrario (artículo 1155 del Código Civil). Excepcionalmente, la nulidad de la cláusula penal aparejaría la de la obligación principal si así se pactó, pero es que con tal pacto se difumina la subordinación que produce la accesoriedad. La nulidad de la obligación principal no arrastra la de la penal cuando esta última se pacta para el caso de que la obligación principal resultase nula por culpa del deudor, y fuera esto precisamente lo que sucediese.

1. Vid. MÁS BADIÁ, María Dolores. *La revisión judicial de las cláusulas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp. 169-170; se adhiere a esta opinión, entre otros, MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis. "Las garantías del crédito". En VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario y Rafael VERDERA SERVER (coordinadores). *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 251-252.

2. Vid. DE LUCA, Massimiliano. *La clausula penale*. En *Il diritto privato oggi* (serie al cuidado de Paolo Cedon). Milán: Giuffrè, 1998, p. 36. Para una sistematización de las diferentes posturas sostenidas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ver la obra acabada de citar (pp. 24-43).

La figura a la que comúnmente se denomina cláusula penal tiene entre sus características la de poder cubrir muy diversas funciones:

- a) Una función de garantía del cumplimiento de la obligación principal: ante la amenaza de la pena, el deudor se encuentra más constreñido a realizar la prestación debida. Además, puede ejercer una función punitiva, si al producirse el incumplimiento, la pena puede exigirse además del cumplimiento forzoso de la obligación in natura, o los daños y perjuicios causados. La cláusula penal que cubre simultáneamente ambas funciones da lugar a lo que se conoce en la doctrina como pena cumulativa. Para que se entienda convenida una cláusula penal de este tipo es preciso el pacto expreso. No es necesario que se emplee para ello ninguna expresión técnica, pero sí, desde luego, que inequívocamente aparezca ser eso lo que quisieron las partes (artículos 1152,1 y 1153, in fine).
- b) También es posible, y así lo presume el artículo 1152, que la función que desempeña la cláusula penal sea liquidatoria-también llamada sustitutiva o compensatoria. Esta sustituirá a los daños y perjuicios que ocasione la falta de cumplimiento. En este caso, el acreedor no necesita probar la existencia de esos daños y tampoco su cuantía. Este tipo de cláusula penal no supone una mayor garantía de cumplimiento para el acreedor, ni una agravación especial de la condición del deudor incumplidor, salvo la que deriva de facilitar extremadamente el resarcimiento del acreedor, liberándose de la carga de la prueba de los extremos señalados. Si se establece una cláusula penal liquidatoria de cuantía muy superior a la que razonablemente puedan alcanzar los daños y perjuicios, absorberá los dos tipos de función mencionados.

- c) Asimismo la cláusula penal puede cumplir la función de facilitar el desistimiento de la obligación principal, permitiendo al deudor eximirse del cumplimiento de dicha obligación pagando la pena (artículo 1153 del Código Civil). Es la denominada multa penitencial, pena facultativa o de desistimiento. Precisa también pacto expreso. No garantiza el cumplimiento de la obligación principal ni tampoco agrava la situación del deudor, ni siquiera penaliza, en sentido estricto, el incumplimiento; es, de algún modo, una cláusula penal desnaturalizada.

La obligación penal es exigible desde el momento en el que se produzca el incumplimiento que ella prevea, por el mero hecho de producirse, y aunque no se pruebe que se produjeron daños. El juez (y el árbitro) puede modificar la pena pactada en algunos supuestos de acuerdo con la equidad. El artículo 1154 del Código Civil lo establece expresamente para cuando el deudor hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación. Aunque no previsto específicamente para las cláusulas penales, sino como norma general que se dirige a cualquier tipo de obligaciones, también podrá el juez, conforme a un criterio de equidad, moderar, es decir, reducir la cláusula penal cuando por otras causas resulte excesiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 1103 del Código Civil. La cláusula penal se regula asimismo en el Código de Comercio, en su artículo 56:

“En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de esas acciones quedará extinguida la otra a no mediar pacto en contrario”.

Este precepto, al igual que hace el artículo 1153 del Código Civil, prohíbe, salvo pacto, exigir a la vez la pena y el cumplimiento de la obligación principal.