



Universidad
de Alcalá

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA
MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA
PENAL. (ARTÍCULO 1154 CC).**

**JURISPRUDENTIAL DOCTRINE OF
JUDICIAL MODERATION OF THE
CONTRACTUAL PENALTY CLAUSE.
(ARTICLE 1154 CC).**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D^a. YOLANDA CALLEJA GÓMEZ

Dirigido por:

Dr. D. FERNANDO DÍAZ VALES

Alcalá de Henares, a 28 de diciembre de 2019

RESUMEN

La cláusula penal puede definirse como una obligación accesoria de un negocio jurídico que tiene como fin asegurar el cumplimiento de la obligación principal, permitiéndose en nuestro ordenamiento jurídico cláusulas penales sustitutivas, cumulativas, penitenciales o de desistimiento y moratorias. Ello implica que, cuando el deudor incumple una obligación garantizada con cláusula penal y deba hacerse efectiva la pena, en numerosas ocasiones entre en juego la facultad moderadora de la misma.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio y análisis de la doctrina jurisprudencial recaída acerca de la moderación de la cláusula penal realizada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, cuyo mandato se encuentra regulado en el artículo 1.154 del Código Civil, con especial atención al carácter imperativo del precepto, y los requisitos establecidos en el mismo. Estos son: cumplimiento parcial o irregular de la obligación.

PALABRAS CLAVE

Cláusula penal – Incumplimiento contractual – Moderación de la pena – Garantía – Daños y perjuicios.

ABSTRACT

The contractual penalty clause can be defined as accessory obligation of a legal business that aims to ensure compliance with the main obligation, allowing in our legal system substitute, cumulative, penitential or withdrawal and moratorium contractual penalty clauses.

The purpose of this document is the study and analysis of the jurisprudential doctrine related about the moderation of the contractual penalty clause made by the 1st Chamber of the Supreme Court, whose mandate is regulated in article 1.154 of the Civil Code, with special attention to the character imperative of the precept, and the requirements established therein. These are: partial or irregular fulfillment of the obligation.

KEYWORDS

Contractual penalty clause – Breach of contract – Moderation of sentence – Guarantee – Damages.

ABREVIATURAS

- A.D.C. = Anuario Derecho Civil.
- C.C. = Código Civil.
- C.Com. = Código de Comercio.
- L.A.U. = Ley Arrendamientos Urbanos.
- R.D.P. = Revista Derecho Privado.
- R.J. = Repertorio Jurisprudencial
- R.O.J. = Repositorio Oficial de Jurisprudencia.
- S.E.P.I.N. = Revista Jurídica SEPIN. Banco de datos UrbaLex.
- S.T.S. = Sentencia del Tribunal Supremo.
- T.R.L.G.D.C.U. = Texto Refundido Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.
- T.S. = Tribunal Supremo.

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.	5
1. Concepto y regulación.	6
II. CLASES Y FUNCIONES DE CLÁUSULA PENAL.	9
1. Cláusula penal sustitutiva.	9
2. Cláusula penitencial o de desistimiento. obligación facultativa.	12
3. Cláusula penal cumulativa.	13
4. Cláusula penal moratoria.	15
III. EL ARTÍCULO 1.154 DEL CÓDIGO CIVIL.	21
1. Carácter del precepto.	22
2. Cumplimiento parcial o irregular.	26
i. Cumplimiento parcial.	26
ii. Cumplimiento irregular.	31
3. Moderación de la pena según los distintos tipos de cláusula penal.	41
i. Cláusula penal sustitutiva.	41
ii. Cláusula penal cumulativa.	42
iii. Cláusula penitencial o de desistimiento. Obligación facultativa.	42
iv. Cláusula penal moratoria.	46
4. Propuestas de reforma del libro IV del Código Civil.	49
i. Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009).	49
ii. Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018).	52
IV. CONCLUSIONES.	55
V. BIBLIOGRAFÍA.	58
VI. JURISPRUDENCIA.	60

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio y análisis de la doctrina jurisprudencial recaída acerca de la moderación de la cláusula penal realizada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, cuyo mandato se encuentra regulado en el artículo 1.154 del Código Civil (CC en adelante).

Habida cuenta que, conforme al artículo 1.6 CC, la importante labor de la jurisprudencia es la de complementar, integrar, e interpretar nuestro ordenamiento jurídico para procurar su armonía, lo que se pretende con este estudio es poner de relieve cómo la doctrina jurisprudencial ha realizado esta tarea a lo largo de los años teniendo en cuenta que, precisamente la evolución del derecho de obligaciones y contratos a partir de su regulación en el CC viene siendo realizada por la jurisprudencia creada por nuestro Alto Tribunal.

De manera que la regulación de 1889, no modificada desde entonces en lo que a obligaciones con cláusula penal se refiere, se ha ido adaptando a la realidad histórica y social del tiempo en que ha de ser aplicada gracias a dicha interpretación jurisprudencial.

En consecuencia, en el presente trabajo trataremos de realizar en primer término un breve estudio de las obligaciones con cláusula penal reguladas en nuestro CC, y en concreto, delimitar las distintas clases y funciones de cláusula penal que están reconocidas en el Derecho español.

A continuación, realizaremos un análisis del artículo 1.154 CC para concretar el carácter de dicho precepto y cómo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha efectuado esa moderación de la pena convencional libremente pactada por las partes en contrato.

Precisamente esa libertad de pacto contractual consagrada en el artículo 1.255 CC ha provocado que la aplicación de la cláusula penal negociada por las partes haya sido y sea fuente de numerosos litigios, cuando debe ser exigida por haberse producido un incumplimiento del deudor de la obligación asegurada con dicha pena convencional.

Ello ha permitido que exista abundante jurisprudencia acerca de cómo el Tribunal ha ejercido tal moderación de la cláusula penal amparado en el artículo 1.154 CC para intentar mitigar la rigurosidad o, en algunos casos, su desproporción. Por ello, el fin último de este trabajo será realizar un examen del desarrollo jurisprudencial relativo a en

qué casos y cómo se debe llevar a cabo dicha moderación, y en qué tipo de cláusulas es de aplicación el precepto pues, como se verá, no en todos los tipos de cláusula penal que se prevén en nuestro CC se puede hacer uso de esa moderación. Del mismo modo, en la jurisprudencia se ha tratado en numerosas ocasiones la cuestión de si dicha moderación llevada a cabo por los tribunales es una obligación o una facultad judicial, así como acerca de la posibilidad de revisar en casación esa moderación practicada.

Asimismo, se analizará la nueva regulación en materia de cláusula penal que contienen las propuestas de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos (2009) y de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018).

Por último, se finalizará el trabajo como no puede ser de otro modo con las conclusiones extraídas del estudio realizado.

1. Concepto y regulación.

Con carácter previo al desarrollo del trabajo, resulta conveniente ofrecer una definición de cláusula penal y pena convencional habida cuenta que nuestro CC no contiene ningún concepto genérico de ambas en su regulación de las obligaciones con cláusula penal del Libro IV *"De las obligaciones y contratos"*, Capítulo III *"De las diversas especies de obligaciones"*, Sección 6ª *"De las obligaciones con cláusula penal"*, artículos 1.152 a 1.155¹⁻². En consecuencia, han sido doctrina y jurisprudencia las que se han encargado de desarrollar ambos conceptos.

Según declara la doctrina, la cláusula penal puede definirse como una obligación accesoria de un negocio jurídico que tiene como fin asegurar el cumplimiento de otra principal, de manera que, si el deudor no cumple con la obligación principal, será de aplicación dicha cláusula penal, consistente por lo general en la entrega de una

¹ Por el contrario, el Proyecto de Código Civil de 1851 (Proyecto García Goyena) en su artículo 1.081 sí contenía una definición de cláusula penal al disponer que *«la cláusula penal es la compensación de los daños e intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación [...]»*.

² En el ámbito mercantil, el artículo 56 del Código de Comercio (CCom), único precepto encargado de regular en él la cláusula penal, tampoco ofrece ningún concepto, al disponer que *“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 estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario”*.

determinada cantidad de dinero³. Por tanto, la obligación con cláusula penal es aquella cuyo incumplimiento se sanciona con una pena convencional y pena convencional es la sanción que se pacta y que ha de sufrir el deudor en caso de incumplimiento de la obligación principal⁴.

En definitiva, la doctrina mayoritaria sostiene la concepción de la cláusula penal como una sanción contractual del incumplimiento del deudor⁵.

Asimismo, la jurisprudencia clásica, a la cual se sigue remitiendo hoy día la jurisprudencia más moderna⁶, definió en su clásica sentencia de 8 de enero de 1945 [RJ 1945/7] la cláusula penal como:

«[...] promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor [...]»⁷.

De lo anterior se desprende que, la finalidad de la cláusula penal es asegurar el cumplimiento de una obligación.

³ Vid., entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Manual de Derecho Civil: Obligaciones*, 4ª ed., Ed. Bercal S.A, Madrid 2017, pág. 172, CARRASCO PERERA, Ángel Francisco en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil Tomo VI (Artículos 1.152 a 1.155)*, Tirant lo Blanch tratados, Valencia 2013, pág. 8.450, y Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tomo I, El contrato en general. La relación obligatoria*, 11ª ed., Ed. Tecnos, 2016, pág. 160.

⁴ En este sentido se pronuncian entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 5ª ed., LA LEY grupo Wolters Kluwer, 2006, págs. 1.151-1.152, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, págs. 260-262, y LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones Vol. Iº*, 5ª ed, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 263.

⁵ Así, BLANCO GÓMEZ, Juan José, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág. 27; secunda la opinión de TRIMARCHI, Michele, *La clausola penale*, Giuffrè, Milán, 1954, pág. 68, al sostener que: «La cláusula penal tiene una función típica [...] consistente en la creación convencional de una sanción para el deudor transgresor de la regla de la conducta [...]».

⁶ Vid. SSTS 13 julio 2006 [RJ 2006/4507] y 25 enero 2008 [RJ 2008/223].

⁷ Vid. STS 8 enero 1945 [RJ 1945/7]. En el mismo sentido se pronuncia la STS 11 marzo 1957 [RJ 1957/751] definiendo la cláusula penal como la «estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero [...]»; y STS 21 febrero 1969 [RJ 1969/967]: «[...] la cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor [...]».

A su vez, dichas cláusulas pueden establecerse para todo tipo de incumplimiento que podamos imaginar y bajo cualquier circunstancia, esto es, haya habido dolo o negligencia (arts. 1.102⁸ y 1.103⁹ CC) o incluso en caso de que no se haya cumplido con la obligación debido a un caso fortuito (art. 1.105 CC¹⁰), atendiendo a la libertad de pactos con el único límite del artículo 1.255 CC¹¹. Así, pueden pactarse para el caso de un incumplimiento total, parcial, cumplimiento defectuoso, tardío o incluso, para un determinado incumplimiento en concreto¹².

Como se ha señalado anteriormente, la pena normalmente consiste en la obligación del pago de una suma de dinero, pero nada impide que consista en cualquier otra obligación de dar, hacer o no hacer¹³.

En síntesis, los caracteres de la cláusula penal en relación con la obligación sobre la cual recae son los siguientes:

- Es una obligación accesoria.
- Generalmente consiste en una obligación pecuniaria.
- Pueden ser pactadas para cualquier tipo de incumplimiento.
- Por lo general, dichas cláusulas sustituyen salvo pacto en contrario (*vid. Infra. II.3*), a la indemnización de daños y perjuicios.

⁸ El mismo establece que:

“La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”.

⁹ Según el cual:

“La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

¹⁰ Conforme al cual:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

¹¹ Dispone el precepto que:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

¹² Tesis defendida por LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 267, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, págs. 174-175.

¹³ Así, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 268, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 161, y O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op. cit.*, pág. 1.152.

II. CLASES Y FUNCIONES DE CLÁUSULA PENAL.

En este apartado procederemos a concretar los distintos tipos de cláusula penal o “penas” que se regulan en los artículos 1.152 y 1.153 CC y la función que las mismas desempeñan.

Antes de comenzar con el desarrollo de cada tipo de cláusula penal, es conveniente indicar que, por regla general, sea cual sea la cláusula penal que se pacte, esta cumple con una función genérica de garantía¹⁴ respecto del cumplimiento de la obligación principal teniendo en cuenta que, si una obligación está garantizada con una pena, el deudor se verá más presionado a cumplir tal obligación por temor a tener que hacer frente al cumplimiento de la misma¹⁵.

1. Cláusula penal sustitutiva.

Conforme al artículo 1.152 párrafo 1º CC, *“En las obligaciones con cláusula penal, 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”*.

De la lectura del precepto se desprende que la cláusula penal sustitutiva, también llamada pena sustitutiva o compensatoria, es una modalidad en la cual se fija una determinada cantidad de dinero que se pacta en sustitución de la indemnización de daños y perjuicios y del abono de intereses (art. 1.108 CC¹⁶) por el incumplimiento del deudor de la obligación principal.

¹⁴ Así lo consideran, entre otros, MARÍN GARCÍA, Ignacio, *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, 9ª Colección de Derecho Privado, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, pág. 79, y DÍAZ ALABART, Silvia, *La cláusula penal*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pág. 68. El reconocimiento de esta función genérica de garantía también lo ha recogido la jurisprudencia del TS. Vid. SSTS 13 julio 2006 [RJ 2006/4507] y 25 enero 2008 [RJ 2008/223], que señala que «[...] tratándose pues de una cláusula penal, de ellas se ha dicho por esta Sala que, con carácter general, son accesorias [...] con la finalidad de dar mayor garantía al cumplimiento de la misma [...]».

¹⁵ Por ello, hay autores que amparándose en esta idea hablan de que la pena convencional generalmente desempeña más bien una función coercitiva. En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 268, y LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 264. En contra, MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pág. 85, el cual reserva la función coercitiva al supuesto en que «la cláusula penal tiene por objeto una agravación del resarcimiento». En este punto, comparto la idea con MARÍN GARCÍA y creo más conveniente reservar la función coercitiva a las cláusulas penales cumulativas.

¹⁶ Precepto que dispone lo siguiente:

“Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

Como bien señala el artículo, si otra cosa no se hubiere pactado la pena sustitutiva cumplirá la función liquidatoria porque servirá para cuantificar anticipadamente esa indemnización de daños y perjuicios. De manera que la cláusula viene a sustituir a la indemnización de tales daños que podría exigir el acreedor con fundamento en el artículo 1.101 CC¹⁷.

La diferencia entre la cláusula penal y la indemnización por daños y perjuicios de acuerdo con el art. 1.101 CC consiste en que, para la aplicación de la primera, sólo hay que demostrar la existencia del incumplimiento de la obligación principal para el que la pena fue establecida, sin que el perjudicado deba probar los daños sufridos, al haber quedado estos cuantificados con antelación. Sin embargo, para la obtención de la indemnización conforme al art. 1.101 CC es necesario probar que el incumplimiento del deudor efectivamente ha causado un perjuicio al acreedor¹⁸.

En este sentido, hay unanimidad en la doctrina al establecer que cuando se pacta este tipo de cláusula tiene la ventaja para el acreedor de que le dispensa de tener que probar tales daños y su cuantía. Se deriven o no del incumplimiento para el que se previó la pena¹⁹, y sean cuales sean estos daños, pues puede darse el caso de que aunque se haya incumplido con la obligación, tales daños al acreedor no existan o estos sean ínfimos, el deudor deberá abonar la suma pactada en dicha cláusula penal (sin perjuicio de que, en este supuesto, pueda entrar en juego la facultad moderadora como se verá en *Infra*. IV)²⁰.

¹⁷ Conforme al cual:

“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 aquéllas”.

¹⁸ Así lo sostiene LÓPEZ-DÁVILA AGÜEROS, Félix, *Cláusula penal e indemnización por daños y perjuicios, ¿se pueden anular o son excluyentes?*, Blog jurídico Sepín, 28 mayo 2018, editorial jurídica Sepín. En los mismos términos se pronuncia la STS (Pleno) 13 septiembre 2016 [RJ 2016/4107]. En la misma se analiza el alcance del artículo 1.154 CC y se establece que cuando se inserta una cláusula penal en un contrato, el acreedor no tiene por qué alegar ni acreditar los daños efectivamente producidos porque para ello se insertó dicha cláusula penal, para eximir al acreedor de la carga de la prueba de tales daños. Si se le exigiera al acreedor esa demostración para poder acceder a la indemnización correspondiente, estaríamos ante el supuesto previsto en el art. 1.101 CC y no en el art. 1.154 CC.

¹⁹ En contra CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pág. 158, el cual indica que «se sustituye únicamente a la indemnización de daños y perjuicios por los precedentes del incumplimiento previsto y penado, de manera que no sustituye a los que ocasione otro tipo de incumplimiento».

²⁰ En concreto, MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pág. 87, que señala que «la cláusula penal no solo libera al acreedor de la carga procesal relativa a la existencia del daño y su cuantía, sino que además le protege contra el riesgo de no poder demostrar el perjuicio [...]», LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 264, para quien «[...] en caso de incumplimiento, evita tener que investigar nada más: Sustituye a la indemnización y a la investigación sobre ella [...]», ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 269,

En cuanto a la interpretación realizada por la doctrina jurisprudencial acerca de la función que cumple este tipo de cláusulas, constante y reiteradamente la jurisprudencia declara que:

« [...] es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal -aparte de su función general coercitiva- es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; solo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados, y, además, la pena pactada como cláusula penal [...]»²¹.

En definitiva, este tipo de cláusulas son las que se utilizan con mayor frecuencia en el tráfico jurídico porque al pactarse para sustituir la indemnización de daños y perjuicios, suponen una excepción al régimen legal de indemnización de los perjuicios por falta de cumplimiento establecido en el art. 1.101 CC, con los beneficios ya señalados a efectos probatorios de los que dispone el acreedor.

Como excepción al régimen normal de obligaciones establecido en el CC, deben interpretarse restrictivamente²². De manera que, si nada se hubiera pactado en el contrato, se considerará por regla general que estamos ante una cláusula penal de este tipo, es decir, sustitutiva y liquidadora de los daños y perjuicios por ser la menos lesiva para el deudor (art. 1152, párrafo 1º CC), pues de lo contrario, como se verá a continuación, cualquier otra cláusula deberá pactarse expresamente y se deberá desprender de ella claramente la finalidad o función que debe cumplir.

quien indica que «[...] entonces podría ser calificada la pena de absorbente, pues excluye a la indemnización, absorbiendo su papel», BERCOVITZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, pág. 173, DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, pág. 68, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op. cit.*, pág. 1.152, y BLANCO GÓMEZ, Juan José, *op. cit.*, pág.48.

²¹ Vid. las SSTS 12 enero 1999 [RJ 1999/36], 13 julio 2006 [RJ 2006/4507], 25 enero 2008 [RJ 2008/223], 30 marzo 2016 [Roj: STS 1326/2016] y 24 febrero 2017 [Roj: STS 718/2017]. Incluso las sentencias más clásicas ya señalaban que: «[...] Una de las funciones que cumple la cláusula penal es, como señala el art. 1152, ap. 1º, la liquidatoria, como pena sustitutiva de la indemnización de los daños y el abono de intereses [...]». SSTS 17 febrero 1959 [RJ 1959/1067] y 28 noviembre 1978 [RJ 1978/4293].

²² Así lo ha entendido CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, *op. cit.*, pág. 8454, argumentando que ello se debe al principio de *favor debitoris*.

2. Cláusula penitencial o de desistimiento. obligación facultativa.

Esta modalidad de cláusula se recoge en el artículo 1.153, inicio CC, conforme al cual: “*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*”.

Como puede observarse, el precepto regula la cláusula penitencial u obligación facultativa, pero lo hace en sentido negativo, lo cual significa que, como regla general, el deudor no es titular de esta facultad de elección entre el cumplimiento de la obligación o la pena que lo garantiza. Sólo se admite esta posibilidad en el caso en que expresamente se le haya otorgado al deudor tal facultad y entonces, como quiera que la obligación facultativa es aquella que permite al deudor elegir entre el cumplimiento de una obligación u otra, entonces aquí sí estaríamos ante una auténtica obligación facultativa.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en este supuesto más que una genuina pena convencional, existiría lo que la doctrina denomina “pena de arrepentimiento” o “multa poenitentialis”²³.

Existe unanimidad en la doctrina al considerar que si se concedió al deudor la facultad de escoger entre cumplir bien la obligación principal, bien la pena, se está entonces ante un caso de obligación facultativa²⁴. LACRUZ BERDEJO²⁵ en particular apunta que la pena penitencial o de desistimiento consiste en una modalidad de obligación facultativa ajena al concepto estricto de clausula penal. Considerando esta idea, implica que en cualquier momento se puede extinguir la relación con el acreedor pagando la pena.

Asimismo, también hay consenso en considerar que este tipo de cláusulas cumple con una función liberatoria porque precisamente eximen al deudor de tener que cumplir con la obligación principal si abonan la pena pactada²⁶. En consecuencia, podría decirse que

²³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 161. En este sentido, BERCOVITZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, pág. 175, utiliza el término “dinero de arrepentimiento”. En particular, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 270, sobre esta idea mantiene que: «[...] en tales casos se puede decir que aunque se dé formalmente la figura de la obligación penal, sin embargo, no desempeña su papel real de pena.»

²⁴ Vid. entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 273, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 264, BERCOVITZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, págs. 175-176, y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pág. 159.

²⁵ *Op. cit.*, pág. 264.

²⁶ Así lo manifiestan ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 273, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 264, BERCOVITZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, págs. 175-176, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pág. 159. MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pág. 104, en concreto habla de “facultad solutoria”, y DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, pág. 174, habla de “facultad de desistimiento”.

este tipo de cláusulas suponen una suerte de privilegio para el deudor que puede librarse de cumplir la obligación en el momento que crea conveniente, a sabiendas que puede hacer frente al pago de la pena.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial se refiere, también sostiene que este tipo de cláusulas pactadas en los contratos son consideradas obligaciones facultativas, cuya función principal es liberar al deudor del cumplimiento de la obligación principal abonando la pena pactada²⁷. En particular, merece especial atención la STS 13 marzo 1990 [RJ 1990/1691] la cual señala que la “*facultas solutionis*” como cláusula penal sólo es viable cuando la obligación principal resulte imposible.

3. Cláusula penal cumulativa.

Esta modalidad de cláusula se encuentra regulada en el artículo 1.153, inciso final CC, que establece que: “*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*”.

Al igual que sucedía con el párrafo anterior, de nuevo el CC define esta cláusula en sentido negativo, de manera que, como se verá a continuación, debemos realizar una interpretación restrictiva de este tipo de cláusulas por ser consideradas como la modalidad más gravosa para el deudor.

Del tenor literal del precepto, aunque como se indica éste lo realice en sentido negativo, se interpreta que la cláusula o pena cumulativa permite al acreedor exigir la pena además del cumplimiento forzoso de la obligación en caso de incumplimiento de ésta en un inicio. En consecuencia, faculta al acreedor a exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal, ya sea en forma específica o por equivalente pecuniario, y la pena²⁸.

²⁷ Vid. las SSTS 6 mayo 1977 [RJ 1977/1950], 14 febrero 2000 [RJ 2000/1236] y 10 diciembre 2013 [RJ 2014/322].

²⁸ Así lo ha entendido un amplio sector doctrinal. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 268, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 263, BERCOVITZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, pág. 173, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pág. 159, MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pág. 89, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 16, BLANCO GÓMEZ, Juan José, *op. cit.*, pág. 36, y O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op. cit.*, pág. 1.153.

En este sentido, existe un sector de la doctrina tradicional que entiende la pena cumulativa como aquella que se añade a la reparación ordinaria de la obligación encontrando su fundamento en el artículo 1.152 *in fine* CC (si otra cosa no se hubiere pactado)²⁹.

Como adelantábamos, la cláusula penal cumulativa es la modalidad más gravosa para el deudor pues, a diferencia de lo que ocurría con la cláusula penitencial -la cual suponía un régimen de privilegio para el deudor-, *a sensu contrario* en esta se establece una situación de privilegio para el acreedor quien, demostrando los daños y su cuantía, podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal más las pena establecida o en su defecto, el equivalente pecuniario en caso de que no se pudiera cumplir con la obligación principal. De manera que obtendrá, además del importe, la pena pactada³⁰.

Del mismo modo, siguiendo a la jurisprudencia clásica, solamente ella merece, en sentido estricto, el nombre de cláusula penal³¹.

Al constituir este tipo de cláusulas una excepción a la regla general de que las cláusulas penales cumplen con la función sustitutiva y liquidadora de los daños y perjuicios (Cfr. art. 1.152 CC), algunos autores reservan a la pena cumulativa la función coercitiva, punitiva o sancionadora al entender que estas penas tienen por objeto una agravación del resarcimiento, cuya finalidad es incitar al deudor a que cumpla por temor de ver incrementada su responsabilidad³².

El precepto exige “*que esta facultad le haya sido claramente otorgada*” al acreedor, lo que quiere decir que la acumulación del cumplimiento de la pena y la obligación no se presume, por tanto, tal facultad debe ser concedida expresamente en el contrato. A su vez, esta función que cumple la cláusula debe desprenderse de manera clara e inequívoca en

²⁹ Vid. por todos MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pág. 89. En particular, BERCOVITZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, pág. 173, señala que: «En cualquier caso, la pena sustitutiva y la cumulativa no son incompatibles, pudiendo establecerse las dos en un mismo contrato: por ejemplo, en un arrendamiento de vivienda se pacta que en caso de no desalojo al expirar el contrato, el arrendatario deberá indemnizar al arrendador, por el daño que supone seguir ocupándola, la cantidad equivalente a la renta que en ese momento estuviese pagando (pena sustitutiva), y además deberá abonar 100 euros por cada día de retraso en la devolución de la vivienda (pena cumulativa) [...]».

³⁰ En palabras de DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, pág. 171: «[...] es un plus, un añadido a las consecuencias normales del incumplimiento».

³¹ Vid. STS 21 febrero 1969 [RJ 1969/967]. En la doctrina clásica italiana, TRIMARCHI, Michele, *op. cit.*, pág. 23, considera a este tipo de cláusulas como “cláusulas penales puras”.

³² En este sentido se pronuncian ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 268, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 263, BERCOVITZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *op. cit.*, pág. 173, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pág. 159, MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, págs. 85-89, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 16, BLANCO GÓMEZ, Juan José, *op. cit.*, pág. 36, y O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *op. cit.*, pág. 1.153.

el contrato porque de lo contrario, esta ha de ser interpretada restrictivamente³³, operando en su lugar la regla establecida en el art. 1.152, párrafo 1º CC esto es, que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación o la pena, pero no ambos³⁴.

4. Cláusula penal moratoria.

Esta categoría de cláusulas no se encuentra regulada en el CC, pero su validez ha sido reconocida por la doctrina y jurisprudencia³⁵ con fundamento legal en la autonomía de la voluntad y libertad de contratación prevista en los artículos 1.255 y 1.258 CC³⁶. En la práctica es muy frecuente que este tipo de cláusulas se pacten en contratos de obra.

Es aquella convenida por las partes exclusivamente para el caso del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación principal. Esta pena moratoria, en la medida que se estipula en atención al simple o mero retraso (mora) en el cumplimiento, no admite moderación como se verá en *infra* IV.

Para cierto sector doctrinal³⁷, la pena moratoria cumple con la función sustitutiva si se pacta por los contratantes para el mero retraso en sustitución de la reparación ordinaria pues, en este caso, el abono de la pena pactada sustituiría a la indemnización por daños y perjuicios causados por ese cumplimiento tardío con fundamento en el artículo 1.152 CC. Sin embargo, existe otro sector doctrinal que considera que, conforme al artículo 1.153, la reclamación de la pena moratoria es compatible con la reclamación de la obligación principal siempre que los contratantes así lo hayan pactado expresamente³⁸.

³³ Vid. las SSTS 3 noviembre 1999 [RJ 1999/8859], 22 abril 2009 [RJ 2009/4730] y 17 septiembre 2013 [RJ 2013/6826]. Si bien en este punto, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 268, considera que esta jurisprudencia moderna perfectamente casa con la jurisprudencia clásica favorable a proclamar la existencia de una cláusula penal de estas características, aunque esta no se establezca de forma expresa pero sí sea querida claramente por las partes. Vid. SSTS 3 marzo 1956 [RJ 1956/1141] y 4 noviembre 1958 [RJ 1958/3432].

³⁴ Así lo entiende CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, *op. cit.*, pág. 8457.

³⁵ Vid. las SSTS 22 abril 2015 [Roj: STS 1723/2015] y 4 febrero 2016 [Roj: STS 356/2016].

³⁶ Entre otros, BLANCO GÓMEZ, Juan José, *op. cit.*, pág. 94.

³⁷ En particular, DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, pág. 229, indica que «por imperativo del art. 1.152 CC, mientras no conste ser otra la voluntad de las partes, la cláusula penal moratoria es sustitutoria de los daños y perjuicios que produzca la demora en el cumplimiento [...]». En el mismo sentido, la STS 17 octubre 2007 [RJ 2007/7307] considera una cláusula penal moratoria como sustitutoria de los daños y perjuicios causados por el retraso en la entrega de la vivienda familiar de la ex - esposa que se fijaban en 90 € por cada día de retraso.

³⁸ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pág. 160 señala que «la indemnización por mora es compatible con el cumplimiento de la obligación principal». En la misma línea se pronuncia FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *Código Civil*, 9ª Ed., Thomson Aranzadi, 2008, pág. 1054.

La pena moratoria es compatible con otras penas que se hayan pactado para otros supuestos de cumplimiento defectuoso o incumplimiento absoluto³⁹.

Por último, cabe mencionar que, atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad y libertad de pacto, este tipo de cláusulas puede revestir numerosas formas, como la estipulación de un *quantum* por cada día de retraso, una cantidad fija en concepto de indemnización por el retraso más una penalización extra por cada día de retraso, o incluso, se puede pactar en concepto de intereses de demora.

Por ello, puede suceder que en ocasiones se pacten penas moratorias que en la práctica resulten excesivas para el deudor. En estos supuestos, cuando la pena resulte excesiva, podrá acudirse a los artículos 1⁴⁰ y 9⁴¹ de la Ley de la Usura, de 23 de julio de 1908, conocida como “Ley Azcárate”, con la consiguiente nulidad de la cláusula por usuraria.

Asimismo, también puede ocurrir que estemos ante una cláusula penal moratoria a la cual le sea de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU en adelante). Para poder acudir a tal normativa, será necesario cumplir con los requisitos legales contenidos en dicho cuerpo legal.

³⁹ Así lo entienden DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, pág. 233, y MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pág. 93.

⁴⁰ Conforme al cual:

“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

⁴¹ Que establece que:

“Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido”.

Estos requisitos son: que una de las partes sea considerada como un consumidor y usuario y la otra, como empresario conforme a la definición ofrecida en los artículos 3⁴² y 4⁴³ respectivamente del TRLGDCU.

En tal caso, cuando una de las partes sea empresario y la otra consumidor, atendiendo a la regulación tuitiva para el consumidor que realiza el TRLGDCU, conforme al artículo 85.6⁴⁴ TRLGDCU, podrá considerarse la cláusula penal como abusiva cuando la indemnización pactada para el caso de incumplimiento resulte ser desproporcionada. En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83⁴⁵ TRLGDCU, se procederá a declarar la nulidad de la misma.

Esto es lo que sucedió en el supuesto resuelto por la STS (Pleno) 22 abril 2015 [Roj: STS 1723/2015]. Se trataba de un contrato de préstamo personal celebrado entre el Banco Santander y un particular en el cual, la cantidad prestada devengaba un interés anual

⁴² Que dispone:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

⁴³ El cual declara que:

“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

⁴⁴ Según el cual:

*“Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:
6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.*

⁴⁵ Precepto que dispone lo siguiente:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

nominal del 11,80% y, sin embargo, se pactó un interés de demora del 21,80 % anual nominal.

Como consecuencia del impago de las cuotas, el Banco Santander interpuso demanda suplicando el vencimiento anticipado del préstamo más los intereses moratorios pactados. El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda argumentando que, si bien el interés moratorio resultaba ser elevado, no podía considerarse como abusivo. Sin embargo, el demandado recurrió la sentencia y la Audiencia Provincial revocó la misma declarando la nulidad de la cláusula relativa al interés moratorio por abusiva, teniéndola por no puesta conforme a los artículos 85.6 y 83 TRLGDCU respectivamente.

Esta decisión fue recurrida por el Banco Santander ante el TS el cual confirmó íntegramente la decisión de la Audiencia Provincial y estableció como doctrina jurisprudencial que, en los contratos de préstamo personal celebrados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora superior al 2% respecto del interés remuneratorio pactado. Concretamente, por lo que al artículo 1.154 CC respecta, estableció que:

«[...] Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que no es posible moderar los intereses de demora aplicando el art. 1154 del Código Civil, ha dejado a salvo la posibilidad de controlar las cláusulas que establecen tales intereses cuando se trata de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores [...]».

Por el contrario, la STS (Pleno) 15 abril 2014 [RJ 2014/3122] declaró la ausencia de desproporción de la cláusula penal moratoria y no la moderó por no permitirlo la norma.

El supuesto de hecho es el siguiente: se trataba de una compraventa de una segunda residencia en San Javier (Murcia). El contrato se celebró entre unos ciudadanos británicos y una inmobiliaria en el cual se pactó la entrega de una cantidad de dinero en ese momento en concepto de arras y que el resto del precio de la vivienda se pagaría en dos pagos aplazados. El último pago se realizaría en la fecha en que se debía elevar a escritura pública la compraventa.

En el mismo se insertó una cláusula penal que establecía que el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando así fuera requerido por la vendedora facultaría a esta a resolver el contrato, con derecho

a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por el comprador en concepto de pena civil pactada libremente por las partes que englobaba la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la vendedora.

Cuando llegó el momento de acudir al notario para la firma de la escritura pública, los compradores no acudieron a la cita, por lo que la inmobiliaria consideró de aplicación la cláusula penal pactada y rescindió el contrato haciendo suyas las cantidades entregadas hasta la fecha (que suponían el 40% del precio total).

Los compradores demandaron a la inmobiliaria por esa rescisión unilateral del contrato solicitando que se declarase la nulidad de la cláusula penal por resultar la indemnización desproporcionadamente alta o, subsidiariamente, se redujera la cuantía de la pena haciendo uso de la facultad moderadora del art. 1.154 CC conforme a la equidad.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda la cual, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Murcia y posteriormente ratificada por el TS.

En primer lugar, a este supuesto de hecho sí le es de aplicación el TRLGDCU por cumplirse los requisitos establecidos en los arts. 3 y 4 TRLGDCU respectivamente para ello, ya que los ciudadanos británicos son considerados consumidores y la inmobiliaria empresario.

Una vez delimitado el ámbito normativo, el TS procede a analizar los arts. 85. 6 y 83 TRLGDCU en aras a declarar o no la cláusula en cuestión como nula por abusiva. Finalmente, el TS concluyó que la pena pactada no podía ser considerada como desproporcionada en los términos que exige el TRLGDCU para ello, por entender que los daños ocasionados a la promotora fueron mayores a los soportados por los consumidores. De manera que, no existe tal abusividad y, por tanto, la cláusula debía considerarse válida.

Asimismo, estima que tampoco procedía hacer uso de la facultad moderadora del artículo 1.154 CC, ya que la cláusula se pactó para ese incumplimiento concreto que finalmente se produjo (vid. *Infra*.III.2).

En palabras del tribunal:

«[...] Para enjuiciar la abusividad de la estipulación cuestionada, que faculta al empresario vendedor a hacer suya la totalidad o parte de las cantidades entregadas anticipadamente por el consumidor comprador en caso de que el contrato se

resuelva por incumplimiento imputable a este, han de tomarse en cuenta, en el listado de cláusulas que en todo caso han de considerarse abusivas contenida en la disposición adicional primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy, arts. 85 a 90 del texto refundido), las previsiones específicas relativas a la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes y sus consecuencias [...].

[...] para los compradores las consecuencias pueden ser distintas, no solo respecto del vendedor, sino también entre los distintos compradores entre sí, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada comprador [...]. Varios de estos elementos pueden variar sustancialmente de un comprador a otro, lo que dificulta la estandarización de la indemnización por incumplimiento del vendedor mediante una cláusula penal predispuesta [...]».

Por último, hay que mencionar que la aplicación de la normativa tanto de la Ley Azcárate como del TRLGDCU no sólo procederá en su caso en las cláusulas penales moratorias cuando estas sean desproporcionadas y, en consecuencia, pudieran ser declaradas abusivas conforme al TRLGDCU o usurarias conforme a la Ley Azcárate, sino también en el resto de cláusulas penales ya mencionadas. Y ello porque como se verá a continuación (*infra*. III.2), la facultad moderadora de la pena solo entrará en juego en caso de que estemos ante los supuestos en él previstos: Cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Por consiguiente, si ha existido un incumplimiento total, no se podrá moderar por vía del artículo 1.154 CC.

De manera que, si estamos ante una cláusula penal desproporcionada que pudiera resultar nula por abusiva o usuraria, la discusión sobre la validez o no de dicha cláusula sería una cuestión previa que debe dirimirse con anterioridad y no de moderación de dicha cláusula declarada válida⁴⁶.

En consecuencia, no cabrá moderar por razones de equidad a pesar de que en ciertas ocasiones las cláusulas penales resulten a todas luces desproporcionadas. En estos casos, deberemos proceder por la vía de la Ley de la Usura o los preceptos del TRLGDCU ya mencionados.

⁴⁶ Vid las SSTS 21 abril 2014 [RJ 2014/3281], 24 noviembre 2014 [RJ 2014/6000], 18 junio 2015 [RJ 2015/2763] y 21 enero 2016 [RJ 2016/21]. Todas ellas confirmando la doctrina jurisprudencial sentada en la STS 15 abril 2014 [RJ 2014/3122].

III. EL ARTÍCULO 1.154 DEL CÓDIGO CIVIL.

Este apartado constituye el núcleo del trabajo, pues, como ya se puso de relieve al inicio del mismo (*supra*. I), su finalidad es realizar un análisis de la doctrina jurisprudencial recaída sobre la aplicación de este precepto, para así intentar ilustrar al lector acerca de cómo se realiza la moderación de la cláusula penal insertada en un contrato por los tribunales.

Para ello, en primer término, se analizará el carácter de dicho precepto, pues la redacción del mismo ha dado lugar a cierto debate doctrinal y jurisprudencial al respecto. Ello, principalmente, porque en el Anteproyecto del Código Civil de 1851 la norma estaba redactada de otra manera a la que finalmente resultó en nuestro Código vigente. Además, dado que el estudio versa sobre el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este artículo desde su entrada en vigor, se hará una breve mención a en qué supuestos el Tribunal Supremo puede hacer uso de esta facultad moderadora y aplicar el precepto porque como se verá a continuación, esta es una facultad conferida a los tribunales de instancia. En consecuencia, por regla general, el ejercicio de la moderación de la pena realizada por los tribunales de instancia no es revisable en casación.

A continuación, siguiendo el tenor literal del precepto, se explicará en qué casos es aplicable esta facultad de moderación y los presupuestos que deben darse para que, efectivamente, quepa la aplicación del artículo 1.154 CC y pueda moderarse la pena dado que, no en toda clase de incumplimiento se puede hacer uso de la facultad moderadora de la pena. Estos presupuestos son: el incumplimiento parcial, o el cumplimiento irregular o defectuoso de una obligación.

Del mismo modo, se indicará sobre qué tipo de cláusulas cabe dicha moderación, pues como se verá, por su propia naturaleza y finalidad, no en todas las modalidades de cláusula penal se puede ejercitar esta facultad moderadora de la pena por parte del tribunal por mucho que en ciertas ocasiones pudiera ser de justicia aplicarla.

Por último, se realizará un breve comentario acerca de las propuestas de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos (2009) y de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018).

1. Carácter del precepto.

Conforme al artículo 1.154 CC, “*el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.*”

Del tenor literal del precepto se desprende que, a diferencia de lo que ocurría con el artículo 1.085 del Anteproyecto de Código Civil de 1851 conforme al cual, “*el Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo*”, el artículo 1.154 CC se redacta bajo una fórmula imperativa al emplear el término «modificará» en vez de «puede modificar» que sugiere una función discrecional y subjetiva.

De manera que, en primer término y de la simple lectura comparativa de ambos preceptos, se puede concluir que dicha facultad de moderación de la pena constituye un verdadero mandato al juez al emplear el artículo términos imperativos, a diferencia de lo que ocurría con el anteproyecto de donde claramente se infería una facultad potestativa para el juez.

Ahora bien, para que sea de aplicación el artículo 1.154 CC, deben darse los requisitos exigidos en la norma para ello. A saber, que estemos ante un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal (*infra*. III. 2)⁴⁷. En consecuencia, la aplicación del precepto constituirá un mandato imperativo para el juez que será aplicable incluso de oficio siempre y cuando estemos ante alguno de estos dos presupuestos. De lo contrario, cuando nos encontremos frente a un incumplimiento total, no cabrá la moderación de la pena por vía del artículo 1.154 CC por mucho que en ciertos casos esta pueda resultar desproporcionada.

Así ha entendido la jurisprudencia tal imperatividad ya que, es doctrina reiterada y pacífica que:

«[...] El artículo 1154 del Código Civil dispone que el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y lo hace mediante una fórmula imperativa, que no coincide con la potestativa que se había incorporado al artículo 1085 del

⁴⁷ Vid. la STS 6 octubre 1976 [RJ 1976/3877], la cual a la hora de fundamentar la aplicación del art. 1.154 CC lo hace en los siguientes términos: «[...] la aplicación de una norma legal requiere, necesariamente, la verificación de su supuesto de hecho [...]».

Proyecto de 1851 - " *el Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada* [...] ".

[...] La jurisprudencia ha interpretado literalmente el artículo 1154 del Código Civil, en el sentido de que encierra un mandato expreso que el Juez ha de cumplir, aunque no sea instado a ello por ninguna de las partes [...].

[...] Sin embargo, el referido mandato queda condicionado, por el propio precepto, a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. [...] ».⁴⁸

En consecuencia, se puede concluir de esta doctrina jurisprudencial que el artículo 1.154 CC al considerarse como una norma imperativa, se podrá aplicar de oficio por el tribunal aun cuando las partes no lo hayan solicitado, quebrando así el principio de justicia rogada que rige en la jurisdicción civil.

Sin embargo, existe cierto sector doctrinal que se muestra renuente a la aplicación del precepto de oficio, estableciendo que, en virtud del principio dispositivo y justicia rogada que rige en la jurisdicción civil, la aplicación de la norma debe ser invocada a instancia de parte⁴⁹.

Esta idea, es avalada por cierta corriente jurisprudencial minoritaria que afirma que la propia modificación equitativa de la pena es independiente del mandato imperativo del juez a moderar y ello implica necesariamente que dicha moderación sea solicitada por aquél a quien le interese. Por tanto, rechazan la idea de la aplicación de oficio del art. 1.154 CC por parte del tribunal⁵⁰.

Del mismo modo, existe otro sector jurisprudencial que, aun sin negar el carácter imperativo del precepto, consideran que «el deber de moderar equitativamente la pena no

⁴⁸ Vid. entre otras muchas las SSTS 20 mayo 1986 [RJ 1986/2734], 27 noviembre de 1987 [RJ 1987/8701], 8 febrero 1993 [RJ 1993/690], 9 octubre 2000 [RJ 2000/8139], 4 enero 2007 [RJ 2007/1101], 4 mayo 2011 [RJ 2011/3728] y 31 marzo 2014 [RJ 2014/1946]. En contra de ese carácter imperativo se pronuncian las SSTS 20 noviembre 1970 [RJ 1970/4825] y 30 junio 1981 [RJ 1981/2622].

⁴⁹ En este sentido se pronuncia ESPÍN ALBA, Isabel, "*La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*", Ed. Marcial pons, Madrid, 1997, pág. 70, y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, "*Comentarios al artículo 1.154 CC*" en Comentarios al Código Civil, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, 3ª ed, 2009, pág. 1367.

⁵⁰ A esta idea hacen referencia las SSTS 20 noviembre 1970 [RJ 1970/4825] y 30 junio 1981 [RJ 1981/2622].

obsta para proclamar la existencia de una facultad de arbitrio en cuanto a la entidad de la moderación, por encontrar en la equidad el fundamento de tal facultad moderadora»⁵¹.

En atención a lo expuesto, podemos concluir que existe un amplio consenso en cuanto a considerar el artículo 1.154 CC como una norma imperativa cuando se den los presupuestos para ello, por tanto, aplicable de oficio por el tribunal aunque las partes no lo hayan solicitado y que el juicio de equidad, esto es, como y en qué cuantía ejerce el juez esa facultad moderadora, es una cuestión potestativa que se deberá ejercitar atendiendo al caso concreto⁵².

Asimismo, la moderación equitativa de la pena se constituye como una competencia judicial en virtud del artículo 3.2 CC⁵³ no disponible por las partes. De manera que esta no puede ser excluida por virtud de pacto entre las partes, siempre que se den los presupuestos para su aplicación⁵⁴. En consecuencia, si no cabe la exclusión de la facultad judicial de dicha moderación equitativa, tampoco cabrá la exclusión por voluntad de las partes de la propia aplicación del art. 1.154 CC pues, si queda prohibido lo menos, también quedará prohibido lo más⁵⁵.

En mi opinión, creo que estamos ante un error de terminología y el precepto en vez de utilizar la expresión modificará, debería emplear el término moderará. Y ello porque el término modificar, significa «transformar o cambiar algo mudando alguna de sus

⁵¹ Vid. las SSTs 25 marzo 1988 [RJ 1988/2474], 12 diciembre 1996 [RJ 1996/8976] y 27 abril 2005 [RJ 2005/3769].

⁵² En palabras de CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, *op.cit.*, pág.8.465: «[...] la equitatividad es sólo la medida de la moderación cuantitativa [...]». Asimismo, ESPÍN ALBA, Isabel, *op.cit.*, págs. 71-72, establece que en ocasiones: «lo equitativo sea, precisamente, no moderar».

⁵³ Conforme al cual:

“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.”

⁵⁴ En este sentido se pronuncia la STS 4 enero 2007 [Roj: STS 23/2007]. Se trata de un contrato celebrado entre dos empresas con la inclusión de una cláusula penal. En 1ª Instancia, el demandante suplica que se declare la nulidad de dicha cláusula, siendo desestimada su pretensión. Recurre en apelación donde, la Audiencia Provincial tampoco declara la nulidad de la cláusula penal, pero sí hace uso de la facultad moderadora recogida en el art. 1.154 CC fundamentando que se trata de un precepto imperativo que se debe aplicar aun cuando no haya sido invocado por ninguna de las partes. Finalmente, recurrida la sentencia en casación por incongruencia porque se moderó la cláusula cuando eso no es lo que se solicitaba por las partes. El TS desestimó el recurso y argumentó que no existía tal incongruencia en la sentencia que ejercita la moderación no solicitada habida cuenta que, puede reclamarse la nulidad de la cláusula penal por error y el tribunal que lo desestima, en su lugar puede moderar equitativamente ésta haciendo uso de la facultad moderadora consagrada en el art. 1.154 CC.

⁵⁵ En contra se pronuncia DÍAZ ALABART, Silvia, *op.cit.*, pág., 118, al establecer que: «[...] no hay razón para prohibir la exclusión de la moderación del art. 1.154 CC [...]».

características»⁵⁶. Sin embargo, moderar hace referencia a «templar, ajustar o arreglar algo, evitando el exceso»⁵⁷. Habida cuenta que, al hacer uso de la facultad moderadora lo único que se hace en todos los supuestos es reducir el *quantum* de la pena pactada, creo que habría menos dudas de interpretación en cuanto al alcance el precepto si este utilizase el término moderar en vez de modificar⁵⁸.

Por último, existe unanimidad tanto en la doctrina⁵⁹ como en la jurisprudencia al considerar que la facultad concedida al juez para el ejercicio de la moderación de la pena por vía del artículo 1.154 CC no es revisable en casación. Sobre esta cuestión, merece especial mención la STS 1 octubre 2010 [RJ 2010/7307], la cual se pronuncia de la siguiente manera:

«[...] según doctrina constante de esta Sala, el uso de la facultad moderadora establecida en el artículo 1154 CC así como la decisión sobre la improcedencia de hacer uso de tal facultad, son facultades que no pueden ni deben ser alteradas en vía casacional cuando se basan en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles [...]»⁶⁰.

Habida cuenta de lo anterior, sólo en aquellos casos en los que quede patente que tal facultad moderadora de la pena se ha ejercitado de manera ilógica, arbitraria e irracional, cabrá la posibilidad de realizar esa revisión en casación⁶¹.

En consecuencia, se puede concluir que sólo procederá la revisión en casación de la moderación de la pena cuando lo que se discuta en esta sea la debida aplicación o no de

⁵⁶ Cfr. Definición “modificar” RAE.

⁵⁷ Cfr. Definición “moderar” RAE.

⁵⁸ En este punto es curioso apuntar que en toda la jurisprudencia analizada sobre la aplicación del artículo 1.154 CC, en todas las sentencias se utilizan términos como: moderar, facultad moderadora, moderará, etc... En ninguna de ellas se emplea el término modificar salvo para transcribir el precepto.

⁵⁹ Así se pronuncian entre otros muchos, FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *op.cit.*, pág. 1056, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, pág. 161, y ARANA DE LA FUENTE, Isabel, “*la penal convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria*”, ADC, tomo LXII, fasc. IV, pág. 1.615. En particular, CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, *op.cit.*, pág.8.465, aun partiendo del principio de irrevisabilidad casacional de la moderación, establece que: «[...] debe casarse la sentencia de instancia cuando la aplicación o inaplicación haya sido incorrecta [...]».

⁶⁰ En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 10 marzo 2009 [RJ 2009/2386] y 17 enero 2012 [RJ 2012/287].

⁶¹ Así lo ha declarado la STS 2 julio 2010 [RJ 2010/5698]. La misma se pronuncia como sigue: «[...] La modificación judicial de la pena en caso de incumplimiento parcial [...] en principio, no es revisable en casación, salvo casos un tanto excepcionales [...]». En el mismo sentido se pronuncia la STS 31 marzo 2010 [RJ 2010/4032] al establecer que: «[...]Procede aplicar la reiterada doctrina jurisprudencial relativa a que la interpretación de los contratos es función propia del Juzgador de instancia, que ha de ser mantenida en casación, salvo que la misma sea arbitraria, absurda o ilegal, nada de lo cual es predicable en la que la resolución recurrida ha hecho del contrato litigioso [...]».

dicha moderación, y no si el tribunal *a quo* moderó en mucho o en poco su cuantía⁶². Por tanto, el juicio de equidad practicado en la moderación constituye una verdadera facultad del juez *a quo* que, de ningún modo, podrá ser revisado en casación.

2. Cumplimiento parcial o irregular.

Es doctrina jurisprudencial consolidada y supone un criterio uniforme que, para la aplicación del artículo 1.154 CC, es *conditio sine qua non* que estemos ante el supuesto de hecho en él previsto⁶³. En consecuencia, debemos estar ante un incumplimiento parcial o irregular de la obligación para la cual se estableció la pena para que se pueda aplicar el precepto. Si se produce un incumplimiento total, el tribunal no podrá hacer uso de la facultad moderadora *ex. art.* 1.154 CC.

i. Cumplimiento parcial.

Se trata de un supuesto en el que el deudor ha cumplido parte de la obligación principal a la que libremente se comprometió. Por ello, si se pactó una pena prevista para un determinado incumplimiento y este no ha resultado ser total, en estos supuestos se podrá acudir a la moderación de la misma por vía del artículo 1.154 CC.

En estos casos, el tribunal no tiene en cuenta si la pena establecida en el contrato resulta ser elevada o no y no entra a valorar las características de la cláusula, pues la misma se ha establecido atendiendo a la libertad de pacto conforme al artículo 1.255 CC⁶⁴. Lo que se pretende con la facultad moderadora establecida en dicho precepto es realizar una ponderación entre lo cumplido y lo dejado de cumplir porque es a partir de ahí cuando se

⁶² En este sentido se pronuncia la STS 17 marzo 2014 [RJ 2014/1505].

⁶³ Vid. la STS 18 junio 2015 [RJ 2015/2763], la cual se pronuncia como sigue: «[...] Tiene declarado la Sala que el mandato del artículo 1154 C.C está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor [...]».

⁶⁴ Así lo han establecido las SSTS 15 octubre 2008 [RJ 2008/5692], 26 marzo 2009 [RJ 2009/2387] y 1 junio 2009 [RJ 2009/3192] al declarar que: «[...] 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 [...]. La norma del artículo 1154 del Código Civil se explica porque, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista [...]». En este punto, un límite legal a la autonomía de la libertad recogida en el artículo 1.255 CC lo constituiría la Ley de Usura y el TRLGDCU como ya se puso de manifiesto en *supra*. II.4.

entrará a moderar y, entrará en juego el juicio de equidad⁶⁵. De manera que, cuanto más se haya cumplido, en teoría, en mayor cuantía se debe reducir la pena.

Como ya se ha analizado a lo largo del presente trabajo, existe abundante jurisprudencia que señala que sólo se podrá aplicar la moderación de la pena cuando estemos ante un cumplimiento parcial por ser este un presupuesto inexcusable del precepto⁶⁶. El problema radica en que en la práctica del tráfico jurídico las partes, atendiendo a la autonomía de la voluntad, establecen cláusulas penales cuya redacción supone en algunos casos realizar una gran labor de interpretación y eso se traduce en que, en ocasiones, resulta muy difícil al tribunal la tarea de dirimir si ha habido un cumplimiento parcial o total y, en consecuencia, si deben moderar o no.

A continuación, se exponen una serie de supuestos de interpretación de cláusulas penales resueltos por la jurisprudencia que merecen una especial mención por los argumentos que esgrime el TS porque, a pesar de que de la redacción de la cláusula en cuestión se podría desprender que existe un incumplimiento total, finalmente el tribunal en ocasiones procede a moderar por entender que se trataba de un incumplimiento parcial y no total y en otras no.

El primero de ellos es el supuesto analizado por la STS 25 enero 1995 [RJ 1995/166]. Se trataba de un contrato de servicios entre dos empresas por cinco años de duración en el cual una de ellas se obligaba a montar unos armarios a la otra y se establecía una cláusula penal “inmoderable” sustitutiva de indemnización de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, cumplimiento imperfecto o mora por parte de la empresa encargada de montar los armarios.

A los tres años de vigencia del contrato, la empresa obligada a montar los armarios rescinde el mismo. En primera instancia, el juzgado, atendiendo a la naturaleza “inmoderable” de la cláusula, aplica esta íntegramente. Sin embargo, en la Audiencia Provincial de Valencia se reduce haciendo uso de la facultad moderadora del artículo 1.154 CC por entender que en realidad se produjo un incumplimiento parcial del contrato.

⁶⁵ Como señala ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*, pág. 276, quien indica que «[...] el criterio para moderar, sin duda que ha de ser el de reducir la pena en proporción a lo que se cumplió dejando por tanto, subsistente –podría decirse– la cuantía de la misma que correspondería a lo no cumplido o a aquello en lo que el cumplimiento fue defectuoso.»

⁶⁶ Vid. entre otras muchas las SSTs 4 octubre 2007 [RJ 2007/6797], 12 diciembre 2008 [RJ 2008/8008], 15 febrero 2012 [RJ 2012/2043], 24 febrero 2017 [RJ 2017/821] y 14 febrero 2018 [RJ 2018/637].

Asimismo, el TS avalando los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Valencia, establece que se trata de un contrato de tracto sucesivo de cinco años de duración, habiéndose cumplido dos de manera íntegra hasta que se rescindió el mismo unilateralmente por una de las partes. Por lo tanto, entienden que ello supone un incumplimiento parcial al que se le puede aplicar tal facultad moderadora. En palabras del Alto Tribunal:

«[...] En definitiva, si como sostiene la recurrente, este contrato de tracto sucesivo fue, absolutamente incumplido a partir del 1 de diciembre de 1986, habrá que concluir que fue absolutamente cumplido hasta dicha fecha y por ello, se está ante un incumplimiento parcial y, por ende, cabe hacer uso de la facultad moderadora [...]».

Como puede apreciarse, a pesar de que la pena pactada se estipuló para un determinado incumplimiento que finalmente se produjo, la sala procedió a moderar.

El siguiente caso, es el conocido por la STS 3 marzo 2016 [RJ 2016/956]. Se trataba de un contrato de compraventa de vivienda de cosa futura (venta sobre plano) con precio aplazado en el cual, se estipuló una cláusula penal que establecía lo siguiente:

«La presente compraventa queda sometida a condición resolutoria para el supuesto impago en las fechas pactadas de algunas de las cantidades de precio aplazado, lo que es considerado expresamente por las partes como condición esencial del contrato. En consecuencia, si el comprador no satisface el precio aplazado en la forma y plazos estipulados, la vendedora quedará facultada para considerar automáticamente resuelta la presente compraventa y sin efecto alguno, sin necesidad de declaración judicial, mediante simple comunicación escrita al adquirente, con pérdida para el comprador de las cantidades entregadas hasta entonces, en concepto de cláusula penal».

En este supuesto en concreto, lo que sucedió es que la promotora no entregó la vivienda en la fecha pactada y por ello, los compradores a su vez incumplieron con la obligación del pago aplazado instando judicialmente a la resolución del contrato por incumplimiento.

El juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta el incumplimiento de la promotora y declaró resuelto el contrato, de manera que, en aplicación de la cláusula penal, la inmobiliaria hizo suyas las cantidades entregadas hasta la fecha.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Málaga con posterior ratificación por el TS, aplicó el artículo 1.154 CC y moderó dicha cláusula condenando a devolver a la inmobiliaria parte de las cantidades que había retenido en concepto de cláusula penal. Y ello porque atendiendo a la idea de que cuanto más se haya cumplido, en teoría, en mayor cuantía se debe reducir la pena, como se apuntó anteriormente, la Audiencia Provincial argumentó que, conforme a la redacción de la cláusula litigiosa, resultaba que, por el contrario, cuanto más se haya cumplido por el deudor, más penalidad sufre.

En particular, el TS consideró que:

«[...] Ciertamente el pacto contractual -estipulación quinta- se refiere al impago del «precio aplazado» y la cláusula impone la pérdida «de las cantidades entregadas hasta entonces», pero objetivamente sigue siendo cierto que el pago del precio se hizo parcialmente; no hay un impago por entero [...]».

En este sentido, sigue afirmando el TS que la cláusula en cuestión es una auténtica “cláusula de comiso” aunque no se haya declarado abusiva (no se solicitó por los compradores, solo la resolución del contrato) pues, supone una desproporción ya que, apuntalando la afirmación anterior, cuanto más haya pagado el deudor, más cantidad pierde en caso de incumplimiento⁶⁷. Según afirmó el TS:

«[...] A mayor abundamiento resulta sorprendente la desproporción entre la cláusula que se aplica al incumplimiento por el comprador y la que se aplica en la misma estipulación al incumplimiento del vendedor [...]».

Finalmente, para avalar la moderación realizada por la Audiencia Provincial de Málaga, el TS concluye afirmando que: “tampoco la vendedora ha cumplido escrupulosamente su obligación de entrega en tiempo y forma”.

En contraposición a lo anterior, la STS 18 junio 2015 [RJ 2015/2763], en un supuesto de hecho muy parecido, consideró que se produjo el incumplimiento parcial para el cual la cláusula se pactó, y en consecuencia, no moderó la pena.

⁶⁷ Esta sentencia, no es más que una confirmación de la doctrina jurisprudencial recaída acerca de la consideración o no del cumplimiento parcial en las obligaciones con precio aplazado. En la misma línea se pronunciaron las SSTS 4 octubre 2007 [RJ 2007/6797] y 11 noviembre 2014 [RJ 2014/5902].

Al igual que el caso anterior, se trataba de un contrato de compraventa de vivienda de cosa futura (venta sobre plano) con precio aplazado en el cual, se estipuló la siguiente cláusula penal:

«El incumplimiento por el Comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la Escritura Pública cuando así sea requerido por la Vendedora, o de su deber de satisfacer cualquier pago bajo el presente Contrato, y en general de las obligaciones consignadas en el mismo, dará derecho a la Vendedora a resolver el presente Contrato, con derecho a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por el Comprador, para lo cual la Vendedora podrá retener el Primer Pago y, en su caso, el Segundo Pago y ello en concepto de pena civil que expresamente las Partes pactan, y que engloba igualmente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Vendedora».

En esta ocasión, nuevamente la promotora no entregó la vivienda en la fecha pactada de manera que, los compradores a su vez incumplieron con la obligación del abono del pago aplazado y con el deber de acudir a notaría a otorgar escritura de compraventa, instando judicialmente a la resolución del contrato por incumplimiento.

De nuevo el juzgado de primera instancia declaró resuelto el contrato de compraventa, pero a su vez, los compradores perdieron las cantidades entregadas hasta la fecha en concepto del pago aplazado en aplicación de la cláusula penal. Del mismo modo, la Audiencia Provincial, procedió a moderar la pena y condenó a la promotora a devolver parte de las cantidades retenidas.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior, el TS no avaló la decisión de la Audiencia Provincial, sino que casó la sentencia confirmando la recaída en primera instancia. Y ello por entender que se produjo el incumplimiento parcial para el que se acordó la cláusula penal. Por tanto, no se daban los presupuestos de aplicación requeridos por el art. 1.154 CC.

Como puede apreciarse, estamos ante una doctrina jurisprudencial contradictoria pues, ante dos cláusulas que se prevén para un incumplimiento prácticamente idéntico al que finalmente se produjo, los argumentos empleados por el TS en ambos casos, uno para moderar y el otro no, son perfectamente legítimos y aplicables a los dos supuestos.

En atención a lo anterior, se puede apreciar como en ocasiones el TS, atendiendo a la justicia del caso, fundamenta con argumentos (en mi opinión) débiles, que se trata de un cumplimiento parcial y no total para poder moderar la pena. Pero lo cierto es que de la lectura de las cláusulas insertas en los contratos expuestos, se desprende que estamos ante un supuesto de incumplimiento parcial para el que la cláusula estaba prevista que era el impago de las cantidades debidas en plazo y el incumplimiento de elevar a público la compraventa.

Del mismo modo, podría argumentarse que el supuesto analizado en la STS 25 enero 1995 [RJ 1995/166] se trata de un contrato de suministro y, por tanto, de tracto sucesivo y en el caso de la STS 3 marzo 2016 [RJ 2016/956] al tratarse de una compraventa aun con precio aplazado, se trata de un contrato de ejecución instantánea. En consecuencia, en el primero de ellos se modera la pena por entender que si la prestación debe ejercitarse de manera continuada en el tiempo, el incumplimiento de ésta en un momento dado consistiría en un incumplimiento parcial y no total. Sin embargo, en el contrato de compraventa, al ser de ejecución instantánea, el incumplimiento en el pago del precio supondría un incumplimiento total para el cual la pena fue pactada y por tanto, no modera la pena.

Este esquema se rompe con la STS 18 junio 2015 [RJ 2015/2763] habida cuenta que, ante un contrato de compraventa en las mismas condiciones con una cláusula penal pactada prácticamente idéntica, en un caso modera la pena y en el otro no por entender que se ha producido el incumplimiento parcial para el que se estipuló la misma.

En consecuencia, no podemos extraer unos principios acerca de cuándo moderará o no el tribunal la pena. Para ello, habrá que estar a la interpretación de la cláusula en cuestión y a las circunstancias del caso en concreto. Pues no podemos olvidar, que la interpretación de los contratos es función propia de los tribunales⁶⁸.

ii. Cumplimiento irregular.

A diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior en el cual, el deudor había cumplido parte de la obligación, en este caso, entiendo que el cumplimiento irregular debe referirse

⁶⁸ Vid. entre otras muchas, las SSTs 29 de enero 2010 [RJ 2010/164], 22 marzo 2012 [RJ 2012/5572] y 3 marzo 2016 [Roj: STS 978/2016].

a que el deudor cumple, pero no en los términos exactos en los que se había comprometido. Esto es, cumplió, pero de manera irregular dicha obligación.

Sin embargo, en la práctica se utilizan ambos términos (cumplimiento parcial o irregular) indistintamente. Asimismo, en ciertas ocasiones, para hacer referencia al cumplimiento irregular, también se utiliza el término cumplimiento defectuoso. De manera que es frecuente encontrar tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que se utilizan los términos cumplimiento parcial o irregular sin distinción entre ambos.

La STS 18 diciembre 2006 [RJ 2007/276] se encarga de analizar un supuesto de hecho de cumplimiento irregular. Se trataba de un contrato de arrendamiento de ganado mediante el cual, el arrendador se obligaba a entregar una partida de ganado ovino y caprino cuya identificación se realizó a través de la inserción de crotales, para que quedaran bajo el cuidado del arrendatario. En el mismo se insertó la siguiente cláusula penal:

«el incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de quinientas mil pesetas».

En un inicio, cuando se procedió a su identificación, el ganado se encontraba sano y nutrido. Sin embargo, cuando llegó el plazo de expiración del arrendamiento, el arrendatario devolvió un ganado desnutrido y enfermo, no siendo el mismo que se había identificado con los crotales iniciales, provocando que, a consecuencia de ello, cinco días más tarde fallecieran el 20% de los animales entregados. Por tanto, cumplió, pero irregularmente.

Este es un supuesto de hecho peculiar, pues el juzgado de primera instancia estimó la demanda interpuesta por el arrendador y condenó al arrendatario al abono de las 500.000 ptas. según se había establecido en el contrato. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó dicha sentencia y condenó al abono de 9.802.336 ptas., por considerar que, atendiendo al valor del ganado objeto del arrendamiento, no puede establecerse como indemnización sustitutiva de daños y perjuicios una cantidad tan baja como la que se pactó habida cuenta que, de producirse los mismos como finalmente ocurrió, estos iban a ser de mayor entidad y en consecuencia, de mayor cuantía.

Por tanto, atendiendo a la equidad del caso, la Audiencia provincial elevó la indemnización apartándose así de lo establecido en el art. 1.154 CC en relación con el art.

1.152 CC, y aplicando en su lugar el art. 1.101 CC por considerar que efectivamente, el arrendador había demostrado unos daños de mayor cuantía. Esta decisión fue ratificada íntegramente por el TS.

A pesar de lo anterior, la regla general en la jurisprudencia es tratar al cumplimiento parcial o irregular indistintamente cuando la obligación no se cumplió totalmente. Por consiguiente, entiendo que el razonamiento tanto de doctrina como de jurisprudencia para tratar ambos términos sin diferencias es que, si se cumplió parcialmente, ello implica un cumplimiento irregular. Por ello, los argumentos esgrimidos en el punto anterior para moderar la pena son totalmente aplicables a este punto por considerar el cumplimiento parcial, como irregular.

Asimismo, existe un principio común aplicable a los dos apartados anteriores. Y ello porque concurre un criterio uniforme tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del TS al afirmar que no cabrá la moderación de la pena cuando la cláusula penal se pactó expresamente para un incumplimiento parcial y ese incumplimiento concreto se produjo porque entonces, ya no habrá incumplimiento parcial o irregular, sino que estaríamos ante un supuesto de incumplimiento total, por lo tanto, quedaría excluida la aplicación del precepto.

En este sentido, especial mención merece la STS 3 junio 2015 [RJ 2015/2735]. El supuesto de hecho es el siguiente:

Se trata de un contrato de cesión de derechos audiovisuales celebrado entre la mercantil Mediaproducción S.L (Mediapro) y la Real Sociedad de Fútbol, SAD. En el mismo se cedían los derechos audiovisuales, televisivos, radiofónicos y de propiedad intelectual durante cinco temporadas consecutivas acordando, entre otras muchas estipulaciones, para el caso que aquí nos ocupa, una cláusula penal que establecía que la demora de Mediapro en más de 30 días en el pago de cualquiera de los vencimientos del precio de la opción o de la cesión de los derechos pactados en contrato, daría lugar a que el club les pudiera reclamar el interés moratorio. Asimismo, se estipulaba que, si Mediapro incumplía grave o reiteradamente sus obligaciones de pago, el club podía instar la resolución del contrato y reclamar una cláusula penal de 10.000.000 €, pagaderos de una sola vez a los sesenta días de la fecha de resolución, incumplimiento reiterado de pago que finalmente se produjo.

Como consecuencia de dicho incumplimiento, la Real Sociedad demandó instando la resolución contractual y la aplicación de la cláusula penal. El juzgado de primera instancia estimó todas sus pretensiones y declaró que Mediapro adeudaba 4.614.660 € en concepto de impago de los derechos pactados en el plazo convenido para ello y además, estimó que el incumplimiento era grave, pero moderó la cláusula penal fijándola en 7.000.000 €.

Sin embargo, en segunda instancia la Audiencia Provincial de Guipúzcoa confirma la deuda de Mediapro frente al club de 4.614.660 €, pero considera que el incumplimiento contractual no es grave y en consecuencia, revoca la sentencia en cuanto al pago de los 7.000.000 € en concepto de cláusula penal.

Finalmente, el TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que el retraso reiterado en los pagos era lo que se pretendía evitar con la cláusula penal revestida bajo la fórmula de “incumplimiento grave”. Por ello, considera que sí se trata de un incumplimiento grave para el cual precisamente se pactó dicha cláusula penal. En consecuencia, no cabe moderarla por vía del artículo 1.154 CC y, actuando como tribunal de instancia, hace uso de su facultad moderadora y establece la pena en toda su extensión, esto es, los 10.000.000 € por considerar que no se daban los presupuestos exigidos en el precepto para ello. En palabras del tribunal:

«[...] El cumplimiento parcial, en cuanto reiterado, era lo que se pretendía evitar con la cláusula penal. Una vez que hemos apreciado que los impagos parciales y reiterados de las mensualidades en que se había fraccionado la satisfacción del canon convenido para cada temporada por la cesión de derechos audiovisuales, justifican la resolución, debemos entender que también constituyen el presupuesto del nacimiento de la cláusula penal, sin que esté justificado su moderación.

[...] no cabe moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado, afirmándose que la previsión contenida en el artículo 1154 CC descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes.

[...] Esto es, la jurisprudencia de esta Sala no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal

cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena [...]»⁶⁹.

Esta doctrina jurisprudencial consolidada encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de la que disponen las partes al contratar consagrada en el artículo 1.255 CC⁷⁰, y los principios de “*pacta sunt servanda*” y “*lex privata*” recogidos en el artículo 1.091 CC⁷¹.

En conclusión, habida cuenta de la clara doctrina jurisprudencial expuesta hasta ahora, el juez podrá moderar la cláusula penal únicamente cuando la misma se establezca para un incumplimiento mayor al que finalmente se produce y no cuando se ha producido ese incumplimiento concreto para el cual la cláusula se pactó.

Pero lo cierto es que, como se ha puesto de manifiesto en este apartado, hay ciertos casos en los que, a pesar de que la norma es clara, el tribunal en supuestos de hecho concretos en los que pueda existir un problema de interpretación de clausulado entiende que se trata de un cumplimiento parcial y no total para poder hacer uso de la facultad moderadora cuando, en mi opinión, no debería hacerlo por no permitirlo el precepto, en aras (entiendo) de la equidad del caso concreto.

Por ello, sólo falta hacernos una pregunta: a efectos de moderación, ¿cuándo debe ser considerado un incumplimiento parcial o irregular y cuándo total? Como se ha podido observar, para responder a esta pregunta deberemos atender al caso concreto.

Por último, una vez establecido el ámbito de aplicación del precepto y sus presupuestos, solo queda añadir que pueden existir otras vías por las que se puede reducir una pena convencional cuando no sea de aplicación el artículo 1.154 CC por no darse los

⁶⁹ En igual sentido se pronuncian, entre otras muchas, las SSTS 4 mayo 2011 [RJ 2011/3728], (Pleno) 15 abril 2014 [RJ 2014/3122], 21 abril 2014 [RJ 2014/3281], (Pleno) 13 septiembre 2016 [2016/4107], 24 febrero 2017 [RJ 2017/821], 14 febrero 2018 [2018/637] y 6 junio 2019 [RJ 2019/2734].

⁷⁰ La STS 5 febrero 2013 [RJ 2013/928], atendiendo a ese límite de la autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1.255 CC, declaró la nulidad del contrato y de una cláusula penal inserta en el mismo celebrado entre el FC Barcelona y unos padres en representación de su hijo menor por considerar que se trataba de una cuestión de orden público.

⁷¹ Conforme al cual:

“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

presupuestos para ello, como pueden ser la aplicación de los artículos 1.103⁷² y 1.258 CC⁷³.

Esta tesis de moderar la pena *ex art.* 1.103 CC, es ampliamente defendida por la doctrina⁷⁴. Sin embargo, la jurisprudencia se muestra más reticente a aceptarla y rara vez ha sido admitida por ésta.

Además, no hay que olvidar que, como bien reza el precepto, esta facultad moderadora permitida en el art. 1.103 CC sólo operará en caso de que estemos ante un comportamiento negligente del deudor. Pues, si estamos ante un comportamiento doloso, tampoco se podrá moderar por esta vía.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria se pronuncia en sentido contrario a la aplicación del artículo 1.103 CC cuando tampoco se ha podido hacer uso de la moderación de la pena *ex art.* 1.154 CC.

Un ejemplo es el supuesto de hecho analizado en la STS 23 octubre 2012 [RJ 2013/1542], en la que el TS analiza el sentido de ambos preceptos para concluir que son incompatibles.

Se trataba de un contrato de distribución en exclusiva celebrado entre dos empresas en el cual una de ellas se comprometía a la comercialización de aceite producido por la cooperativa en una determinada zona (Barcelona). En el mismo, se establecía una cláusula penal para el caso de incumplimiento de diez veces la facturación anual del distribuidor, la cual se cifró en 506.040,80 €.

El comitente incumplió el pacto de exclusiva por lo que, la cooperativa interpuso demanda instando la resolución del contrato por infringir el pacto de exclusiva y la

⁷² Que establece:

“La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

⁷³ Precepto que dispone lo siguiente:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

⁷⁴ En este sentido, MARÍN GARCÍA, Ignacio, “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret* 2/2009, pág. 8, (www.indret.com), SANZ VIOLA, Ana María, *La cláusula penal en el Código Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 98-101. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op.cit.*, pág. 276, DÍAZ ALABART, Silvia, *op.cit.*, págs. 128,133,134,138-143, y MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op.cit.*, págs. 146-149.

aplicación de la cláusula penal pactada en concepto de indemnización por daños y perjuicios. La demandada en su contestación se opuso a la resolución contractual y subsidiariamente, suplicó la moderación de la indemnización en aplicación del art. 1.154 CC.

En primera instancia, se estimó íntegramente la demanda y se declaró resuelto el contrato de distribución, más la condena al abono de la pena pactada, es decir, el pago de los 506.040,80 €.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la resolución del contrato pero moderó la pena a 101.208 € en aplicación del artículo 1.103 CC y no haciendo uso de la facultad moderadora del artículo 1.154 CC pues, habiéndose producido el incumplimiento previsto para el cual se pactó esta, no podía valerse del mismo.

Sin embargo, el TS, realizando una interpretación del artículo 1.103 CC, excluye tal moderación y casa la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la recaída en primera instancia por considerar que no puede operar frente a lo convenido por las partes.

En el supuesto de hecho está claro que no procede la moderación del artículo 1.154 CC porque no se dan los presupuestos de aplicación para ello. Ahora bien, cuando nos encontramos ante una cláusula penal, ¿es posible su moderación por vía del artículo 1.103 CC?

En esta sentencia el TS se encarga de responder a esta pregunta argumentado que cabe hacer uso de la facultad moderadora del art. 1.154 CC, aunque la conducta haya sido dolosa cuando se produzca un incumplimiento parcial, pues lo que se pretende con el precepto es buscar la ponderación entre lo cumplido y lo dejado de cumplir. *A sensu contrario*, por la propia redacción del artículo 1.103 CC, el dolo excluye radicalmente su aplicación.

Del mismo modo, sigue argumentando que, en los casos en que no procede la moderación *ex art.* 1.154 CC por darse ese incumplimiento en cuestión, aun existiendo una conducta negligente tampoco se puede moderar *ex art.* 1.103 CC, pues, concurriendo una pena convencional, “rige la fuerza vinculante del pacto” que ha de respetarse salvo los límites legales establecidos en los artículos 1.255 y 1.258 CC.

En palabras del tribunal:

«[...] las partes habían pactado una determinada cláusula penal, de cuya validez no se ha dudado en este pleito. Con independencia de su carácter indemnizatorio y/o sancionador, la facultad discrecional del juez de moderar el montante de la indemnización en caso de incumplimiento de la obligación por negligencia prevista en el art. 1103 CC no puede operar frente a lo convenido por las partes [...]»⁷⁵.

Sin embargo, en la jurisprudencia más antigua existen escasos ejemplos de esta admisión. Uno de ellos lo encontramos con la STS 19 febrero 1990 [RJ 1990/700]. El supuesto de hecho es el siguiente:

Se trata de un contrato de obra entre dos empresas para la realización de una obra en donde se establece una cláusula penal moratoria la cual, como veremos (*infra*. III. 3. iv), por su propia definición es inmoderable, pues desde el momento en que se incumple ya existe un incumplimiento total.

La empresa que debía realizar la obra incumplió y se retrasó en la entrega, por lo que la empresa que debía recepcionar la obra demandó en base a la cláusula penal estipulada.

El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó a la empresa incumplidora al pago de 6.739.238 ptas. Para fundamentar esta decisión, el tribunal no hizo uso de la facultad moderadora por vía del artículo 1.154 CC pues, como hemos visto, al tratarse de una pena moratoria no se daban los presupuestos para ello. Sin embargo, moderó por vía del artículo 1.103 CC al entender que, en el presente caso, habían existido

⁷⁵ En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 6 mayo 2002 [RJ 2002/3675], 5 octubre 2010 [RJ 2010/8008], 20 abril 2011 [RJ 2011/3597], y 20 noviembre 2013 [RJ 2014/448]. En particular, la STS 5 octubre 2010 [RJ 2010/8008] analiza la diferencia entre la conducta negligente y el dolo para justificar su decisión de no aplicar la facultad moderadora del art. 1.103 CC. Se trataba de un contrato celebrado entre una modelo y la revista *Interviú* para realizar un reportaje fotográfico de desnudos de su cuerpo. En el mismo se estableció una cláusula penal con la prohibición de la revista de divulgar las fotografías a cualquier otro medio de comunicación ajeno a la revista, así como que no se podía publicar ninguna fotografía sin que la modelo hubiese otorgado su consentimiento previamente. Si esto sucedía se acordó una cláusula penal "inmoderable" de 300.000 €. La modelo demandó porque sus fotografías fueron publicadas en la portada de otro periódico además de la revista *Interviú*. A lo que la revista se defendió alegando que se trataba de un "descuido" de un trabajador en la custodia de las fotografías. En consecuencia, tanto en primera instancia, como en apelación y posteriormente en casación, declaran resuelto el contrato por incumplimiento de la revista y la condenan al pago íntegro de la pena. En palabras del TS: «[...] No se puede afirmar sin tergiversar el recto sentido de lo afirmado por la sentencia que la misma afirme un comportamiento negligente, antes bien afirma que no consta si la actuación plenamente consciente "a sabiendas" o respondió a falta de diligencia de un "profesional del medio" que en las circunstancias concurrentes no debió facilitar un ejemplar de la revista antes de su venta en los quioscos, lo que raya en el dolo incidental [...]».

causas excepcionales que justificaban el retraso en la ejecución de la obra como fueron las lluvias persistentes que se produjeron en los meses de diciembre y enero.

Dicha sentencia fue confirmada tanto por la Audiencia Provincial de Madrid como por el TS. En palabras del Alto Tribunal:

«[...] esa posibilidad de moderar que recoge y sanciona el art. 1103 del Código Civil se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad, cuyo espíritu preside y justifica el precepto aunque en él no se mencione ni incluya el término «equidad» [...].»

En este sentido, cuestión distinta es que estemos ante una concurrencia de culpas porque en ese caso, a pesar de que exista una cláusula penal, la doctrina jurisprudencial sí se muestra favorable a la moderación de la pena por vía del artículo 1.103 CC.

La confirmación de esta jurisprudencia la encontramos en la STS 29 marzo 2004 [RJ 2004/2049]. El supuesto de hecho es el siguiente:

Se trataba de un arrendamiento de obra en el cuál, se pactó una cláusula penal moratoria para el caso de retraso en la entrega de 10.200.000 ptas. Como consecuencia de que se produjo tal retraso, la empresa contratista demandó suplicando la resolución del contrato y la aplicación de la pena prevista. A su vez, la parte demandada (empresa que debía prestar el servicio) se opuso y reconvino suplicando para ella la indemnización por los daños y perjuicios causados pues, la empresa contratista incumplió el fraccionamiento de pagos establecido para que así los constructores pudiesen aprovisionarse de materiales, dificultando así el proceso constructivo. Además, la promotora contrató nuevos operarios para realizar otro tipo de trabajos, interfiriendo de nuevo la planificación de la obra.

En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda y la reconvención y se condenó a la empresa contratista al pago de 4.819.763 ptas. realizando una compensación de deudas. Esta decisión se recurrió ante la Audiencia Provincial de Girona la cual incrementó la indemnización a 7.369.763 ptas. haciendo uso de la facultar moderadora *ex art. 1.103 CC.*

Finalmente, el TS avala la decisión de la Audiencia Provincial y, si bien no puede hacer uso del artículo 1.154 CC al tratarse de una pena moratoria, procede a moderar en base al

artículo 1.103 por entender que la culpa del constructor deudor podía cifrarse únicamente en un 25 %, siendo el resto imputable a la empresa contratista⁷⁶.

En conclusión, el uso de la facultad moderadora *ex art.* 1.103 CC, a pesar de ser un instrumento ampliamente defendido por la doctrina, como se ha puesto de manifiesto, es escaso en la jurisprudencia y en modo receloso en relación con el artículo 1.154 CC, salvo en casos excepcionales.

Por último, como ya apuntábamos, cuando estemos ante una cláusula penal excesiva o desproporcionada y no dispongamos de los remedios ya expuestos para su moderación, como último recurso se podría invocar el artículo 1.258 CC, en relación con el artículo 7 CC⁷⁷, de acuerdo con el principio general de buena fe.

Sin embargo, esta idea no parece tener cabida ni en la jurisprudencia⁷⁸ ni en la doctrina⁷⁹.

En conclusión a lo anterior, a pesar de las excepciones destacadas acerca de la moderación de la pena *ex art.* 1.154 CC, es doctrina jurisprudencial constante y pacífica que, mientras que no se modifique la ley (*vid. infra.* III. 4. i y ii), sólo se podrá hacer uso de la misma cuando se den los presupuestos exigidos en el precepto para ello. Así se ha pronunciado recientemente el TS al afirmar que:

⁷⁶ En el mismo sentido se pronuncian las SSTs 4 abril 1991 [RJ 1991/2641], 11 febrero 1993 [RJ 1993/1457], 23 febrero 1996 [RJ 1996/1587] y la más reciente 28 octubre 2010 [RJ 2010/7613].

⁷⁷ Precepto que dispone lo siguiente:

*“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.*

⁷⁸ Así lo han rechazado las SSTs 26 diciembre 1990 [RJ 1990/10374], 4 febrero 1991 [RJ 1991/704] y 28 enero 1992 [RJ 1992/271]. En particular, la STS 26 diciembre 1990 [RJ 1990/10374] estableció que: «[...] en cuanto a la presencia del abuso del derecho en los términos del art. 7-2 del C.c. por las consecuencias que tendría la cláusula penal en el caso de que se produjesen los eventos desencadenantes de su surgimiento, ha de afirmarse que la institución de ese abuso de derecho, en los términos reflejados en nuestro principal Cuerpo de Leyes, responde siempre al ejercicio de un derecho que rebasa naturalmente los límites en que está especificado en su contorno, contenido o conjunto de facultades; pero que, en el caso de autos, el ejercicio por parte del actor de la operatividad de dicha cláusula, se ampara, precisamente, en los límites prefijados en la inserción contractual de la misma [...]».

⁷⁹ En este sentido se pronuncian MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op.cit.*, págs. 151-152, al establecer que: «[...] la exigibilidad de lo libremente pactado por las partes no constituye abuso de derecho [...]». En particular, CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, *op.cit.*, pág.8.461, establece que: «[...] no podrán neutralizarse ni minimizarse aquellas mediante la acusación de que su ejercicio procede con abuso de derecho, cuando el acreedor reclama su cumplimiento precisamente para el supuesto de hecho para el que estaba prevista la procedencia de la pena [...]».

«[...] Bien conoce esta sala que en la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, se contiene un artículo 1150 del siguiente tenor:

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

Ahora bien, mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esa sala debe mantener la jurisprudencia reseñada [...]»⁸⁰.

3. Moderación de la pena según los distintos tipos de cláusula penal.

En este apartado se procederá a concretar en qué tipo de cláusulas penales se puede aplicar el artículo 1.154 CC y en cuáles no, siguiendo la doctrina jurisprudencial recaída al respecto.

i. Cláusula penal sustitutiva.

Como ya apuntábamos en *supra*. II. 1, la cláusula penal sustitutiva cumple con la función liquidadora de los daños y perjuicios y en la práctica, es la opción más usada por los contratantes. Por ello, nada impide que, si se dan los requisitos exigidos en el artículo 1.154 CC para su aplicación, se pueda ejercitar la moderación de la pena. En consecuencia, se podrá moderar siempre y cuando estemos ante un incumplimiento parcial o irregular de la obligación garantizada con la pena, y no cabrá su aplicación, en caso de incumplimiento parcial o irregular para el cual se pactó la pena porque entonces, ya estaríamos ante un incumplimiento total. Para mayor profundidad de lo expuesto, nos remitimos a lo ya expuesto en *supra*. III. 2. i y ii.

⁸⁰ Vid. las SSTS (Pleno) 13 septiembre 2016 [2016/4107] y 14 febrero 2018 [RJ 2018/637]. En particular, esta última también hace referencia a la Propuesta de Código Civil realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

ii. Cláusula penal cumulativa.

Al igual que sucedía en el apartado anterior, este tipo de cláusulas no presentan problemas para su moderación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos para ello (vid. *supra*. III. 2. i y ii).

iii. Cláusula penitencial o de desistimiento. Obligación facultativa.

La cláusula penitencial o de desistimiento es aquella que permite al deudor liberarse de cumplir con la obligación principal si abona la pena estipulada (Vid. *supra*. II. 2). En consecuencia, por la función liberatoria que cumplen, a este tipo de cláusulas no le será de aplicación la moderación de la pena prevista en el artículo 1.154 CC. Y ello porque si se le da al deudor la posibilidad de eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, es lógico que no se le permita moderar la misma. Permitir lo contrario supondría desvirtuar la función genérica coercitiva que cumple la cláusula penal en general. Por consiguiente, carecería de sentido insertarla en un contrato.

Así lo ha establecido reiteradamente la doctrina jurisprudencial al entender que en este tipo de cláusulas en realidad no estamos ante un incumplimiento del deudor, sino ante la “*facultas solutionis*” que se le ha concedido. De manera que el abono de la pena debe entenderse como un modo de cumplimiento del contrato y no como una reparación del menoscabo sustitutiva de los daños y perjuicios. Por ello, es improcedente la aplicación del artículo 1.154 CC habida cuenta que no estamos ante ningún incumplimiento.

Este argumento se ve reflejado en la STS 14 febrero 2000 [RJ 2000/1236]. En la misma, el TS argumenta que:

«[...] La cláusula de «comisión de terminación» es una especie de cláusula penal no incardinable en las de sustitución de indemnización de perjuicios, sino más bien en las de «pena de arrepentimiento», por lo que no encaja en el párrafo primero inciso primero del art. 1152 CC sino más bien en el art. 1153 (función liberatoria). Por ello no es preciso hacer labor exegética alguna en relación con los hipotéticos perjuicios. La alusión al art. 1154 CC resulta inadecuada porque

nos hallamos ante un caso de incumplimiento total, y no en el que prevé el precepto de obligación principal en parte o irregularmente cumplida [...]»⁸¹.

Asimismo, cabe realizar una especial mención a las SSTs 10 marzo 2014 [RJ 2014/1467] y 7 abril 2014 [RJ 2014/2184] porque ambas sientan doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

«Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos por negociación, en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes».

En ambas sentencias el supuesto de hecho es muy parecido y en las dos el TS se encarga de aclarar en primer término que se trata de un contrato por negociación al cual no le es de aplicación el TRLGDCU.

En la primera de ellas, el supuesto de hecho es el siguiente: Se celebra un contrato de prestación de servicios de mantenimiento de ascensores entre la mercantil Ascensores Zener Elevadores S.L.U y Sanitas Residencial S.L por un período de 10 años prorrogables, cuya cláusula 6ª (para lo que aquí interesa) dispone lo siguiente:

“En el supuesto de rescisión unilateral del contrato por alguna de las partes, la parte que rescinda indemnizará la otra parte, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada “.

Sanitas Residencial S.L rescinde unilateralmente el contrato sin respetar el preaviso que se pactó para ello por lo que, Ascensores Zener Elevadores S.L.U demanda por dicha resolución exigiendo el pago de la pena que ascendía a 65.540 €.

El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda y moderó la cantidad a 19.662 € por considerar que el plazo de duración del contrato (10 años) era excesivo. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Salamanca. Sin embargo, el TS la casa por entender que la misma vulnera la doctrina jurisprudencial establecida acerca de la inaplicación del art. 1.154 CC cuando se ha producido un incumplimiento

⁸¹ En el mismo sentido se pronuncia la STS 24 junio 2010 [RJ 2010/3902].

total. En consecuencia, estima íntegramente la demanda inicial y condena a Sanitas Residencial S.L al abono íntegro de la pena⁸².

Por lo que a la doctrina se refiere, existe amplio consenso en considerar que en este tipo de cláusulas no cabe la moderación de la pena⁸³. En concreto, la mayoría de los autores no consideran la pena de arrepentimiento como verdadera cláusula penal, sino como una obligación facultativa, por tanto, ajena a la aplicación de los preceptos que el CC destina a la regulación de cláusula penal⁸⁴.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no siempre ha sido pacífica y encontramos algunas excepciones.

La primera de ellas es la STS 12 diciembre 2008 [RJ 2008/8008] en la cual, a pesar de tratarse de un desistimiento unilateral de un contrato, el TS confirma la moderación realizada por la Audiencia Provincial de Madrid por aplicación analógica del art. 1.154 CC. Se trataba de un contrato de gestión integral de un edificio para el cual, el deudor se obligaba a administrar el inmueble con el máximo rendimiento económico. En el mismo, se estableció la siguiente cláusula:

“si la Hermandad (propietaria del inmueble) renuncia anticipadamente al presente contrato, Consejeros (deudor que se obliga a la administración del mismo) tendrá derecho a una indemnización, por todos los conceptos, equivalente a la cuantía fija total del año en curso”.

Se produjo ese desistimiento por parte de la propietaria del inmueble, por lo que la empresa obligada a prestar el servicio demandó reclamando la pena. A pesar de que de la lectura de la cláusula se desprende que estamos ante una auténtica pena de arrepentimiento, tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial y posteriormente el TS, moderaron la pena aplicando por analogía el artículo 1.154 CC.

Justifican su decisión en que la resolución producida no fue “*ad nutum*”, sino que se produjo por una pérdida de confianza entre los contratantes. En particular, el TS atendiendo a una interpretación de la relación sinalagmática de las obligaciones, establece

⁸² En el mismo sentido se pronuncia la STS 10 diciembre 2013 [RJ 2014/322].

⁸³ Vid. por todos, CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, *op.cit.*, pág.8.455 y MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op.cit.*, pág. 104.

⁸⁴ Véase notas 24 y 25.

que la causa de resolución del contrato que se produjo no fue la prevista por las partes en la pena al inicio sino otra cualitativamente distinta, esto es, “la denuncia con justa causa”.

La otra excepción se localiza cuando estamos ante un desistimiento unilateral del arrendatario porque entonces, en esos supuestos sí cabe la moderación de la pena pactada.

La STS 29 mayo 2014 [RJ 2014/3177] es una constatación de la reiterada doctrina jurisprudencial recaída al respecto.

Se trataba de un contrato de arrendamiento de local de negocio (en concreto cafetería) en un centro comercial, en principio, de 7 años de duración. En el mismo, se insertó la siguiente cláusula penal:

“Si la ARRENDATARIA decidiese resolver unilateral y anticipadamente el presente contrato, deberá pagar en concepto de indemnización una cantidad equivalente al resultado de multiplicar la última renta mínima garantizada anual por el número de años que restan hasta finalizar el contrato, prorrateándose los períodos inferiores al año”.

Como consecuencia de la poca rentabilidad económica que obtenían de su explotación, el arrendatario desistió unilateralmente del contrato por lo que el arrendador demandó exigiendo el abono de la pena la cual ascendía a 204.682,72 €. La sentencia de primera instancia declaró resuelto el contrato, pero moderó considerablemente la pena por considerar que, si bien se produjo el desistimiento unilateral, el arrendador no sufrió gran perjuicio porque poco después del desistimiento se realizó en el local una exposición que le permitió arrendarlo de nuevo. Esta decisión fue posteriormente confirmada tanto por la Audiencia Provincial de Murcia como por el TS.

Dicha doctrina jurisprudencial se basa en que el arrendatario, ya sea de vivienda o para uso distinto, se constituye como la parte débil de la obligación por lo que, cuando se pacta una pena convencional en un contrato de arrendamiento, a pesar del tenor literal del art. 1.152 CC, el arrendador debe probar un mínimo de daños y perjuicios producidos y no se debe aplicar este tipo de cláusulas de manera automática pues de lo contrario, estaríamos ante un posible enriquecimiento injusto. Finalmente sentencia el tribunal:

«No aparece sentencia alguna de esta Sala que en los casos de desistimiento, extinción de la relación arrendaticia anticipadas, sea de vivienda o de local de

negocio, sea de la Ley de 1964 o de 1994, haya aplicado de forma entera y automática la cláusula penal expresada en el contrato».

En estos casos, se puede concluir que dicha jurisprudencia supone una clara excepción a la regla general de no moderabilidad de la pena en supuestos de desistimiento unilateral.

A pesar de lo establecido por la doctrina jurisprudencial al respecto, esta es censurable al tratarse de un arrendamiento de finca para uso distinto del de vivienda, en el cual, conforme al artículo 4.3⁸⁵ LAU, no es de aplicación la normativa tuitiva del arrendatario de vivienda contenida en el Título II de la LAU.

iv. Cláusula penal moratoria.

Como se ha indicado, la cláusula penal moratoria es una figura jurídica de construcción particular, plenamente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que no se encuentra regulada en nuestro CC. A diferencia de lo que ocurre con el resto de cláusulas penales, esta se pacta exclusivamente para penalizar el mero retraso en el cumplimiento de una obligación (Vid. *supra*. II. 4). Por ello, a tenor de lo establecido en el artículo 1.154 CC, por su propia naturaleza no tiene cabida la moderación de la misma pues, en cuanto se produce la demora, ya existe un incumplimiento total.

Así lo han declarado reiteradamente tanto la doctrina⁸⁶ como la jurisprudencia. Existe copiosísima jurisprudencia que rechaza la moderación de la pena moratoria por entender que la misma se pactó para ese incumplimiento que se produce. En consecuencia, cuando estamos ante una pena moratoria, el incumplimiento siempre será total. Así, la STS 31 marzo 2010 [RJ 2010/4032], cuya doctrina jurisprudencial fue confirmada por la STS (Pleno) 17 enero 2012 [RJ 2012/287] estableció que:

«[En] la llamada cláusula penal moratoria no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 , ya que ésta se halla instituida sólo para

⁸⁵ Precepto que dispone lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil”.

⁸⁶ Vid. por todos, MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op.cit.*, págs. 138-140, y DÍAZ ALABART, Silvia, *op.cit.*, págs. 250-253.

el caso de inobservancia parcial o irregular, lo que no puede acaecer con la presencia de la cláusula moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora, al haberlo así pactado las partes, por el mero hecho de la demora en la observancia de la obligación, que, por sí solo, es inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del mentado artículo 1154 [...]»⁸⁷.

Por el contrario, existe una corriente jurisprudencial minoritaria que modera la pena *ex art.* 1.154 CC, argumentando que el incumplimiento tardío se puede considerar como incumplimiento irregular, encontrando así el encaje en los presupuestos de aplicación exigidos en el precepto⁸⁸.

Debemos advertir, que esta corriente jurisprudencial es fuertemente criticada por un sector de la doctrina por entender que, de ningún modo, ese razonamiento puede tener cabida en el artículo 1.154 CC porque entonces, se estaría desnaturalizando la función de la pena moratoria⁸⁹.

Asimismo, en la jurisprudencia también observamos ciertos supuestos de moderación de la pena moratoria pero no bajo los argumentos esgrimidos anteriormente, sino que modera por entender que se ha producido una alteración de los presupuestos base para los cuales se pactó la cláusula penal.

Así, la STS 4 febrero 2016 [RJ 2016/228] confirma la moderación de una pena moratoria realizada por la Audiencia Provincial de Madrid *ex art.* 1.154 CC por entender que, en dicho supuesto, no se moderó por tratarse de un incumplimiento parcial sino por el conjunto de problemas que se dieron en la ejecución de la obra. El supuesto de hecho es el siguiente:

Se trataba de un contrato de obra pública celebrado entre Dragados, S.A y Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, S.A (Paradores España en Adelante) para la

⁸⁷ En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 29 noviembre 1997 [RJ 1997/8441], 25 enero 2008 [RJ 2008/223], 1 junio 2009 [RJ 2009/3192], 12 julio 2011 [RJ 2011/5112], 17 abril 2015 [RJ 2015/2168] y (Pleno) 13 septiembre 2016 [RJ 2016/4107].

⁸⁸ En este sentido se pronuncian las SSTS 27 febrero 2004 [RJ 2004/1437], 17 junio 2004 [2004/3625] y 27 abril 2005 [RJ 2005/3769].

⁸⁹ Vid. por todos, ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *op.cit.*, págs. 1.655-1683 y ESPÍN ALBA, Isabel, *op.cit.* pág.50. En particular, MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op.cit.*, pág. 139, establece que dicha corriente jurisprudencial: «[...] vulnera el principio de la autonomía privada, ya que abiertamente alcanza una solución contraria a la voluntad original de los contratantes [...]».

construcción de un parador en el cual se estipuló (para lo que aquí interesa) la siguiente cláusula penal:

«En el caso de existir retrasos imputables a Dragados, S.A. por modificación del plan de trabajos, se aplicará una penalización por día natural de retraso respecto de los hitos principales establecidos en el anexo I de este contrato. La cuantía de dicha penalización diaria será de la resultante de multiplicar 3000 € por la parte proporcional de obra ejecutada en el momento en que se valora el retraso [...]».

Durante el desarrollo de la obra, Dragados S.A tuvo numerosos problemas para su ejecución, por lo que terminó demandando a Paradores España suplicando la liquidación de la parte de la obra ejecutada hasta la fecha. A dicha demanda contestó Paradores España oponiéndose a la misma y reconviniendo para que fuera de aplicación la cláusula penal transcrita.

El juzgado de primera instancia estimando en parte la demanda y en parte la reconvención, condenó a Dragados al pago de 367.256,91 € en concepto de cláusula penal. En consecuencia, Dragados recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid estimando el mismo, redujo levemente la cuantía de la pena y condenó al abono de 351.091,91 € no por interpretar que hubo cumplimiento parcial, sino por aceptar como hechos probados los argumentos expuestos por Dragados S.A acerca de los avatares y complicación sufridas en la ejecución de la obra como fueron encargos de trabajos a terceros que a su vez provocaron retrasos, reparación, sustituciones, etc.

Finalmente, el TS confirma la decisión de la Audiencia Provincial por entender que tal moderación se produjo: «[...] en base a la apreciación discrecional de las circunstancias concurrentes, quedando a la discrecionalidad del juez la entidad de la moderación [...]»⁹⁰.

A modo de conclusión, podemos extraer el principio general de no moderabilidad de la pena moratoria salvo las excepciones ya vistas.

⁹⁰ Vid. supra. III. 1 donde se señaló que el juicio de equidad es facultad del juez *a quo*, no revisable en casación. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 28 septiembre 2006 [RJ 2006/6390], 10 diciembre 2009 [RJ 2010/852] y 4 diciembre 2014 [Roj: STS 4866/2014]. Todas ellas entienden que se alteraron los supuestos base para los cuales la pena se acordó.

4. Propuestas de reforma del libro IV del Código Civil.

Una vez analizada la regulación acerca de las obligaciones con cláusula penal que establece el Código Civil y la jurisprudencia recaída sobre ella, sobre todo a efectos de moderación de la pena, en este apartado se procederá a comentar dos propuestas de reforma del Derecho de Obligaciones y contratos que, de llegar a buen término, arrojarían luz a la materia, o al menos no daría lugar a tantas interpretaciones.

i. Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009).

La primera de ellas es la “Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, perteneciente al Ministerio de Justicia que se publicó en 2009.

En ella, en lo que a este trabajo interesa, se realiza una nueva redacción del articulado de las obligaciones con cláusula penal, pasando a situarse en los artículos 1.146 a 1.152 CC, en vez de en los artículos 1.152 a 1.155 CC donde se encuentran en la actualidad. Como puede observarse, se propone que la regulación de la materia se recoja en siete preceptos *versus* los cuatro vigentes, lo cual, ya arroja una pista de que se trata de una ordenación más exhaustiva.

A continuación, procederemos a analizar los artículos que se proponen, realizando especial mención a las diferencias de fondo con la regulación vigente.

Así, el nuevo artículo 1.146 CC establecería 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.

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.”

Al igual que sucede con el vigente artículo 1.152 CC, la regla general sigue siendo que la función de la pena sea la sustitutiva de daños y perjuicios, estableciendo para la pena cumulativa la necesidad de pacto expreso. Parece ser que al emplear el término “carácter penal”, este se refiere a la pena cumulativa, solucionando así el problema terminológico actual y otorgándole a ésta una función estrictamente coercitiva.

Asimismo, se regula expresamente la ausencia de necesidad de probar tales daños y perjuicios cuando se estipula una pena, cuestión respecto de la que nada dice el precepto actual, y que se ha encargado la jurisprudencia de clarificar, estableciendo esa obligación para la aplicación del artículo 1.101 CC.

Del mismo modo, en el segundo párrafo se sigue permitiendo la cláusula penitencial o de desistimiento en los mismos términos en que lo hace el artículo 1.153 párrafo 1º CC.

El artículo 1.147 CC establecería que:

“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.”

Este precepto se encarga de regular algo que ya ha establecido la jurisprudencia como es la imposibilidad de reclamar la pena más los daños y perjuicios cuando estos sean mayores a aquella. La novedad radica en que este nuevo precepto abre expresamente la puerta a que esta regla pueda excluirse voluntariamente por las partes.

Asimismo, el artículo 1.148 CC establecería lo siguiente:

“El acreedor solo 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.”

Este artículo intenta clarificar cuando se puede exigir la pena estableciendo expresamente que será necesaria la culpa del deudor. Pero, en este punto, el tenor literal del precepto más que clarificar, lo que hace es abrir la puerta a la interpretación. Y ello porque, mientras que en el primer párrafo utiliza el termino genérico “imputable al deudor” el cual, puede ser por culpa o negligencia, solo requiere que se le pueda atribuir a este; en

el segundo párrafo utiliza el término más restrictivo “culpa del deudor”, lo que implicaría introducir de manera expresa el dolo⁹¹.

El artículo 1.149 CC establecería lo siguiente:

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

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

En mi opinión este artículo rompe totalmente con la regulación actual de la pena cumulativa, la cual precisamente permite la exigencia conjunta del cumplimiento de la obligación y la pena pactada. Sin embargo, sí entra a regular las penas moratorias estableciendo que se podrá exigir la resolución del contrato por incumplimiento más la pena.

El artículo 1.150 CC -actual 1.154 CC- se encarga de regular la moderación de la pena, y lo hace en los términos siguientes:

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

Sin duda esta regulación pretende acabar con el problema existente de la imposibilidad de moderación de las penas excesivas o desproporcionadas *ex art.* 1.154 CC, introduciendo la moderación por razones de equidad. Sin embargo, nada dice acerca de qué sucede en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación que son los presupuestos actuales. Por tanto, esta propuesta intenta solucionar el problema existente y a la vez, sin pretenderlo, crea una laguna jurídica.

⁹¹ En este sentido se pronuncia MARÍN GARCÍA, Ignacio, *op.cit.*, págs. 163-164. Manifiesta que este artículo no es más que una remisión al régimen general de obligaciones establecido en el artículo 1.152 párrafo 2º CC, en relación con los artículos 1.101, 1.102 y 1.105 CC.

Por último, el artículo 1.151⁹² CC relativo a la accesoriedad de la cláusula equivaldría al 1.155 CC vigente, y el 1.152⁹³ CC se encarga de regular las arras, son dos artículos que no procedemos a desarrollar por no ser objeto del presente estudio.

ii. Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018).

La segunda propuesta de reforma es la elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil publicada en mayo de 2018⁹⁴. Se trata de un proyecto académico realizado por más de 80 profesores de Derecho de las distintas universidades españolas entre catedráticos y profesores titulares de Derecho Civil⁹⁵.

Al igual que sucedía con el apartado anterior, se propone una nueva regulación de las cláusulas penales recogida en los artículos 519-9 a 519-14, con un aumento así de regulación en dos preceptos frente a la normativa vigente.

En el primero de ellos se establece una clasificación de las distintas cláusulas que se permiten, así como la función que cumple cada una de ellas. Así, el artículo 519-9 CC se propone en los siguientes términos:

⁹² Precepto que dispondría lo siguiente:

*“La nulidad de la cláusula de fijación de indemnización o de pena no lleva consigo la de la obligación principal.
La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.”*

⁹³ El cual establecería:

*“La atribución que una de las partes realice en 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.”*

⁹⁴ Vid. Asociación de Profesores de Derecho Civil, “Propuesta de Código Civil”, 2018, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2018.

⁹⁵ Conforme a su exposición de motivos:

“Es preciso un texto redactado de manera coherente y que responda a un mismo impulso de modernización. La regulación de algunas materias decisivas es inexistente o insuficiente [...]. En algunos ámbitos el Código no responde a las actuales necesidades sociales y económicas, y se aleja de criterios compartidos en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico y cultural [...]”

- “1. Las cláusulas penales pueden ser liquidatorias, punitivas o facultativas.*
- 2. En la cláusula liquidatoria las partes fijan la indemnización para el caso de incumplimiento, que sustituye a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos.*
- 3. En la cláusula punitiva las partes prevén para el caso de incumplimiento una prestación que por su cuantía o características cumple la función de sancionar al deudor.*
- 4. En la cláusula de desistimiento o facultativa el deudor puede eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida.*
- 5. La cláusula penal se entiende liquidatoria, salvo que las partes la hubieran asignado expresamente otra función.”*

En la clasificación que se propone no se hace referencia alguna a la pena moratoria. Habida cuenta que es plenamente aceptada tanto por doctrina y jurisprudencia, no se entiende por qué no se ha incluido en la clasificación, cuando además es prevista posteriormente como veremos a continuación. Del mismo modo, en su apartado 5º, se sigue estableciendo como regla general que la pena se entiende sustitutiva de daños y perjuicios salvo que las partes le hubiesen otorgado otra función.

Asimismo, se prevé expresamente la imposibilidad de exigir la pena y la indemnización de daños y perjuicios cuando estos resulten ser de mayor cuantía. Así se establece en el artículo 519-10 CC:

“La cláusula liquidatoria impide al acreedor exigir una cantidad por el mayor daño, salvo que otra haya sido la voluntad expresa de las partes o que el incumplimiento sea intencional.”

El artículo 519-11 CC hace referencia a la exigencia de la cláusula penal:

“El acreedor no puede exigir la cláusula penal en los casos en los que el deudor quede exonerado del daño conforme a este Código.”

A diferencia de lo que ocurría con la anterior propuesta, en esta queda claro que se quiere excluir expresamente el pago de la pena en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor (cfr. Art. 1.105 CC). *A sensu contrario*, de la redacción del precepto se desprende que solo se podrá exigir la pena en caso de dolo.

En el artículo 519-12 CC, se introduce someramente la regulación de la pena moratoria estableciendo que además se podrá exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato.

“Salvo que de la función asignada a la pena por el contrato resulte otra cosa, la cláusula penal prevista para el caso de retraso es compatible con los remedios ordinarios por incumplimiento.”

El artículo 519-13 se encarga de regular la moderación judicial de la pena y lo hace en los siguientes términos:

“El juez debe modificar equitativamente las penas punitivas manifiestamente excesivas, así como las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.”

De nuevo, con esta propuesta se intenta solucionar el mayor problema que hoy en día existe con la regulación de las obligaciones con cláusula penal, pero, al no incluir también los presupuestos actuales, creo que más que solucionar, crean un nuevo problema.

Por último, el artículo 519-14 regula la accesoriedad de la cláusula penal con respecto a la obligación principal en los mismos términos que el actual 1.155 CC.

A modo de conclusión, se puede decir que ambas propuestas, con pequeños matices, siguen la misma línea de reforma. En las mismas, llama la atención que no se aproveche la ocasión en ninguna de ellas para ofrecer de una vez por todas, una definición de cláusula penal. Así como que, a mi modo de ver, sigue siendo una regulación incompleta que deja muchos de los problemas actuales sin resolver como, por ejemplo, no estableciendo una regulación más clara de las penas moratorias o en ciertos casos, desvirtuando la propia función coercitiva de la pena cumulativa. Al tratarse de propuestas, habrá que ver si finalmente llegan a convertirse en texto legislativo.

IV. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Código Civil no ofrece ninguna definición de cláusula penal, siendo doctrina y jurisprudencia quienes se han encargado de desarrollar el concepto. Así, la cláusula penal puede definirse como una obligación accesoria de un negocio jurídico que tiene como fin asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Por tanto, su función genérica es la de garantía cuyo contenido consiste, por lo general, en la entrega de una suma de dinero.

SEGUNDA.- Los distintos tipos de cláusula penal que se permiten en nuestro ordenamiento jurídico son:

- cláusula penal sustitutiva, cuya función es la liquidatoria de daños y perjuicios;
- cláusula penal cumulativa, cuya función coercitiva permite exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y la pena;
- cláusula penal penitencial o de desistimiento, cuya función liberatoria permite eximir al deudor del cumplimiento de la obligación abonando la pena; y
- cláusula penal moratoria, la cual, aunque no se encuentre regulada en nuestro CC, es plenamente aceptada tanto por doctrina como por jurisprudencia, siendo aquella que se pacta para sancionar el mero retraso en el cumplimiento de la obligación.

TERCERA.- Como regla general, si de la cláusula penal no se desprende claramente cuál es su función, esta será sustitutiva de los daños y perjuicios ya que, conforme al artículo 1.153 CC, tanto la pena de desistimiento, como la pena cumulativa, deben constar de manera expresa en el contrato. Siendo la pena cumulativa la más gravosa para el deudor, cierto sector doctrinal la considera como la verdadera cláusula penal.

CUARTA.- A diferencia de lo que sucede con el artículo 1.101 CC, cuando se asegura un negocio jurídico con la inserción de una cláusula penal se le exime al acreedor de la necesidad de probar los daños y perjuicios sufridos.

QUINTA.- Atendiendo al principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro Derecho de contratos, los contratantes pueden establecer los pactos y cláusulas que tengan por conveniente. Ello provoca que, en ocasiones, se puedan establecer penas que resulten desproporcionadas. Por ello, cuando esta resulte excesiva, su límite lo podemos encontrar

tanto en la Ley de Usura como en el TRLGDCU cuando esta última se haya celebrado entre un empresario y un consumidor.

SEXTA.- El artículo 1.154 CC tiene carácter imperativo por lo que, podrá ser aplicado incluso de oficio, siempre y cuando se cumplan los presupuestos exigidos en el precepto para ello. Estos requisitos son: cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Sin embargo, la propia moderación de la pena, es una potestad discrecional que se deberá ejercitar atendiendo al caso concreto.

SÉPTIMA.- Existe unanimidad tanto en doctrina como en jurisprudencia al considerar que la moderación de la pena es una facultad otorgada al juez *a quo* y, por consiguiente, no revisable en casación. Sólo se podrá revisar en casación cuando lo que discuta sea la debida aplicación o no del precepto.

OCTAVA.- Conforme a la regulación actual, la moderación de la pena consiste en realizar una ponderación entre lo cumplido y lo dejado de cumplir. De manera que, no cabrá hacer uso de la misma cuando estemos ante un incumplimiento total o parcial, cuando expresamente la pena se pactó para éste, a pesar de que a veces se produzcan excepciones y el TS proceda a moderar atendiendo a las circunstancias del caso.

En tal caso, existen otras vías de moderación de la pena como pueden ser los artículos 1.103 y 1.258 CC, opciones que gozan de una gran acogida en la doctrina, pero no en la jurisprudencia.

NOVENA.- Se podrán moderar las penas sustitutivas y cumulativas cuando estemos ante un cumplimiento parcial o irregular de la obligación.

Sin embargo, no podrán moderarse las penas de desistimiento y moratorias habida cuenta que, conforme a su propia definición, quedan excluidas de la aplicación del artículo 1.154 CC ya que, cuando estemos frente a estas cláusulas, siempre estaremos ante un incumplimiento total. Suponen una excepción a la regla general de inmoderabilidad de las penas de desistimiento y moratorias aquellos supuestos de desistimiento unilateral del arrendatario en contratos de arrendamiento por ser este la parte débil de la operación.

DÉCIMA.- Tanto la propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos (2009), como la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018), pretenden acabar con la problemática

actual para el caso de la no moderación de las penas desproporcionadas cuando no se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 1.154 CC, introduciendo la moderación por razones de equidad. Sin embargo, ambas se olvidan de incluir los requisitos actualmente exigidos.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y SANTOS BRIZ, Jaime, *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo IV (artículos 1.088 a 1.444), Ed, Trivium 1991.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil II*, Derecho de Obligaciones, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel, “la penal convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria”, *ADC*, tomo LXII, fasc. IV.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, “*Propuesta de Código Civil*” 2018, Ed, Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.) *Manual de Derecho Civil: Obligaciones*, 4ª ed., Ed. Bercal S.A, Madrid 2017.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “Comentarios a los artículos 1.152 a 1.155 CC”, en PAZ-ARES, Cándido, DÍEZ-PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALVADOR, Pablo, *Comentario del Código Civil*, TOMO II, Ed. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones 1991.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI (Artículos 1.043 a 1.264), Tirant lo Blanch tratados, Valencia 2013.
- DÍAZ ALABART, Silvia, *La cláusula penal*, Ed. Reus, Madrid, 2011.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Comentarios al artículo 1.154 CC” en *Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Aranzadi, 3ª ed, 2009.

- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tomo 1, El contrato en general. La relación obligatoria, 11ª ed., Ed. Tecnos, 2016.
- ESPÍN ALBA, Isabel, *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*, Ed. Marcial pons, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *Código Civil*, 9ª Ed., Thomson Aranzadi, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II Derecho de Obligaciones Vol.1º, 5ª ed, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- LÓPEZ-DÁVILA AGÜEROS, Félix, “Cláusula penal e indemnización por daños y perjuicios, ¿se pueden anular o son excluyentes?”, *Blog jurídico Sepin*, 28 mayo 2018, editorial jurídica Sepin.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio, “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret* 2/2009 (www.indret.com).
- MARÍN GARCÍA, Ignacio, *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, 9ª Colección de Derecho Privado, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- O`CALLAHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 5ª ed., LA LEY grupo Wolters Kluwer, 2006.
- SANZ VIOLA, Ana María, *La cláusula penal en el Código Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- TRIMARCHI, Michele, *La clausola penale*, Giuffrè, Milán, 1954.

VI. JURISPRUDENCIA.

- STS 8 de enero de 1945, [RJ 1945/7].
- STS 3 de marzo de 1956, [RJ 1956/1141].
- STS 11 de marzo de 1957, [RJ 1957/751].
- STS 4 de noviembre de 1958, [RJ 1958/3432].
- STS 17 de febrero de 1959, [RJ 1959/1067].
- STS 21 de febrero de 1969, [RJ 1969/967].
- STS 20 de noviembre de 1970, [RJ 1970/4825].
- STS 6 de octubre de 1976, [RJ 1976/3877].
- STS 6 de mayo de 1977, [RJ 1977/1950].
- STS 28 de noviembre de 1978, [RJ 1978/4293].
- STS 30 de junio de 1981, [RJ 1981/2622].
- STS 20 de mayo de 1986, [RJ 1986/2734].
- STS 27 de noviembre de 1987, [RJ 1987/8701].
- STS 25 de marzo de 1988, [RJ 1988/2474].
- STS 19 de febrero de 1990, [RJ 1990/700].
- STS 13 de marzo de 1990, [RJ 1990/1691].
- STS 26 de diciembre de 1990, [RJ 1990/10374].
- STS 4 de febrero de 1991, [RJ 1991/704].
- STS 4 de abril de 1991, [RJ 1991/2641].
- STS 28 de enero de 1992, [RJ 1992/271].
- STS 8 de febrero de 1993, [RJ 1993/690].
- STS 11 de febrero de 1993, [RJ 1993/1457].
- STS 25 de enero de 1995, [RJ 1995/166].
- STS 23 de febrero de 1996, [RJ 1996/1587].
- STS 12 de diciembre de 1996, [RJ 1996/8976].

- STS 29 de noviembre de 1997, [RJ 1997/8441].
- STS 12 de enero de 1999, [RJ 1999/36].
- STS 3 de noviembre de 1999, [RJ 1999/8859].
- STS 14 de febrero de 2000, [RJ 2000/1236].
- STS 9 de octubre de 2000, [RJ 2000/8139].
- STS 6 de mayo de 2002, [RJ 2002/3675].
- STS 27 de febrero de 2004, [RJ 2004/1437].
- STS 29 de marzo de 2004, [RJ 2004/2049].
- STS 17 de junio de 2004, [2004/3625].
- STS 27 de abril de 2005, [RJ 2005/3769].
- STS 13 de julio de 2006, [RJ 2006/4507].
- STS 28 de septiembre de 2006, [RJ 2006/6390].
- STS 18 de diciembre de 2006, [RJ 2007/276].
- STS 4 de enero de 2007, [RJ 2007/1101].
- STS 4 de octubre de 2007, [RJ 2007/6797].
- STS 17 de octubre de 2007, [RJ 2007/7307].
- STS 25 de enero de 2008, [RJ 2008/223].
- STS 15 de octubre de 2008, [RJ 2008/5692].
- STS 12 de diciembre de 2008, [RJ 2008/8008].
- STS 10 de marzo de 2009, [RJ 2009/2386].
- STS 26 de marzo de 2009, [RJ 2009/2387].
- STS 22 de abril de 2009, [RJ 2009/4730].
- STS 1 de junio de 2009, [RJ 2009/3192].
- STS 10 de diciembre de 2009, [RJ 2010/852].
- STS 29 de enero de 2010, [RJ 2010/164].
- STS 31 de marzo de 2010, [RJ 2010/4032].

- STS 24 de junio de 2010, [RJ 2010/3902].
- STS 2 de julio de 2010, [RJ 2010/5698].
- STS 1 de octubre de 2010, [RJ 2010/7307].
- STS 5 de octubre de 2010, [RJ 2010/8008].
- STS 28 de octubre de 2010, [RJ 2010/7613].
- STS 20 de abril de 2011, [RJ 2011/3597].
- STS 4 de mayo de 2011, [RJ 2011/3728].
- STS 12 de julio de 2011, [RJ 2011/5112].
- STS (Pleno) 17 de enero de 2012, [RJ 2012/287].
- STS 15 de febrero de 2012, [RJ 2012/2043].
- STS 22 de marzo de 2012, [RJ 2012/5572].
- STS 23 de octubre de 2012, [RJ 2013/1542].
- STS 5 de febrero de 2013, [RJ 2013/928].
- STS 17 de septiembre de 2013, [RJ 2013/6826].
- STS 20 de noviembre de 2013, [RJ 2014/448].
- STS 10 de diciembre de 2013, [RJ 2014/322].
- STS 10 de marzo de 2014, [RJ 2014/1467].
- STS 17 de marzo de 2014, [RJ 2014/1505].
- STS 31 de marzo de 2014, [RJ 2014/1946].
- STS 7 de abril de 2014, [RJ 2014/2184].
- STS (Pleno) 15 de abril de 2014, [RJ 2014/3122].
- STS 21 de abril de 2014, [RJ 2014/3281].
- STS 29 de mayo de 2014, [RJ 2014/3177].
- STS 11 de noviembre de 2014, [RJ 2014/5902].
- STS 24 de noviembre de 2014, [RJ 2014/6000].
- STS 4 de diciembre de 2014, [Roj: STS 4866/2014].

- STS 17 de abril de 2015, [RJ 2015/2168].
- STS (Pleno) 22 de abril de 2015, [Roj: STS 1723/2015].
- STS 3 de junio de 2015, [RJ 2015/2735].
- STS 18 de junio de 2015, [RJ 2015/2763].
- STS 21 de enero de 2016, [RJ 2016/21].
- STS 4 de febrero de 2016, [RJ 2016/228].
- STS 3 de marzo de 2016, [RJ 2016/956].
- STS 30 de marzo de 2016, [Roj: STS 1326/2016].
- STS (Pleno) 13 de septiembre de 2016, [RJ 2016/4107].
- STS 24 de febrero de 2017, [RJ 2017/821].
- STS 14 de febrero de 2018, [RJ 2018/637].
- STS 6 de junio de 2019, [RJ 2019/2734].