

La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La proliferación de cláusulas penales en todo tipo de contratos responde a su utilidad práctica. A menudo, el régimen legal de responsabilidad contractual es por sí solo insuficiente para tutelar con eficacia los intereses del acreedor. De ahí la conveniencia de estipular garantías concretas, entre las que se cuenta la pena convencional. Su funcionalidad es doble: refuerza la obligación principal, mediante la amenaza al deudor de una pena rigurosa en caso de incumplimiento, y, en caso de no lograr ese objetivo primario, permite al acreedor exigir la indemnización prevista sin necesidad de probar la existencia y cuantía del daño. Pese a sus aspectos positivos, la pena convencional plantea la cuestión de conciliar el respeto a los pactos libremente estipulados por los contratantes y la exclusión de penas excesivas, que puedan beneficiar desproporcionadamente a una de las partes a costa de la otra. En pos de ese equilibrio, algunos Códigos civiles conceden a los tribunales la facultad de moderar penas exorbitantes. La figura se contempla asimismo en el artículo 9:509 de los «Principios del Derecho Europeo de Contratos» y en el Libro III, artículo 3:710 de la propuesta de «Marco Común de Referencia». El Código civil español, sin embargo, no reconoce un poder semejante a los jueces, sino que lo limita a una posible modificación de la pena para ajustarla al grado de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal por el deudor. El presente trabajo estudia esta facultad judicial, su alcance y ejercicio, en relación con la jurisprudencia reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con especial atención a las denominadas penas moratorias. La materia permite reflexionar sobre la facultad concedida a los jueces por el legislador y el riesgo de que, mediante un eventual uso que sobrepase las previsiones legales, aquéllos puedan desvirtuar la regulación de sus intereses establecida por los contratantes. Estas páginas exponen asimismo la regulación de la cláusula penal contenida en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

PALABRAS CLAVE

Cláusula penal sustitutiva y cumulativa; Incumplimiento de contrato; Facultad judicial de modificación; Cumplimiento parcial o irregular; Pena convencional desproporcionada; Pena moratoria y su moderación.

ABSTRACT

It is common for the parties to a contract to include a stipulated payment clause which may play a double role. First, it fixes the compensation to be paid to the creditor in the event of non-performance, partial, defective or delayed performance by the debtor («liquidated damages clause»), avoiding the difficulties, delays and expenses involved in proving the amount of the loss suffered. Second, the mentioned stipulation is a way to prompt the debtor to perform proper and voluntarily his contractual obligation when the penalty is heavy (strict «penalty clause»). Nevertheless, it is well known that allowing the parties a complete freedom to fix the sum payable for a debtor who fails to perform his obligation, may lead to excessive penalties. So that, it is necessary to balance two principles: the parties freedom to stipulate the terms of the contract, as well as the rule «pacta sunt servanda», and the reject of those clauses specifying a sum which proves to be grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance. Under several civil law codes, the Principles of the European Contract Law (art. 9:509) and the Draft Common Frame of Reference (III-3:710) the court may reduce the stipulated amount to be paid where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance. However, as per the Spanish civil code, the court may only reduce such amount where the obligation has been performed partly or irregularly. These pages analyse this power of the courts and its exercise in the context of the last twelve years Spanish Supreme Court judgments, paying special attention to those clauses stipulated for the event of delayed performance. The subject matter of this article leads to reflecting on this judicial review, since it should always respect the intention of the parties to deter the breach of contract effects and therefore should not reduce the amount to be paid to the actual loss suffered by the creditor. This article states as well the new penalty clause regime included in the recent Tentative Draft Bill for the Modernization of the Spanish Civil Code on Contracts.

KEY WORDS

Liquidated damages clause and strict penalty clause; Breach of contract; Court's power to review the stipulated sum; Partial or irregular performance; Grossly excessive stipulation; Delayed performance clause and its modification.

SUMARIO: I. *Consideraciones generales*.—II. *Pena convencional y cláusula penal*: 1. Constitución de la pena convencional. 2. Caracteres y validez de la cláusula penal. 3. Las clases de pena convencional y sus funciones. 4. La aplicación de la cláusula penal: incumplimiento y exigibilidad.—III. *Modificación judicial de la pena convencional*: 1. El artículo 1154 del Código civil. 2. Configuración legal de la facultad judicial de revisión de la pena. 3. Presupuestos de la modificación judicial: el cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. 4. Incumplimiento total y modificación de penas desproporcionadas. 5. Cláusulas penales abusivas y usurarias.—IV. *La pena moratoria y su moderación*: 1. La pena moratoria como modalidad de pena convencional. 2. La pena moratoria y el artículo 1154 del Código civil. 3. Delimitación del ámbito temporal de aplicación de la pena moratoria. 4. La jurisprudencia reciente: tendencias en el ejercicio de la facultad moderadora.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La existencia de la pena privada, como medida sancionadora del incumplimiento de los pactos, parece remontarse a tiempos muy anteriores al Derecho romano¹. En el seno de este último, Betti² afirma que la pena convencional fue originariamente el «precio del rescate», puesto que consistía en la promesa —«*sponsio-stipulatio poenae*»— de pago de una suma pecuniaria, realizada al acreedor por un tercero distinto del deudor, para rescatar a éste de la ejecución sobre su persona en caso de que no cumpliera una obligación. En la época clásica, la «*stipulatio poenae*» se utilizaba como compromiso asumido por el propio deudor bajo dos modalidades. La primera, consistía en la promesa de pagar una suma de dinero, la penal, en caso de no producirse un evento o conducta determinados. La segunda, germen de nuestra actual cláusula penal, incluía dos estipulaciones conectadas entre sí: una, creadora de un vínculo u obligación principal; otra, prevista para el caso de incumplir la obligación principal, consistente en el pago de la pena como sanción a dicho incumplimiento. Esta segunda variante parece que se convirtió en un medio usual para facilitar el resarcimiento de daños contractuales mediante la previa fijación de su importe, sin perjuicio de la posibilidad de las partes de acumular ese resarcimiento y el pago de la pena, salvo en el supuesto de que la «*stipulatio poenae*» se hubiera añadido a un «*pactum*» o contrato de buena fe, en la que no era admisible tal acumulación.

¹ Documentos babilonios y griegos aludían a ella, *vid.*, ZOPPINI, Andrea: *La pena contrattuale*, Milán 1991, p. 24.

² BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, II, Padua 1960, p. 140 (*vid.*, L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 2008, p. 458).

El carácter represivo históricamente atribuido a esta figura y su utilización como instrumento para eludir la prohibición de préstamos usurarios³, llevaron al Derecho canónico a establecer ciertas reglas tendentes a invalidar cláusulas penales «*in fraudem usurarum appo-sita*». Como consecuencia de estas ideas, la doctrina canonista⁴ sólo admitió la validez de penas convencionales que estipularan una valoración anticipada de los daños derivados del incumplimiento y cuyo importe no superara el doble del «*id quod interest*». Sobre pasado dicho límite, la pena podía ser modificada a la baja por los jueces. Producto de este proceso es la transformación de la cláusula penal: reduce sus tintes punitivos y prevalece su carácter resarcitorio, como sistema de fijación previa de la indemnización por daños y perjuicios. A partir de este momento, se hace posible su moderación judicial, no permitida mientras mantuvo su naturaleza punitiva.

Los principios expuestos fueron incorporados posteriormente al Código civil francés⁵ y a diversos Códigos civiles europeos. Sin embargo, en el derecho inglés su arraigo fue más intenso, pues condujo al rechazo de la figura denominada «penal bond». Así, la cláusula penal reconocida por el «*common law*» desde el siglo XIII, fue limitada ya en el siglo XVII por las reglas de la «*equity*», que rechazaran las cláusulas penales puras («*penalties*») admitiendo únicamente las encaminadas a establecer una mera valoración anticipada de los daños y perjuicios («*liquidated damages*») sin alcance punitivo⁶.

En los países donde la pena convencional se admite legalmente, ésta ha sido objeto de crítica por algunos sectores doctrinales, que

³ Aplicada a los clérigos desde el Concilio de Nicea, en el año 325, y extendida a los laicos en 789 por el Sínodo de Aquisgrán.

⁴ Considerando que «resarcir» los daños y perjuicios no es usura en la medida en que no suponga añadir nada al capital, configura este resarcimiento mediante la figura del «*interesse*», basada en el concepto romano del *id quod interest*, es decir, el equivalente pecuniario de la prestación no cumplida. En consecuencia, San Raimundo de Peñafort, en la Magna Glosa, considera que la *stipulatio poenae* puede ser lícita si se le otorga el mismo tratamiento que al *interesse*, es decir, si se configura con carácter reparador de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

⁵ Como una consecuencia más de la influencia de POTHIER sobre el codificador francés de 1804. Según este autor, «Tratado de las obligaciones», tomo I, V, p. 297, la pena estipulada por las partes puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva. Esta regla procedía de una opinión del canonista y civilista DUMOULIN (Tratado *De eo quod interest*), fundada en la idea de que la naturaleza de la pena es suplir los daños y perjuicios, lo que determina que, cuando sea excesiva, habrá de reducirse.

⁶ Una regla semejante rige en Estados Unidos, cuyo *Uniform Commercial Code* (párrafo 2-716) dispone:

«Los daños por incumplimiento de cualquiera de las partes pueden ser liquidados mediante acuerdo pero sólo en una suma que sea razonable atendiendo a los daños previstos o reales causados por el incumplimiento, a las dificultades de probar la pérdida y a los inconvenientes o imposibilidad de obtener de otro modo una satisfacción adecuada. La cláusula que establezca una suma indemnizatoria irrazonablemente alta será nula por constituir una penalización».

la han considerado arcaica y poco acorde con un sistema jurídico demasiado evolucionado para acoger este tipo de sanciones. En efecto, la idea de pena privada se integra mal en una dogmática que no concibe que un particular pueda imponer a otro un castigo con eficacia jurídica. Por ello, ha sido tachada de innecesaria en los ordenamientos jurídicos modernos, que regulan un acabado sistema de responsabilidad contractual donde se establecen, además de la responsabilidad universal del deudor, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones convencionales. Recordemos que Ihering, en 1852 y en su obra *El espíritu del Derecho Romano*, pronosticaba una tendencia a la desaparición de las penas, incluidas las privadas, al afirmar: «Las penas decrecen a medida que la idea del derecho va creciendo».

Estas predicciones, con independencia de su vigencia en materia de responsabilidad penal, no se han hecho realidad en el ámbito del Derecho privado contractual. Pese a sus connotaciones históricas, la pena convencional ha sido mantenida por el legislador dentro de distintos sistemas de Derecho privado positivo, en cuyo seno, según De Cupis⁷, «no tiene nada de penal», a pesar de su nombre, sino que opera como un instituto destinado a liquidar anticipadamente el daño⁸.

Es cierto que la pena convencional constituye hoy, fundamentalmente, un mecanismo de modificación pactada del sistema legal de indemnización de daños contractuales⁹. Por medio de ella, si el deudor incumple, el acreedor recibe el *quantum* fijado por las partes, sin necesidad de probar la cuantía del daño efectivamente sufrido. Ahora bien, si las partes lo hubieren pactado, a dicho importe se sumará el resarcimiento de daños ulteriores. Por lo tanto, jurídicamente puede ser considerada también, al menos en el sistema del Código civil español, como una sanción contractual del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso¹⁰, «de ahí su nombre de pena y de multa convencional»¹¹.

La vigencia actual de la cláusula penal se refleja, asimismo, en el hecho de haber sido recogida, aunque sin utilizar tal denomina-

⁷ DE CUPIS, A.: *Il danno*, vol. I, Milán, 1979, p. 527.

⁸ También MONTÉS PENADÉS, Vicente: *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001, p. 170, afirma: «A pesar de su denominación, esta garantía no consiste nunca en una verdadera pena, ni se basa en la idea de sanción o castigo».

⁹ En este sentido, *vid.*, LOBATO, Jesús María: *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974, pp. 24-26.

¹⁰ Según RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: Sobre la cláusula penal en el Código civil, en *ADC*, 1993, p. 514, la cláusula penal se caracteriza por ser una regla negocial cuyo objeto es establecer una pena para el caso de no cumplir la obligación, cumpliendo cuanto menos una función preventiva en la medida que se refuerza la pretensión principal amenazando al deudor con un previsible agravamiento de su responsabilidad.

¹¹ Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 2008, p. 457.

ción, por el artículo 9:509 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*¹², bajo el epígrafe «Pago convenido para el caso de incumplimiento», al que más adelante aludiremos. La pena convencional está contemplada igualmente en el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT, sobre Contratos Comerciales Internacionales, bajo el epígrafe «Pago estipulado para el incumplimiento»; y, con igual denominación, en el Libro III, artículo 3:710, de la Propuesta de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo¹³.

Con anterioridad a la publicación de estos textos, el Consejo de Europa, en Resolución de 20 de enero de 1978¹⁴, considerando indispensable un control judicial sobre las cláusulas penales exorbitantes, así como la conveniencia de unificar criterios en materia de cláusula penal entre los Estados comunitarios, elaboró unos llamados «Principios concernientes a las cláusulas penales»¹⁵, recomendando a los

¹² Vid. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: «*Principles of European Contract Law*», Parts I and II, edited by Ole LANDO and Hugh BEALE (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000); and Part III, edited by Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM and Reinhard ZIMMERMANN (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2003).

Asimismo: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.

Según la reciente doctrina de la Sala 1.^a del TS (STS de 17-12-2008), «el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil»; en igual sentido, las SSTs de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007.

¹³ Vid. «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*», preparado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Ed. Sellier, 2009.

¹⁴ Que presenta clara similitud con el Convenio del Benelux de 26 de noviembre de 1973, sobre la cláusula penal.

¹⁵ Los Principios contenidos en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, son:

1.º) Se consideran cláusulas penales todas aquellas en que el deudor se obliga a efectuar un pago en el caso de falta de ejecución de la obligación principal, tanto si dicho pago ha de ser hecho a título de pena como de indemnización.

2.º) El acreedor no puede acumular ejecución de la obligación principal y la suma estipulada, salvo en el caso de retraso en la ejecución. Toda estipulación contraria a esta regla será nula.

3.º) La cláusula penal no impide al acreedor ejercitar la pretensión de cumplimiento en lugar del pago de la suma estipulada.

4.º) La pena convencional sólo será exigible cuando el incumplimiento de la obligación principal sea imputable al deudor, de manera que éste haya incurrido en responsabilidad.

5.º) El acreedor no puede obtener, en lugar o además de la pena estipulada, la indemnización de daños derivada del incumplimiento de la obligación principal.

6.º) La pena estipulada puede ser reducida por el juez cuando resulte manifiestamente excesiva. Esta reducción puede hacerse, cuando la obligación principal haya sido parcialmente cumplida. La pena no puede quedar reducida por debajo de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Sobre esta Resolución, vid. DÍEZ-PICAZO, Luis: «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid 2006, pp. 385 ss.

gobiernos que los tomaran en consideración para futuras medidas legislativas. Igualmente, el Secretario General de Naciones Unidas emitió un informe el 25 de abril de 1979, a petición de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que versaba sobre la conveniencia y la viabilidad de unificar las normas que regulan las cláusulas sobre indemnizaciones fijadas convencionalmente y cláusulas penales¹⁶. El propósito de dicho informe era poner de relieve las ventajas de la utilización de este tipo de cláusulas, enumerar algunas de ellas, resaltar las diferencias de régimen jurídico en los distintos Estados y propugnar la unificación de dichos regímenes formulando determinadas recomendaciones al respecto. Sin embargo, la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, o Convenio de Viena, de 1980, no regula la cláusula penal.

En nuestro país, la Comisión General de Codificación, dentro de su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos¹⁷, también se ocupa de la cláusula penal, pues prevé la modificación de los preceptos del Código Civil relativos a esta figura (arts. 1152 a 1154 CC, que pasan a ser los arts. 1146 a 1152 de la Propuesta).

Un simple vistazo a la realidad contractual del momento pone, además, de relieve la vitalidad y la capacidad de la pena convencional para adaptarse a las nuevas situaciones. Así, la vemos inserta, bajo diversas modalidades, en infinidad de contratos. La proliferación de la cláusula penal responde a su utilidad práctica en tiempos en los que el incumplimiento de los contratos, o su cumplimiento inexacto, es un fenómeno frecuente. A menudo, la garantía genérica que implica la responsabilidad universal del deudor y, en general, el mecanismo resarcitorio previsto por el Ordenamiento jurídico son por sí solos insuficientes para tutelar eficazmente los intereses del acreedor en caso de incumplimiento. De ahí la conveniencia de estipular garantías concretas, entre las que se cuenta la pena convencional, por la que las partes especifican la suma a pagar en caso de incumplimiento. En este sentido, su funcionalidad es doble. Por un lado, propician el cumplimiento de los contratos, fortificando la obligación principal que vincula a las partes mediante la amenaza al deudor de una indemnización mayor en caso de incumplimiento. El deudor es más proclive a cumplir voluntariamente cuando ello sea más barato que pagar la pena. Por otro lado, y en caso de que no llegara a lograr ese objetivo primario, permiten al acreedor exigir la

¹⁶ Vid. Díez-PICAZO, Luis: «Cláusula penal...», ob. cit., pp. 385 ss.

¹⁷ Vid. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Sección de Derecho Civil: Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*; Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

indemnización prevista sin soportar los gastos y demoras que conlleva la prueba del daño y su valoración, y sin depender de las dosis de aleatoriedad que implica su determinación por los tribunales, ya que, como tiene declarado la jurisprudencia, las cuestiones relativas a la apreciación de la existencia o no de daños y perjuicios contractuales, junto a su cuantificación, son meras cuestiones fácticas de libre apreciación por los tribunales de instancia¹⁸.

Las ventajas prácticas que la pena convencional presenta no son óbice para que existan voces que advierten de sus peligros y propugnan conciliar, por un lado, el respeto a los pactos libremente asumidos por las partes al contratar y, por otro, ciertas razones de equidad que imponen al juez impedir que, mediante penas excesivas, pueda producirse el beneficio desproporcionado de una parte aprovechando situaciones de necesidad de la otra¹⁹. Como ejemplo de esto último, se alude a la frecuente inclusión de cláusulas penales mediante condiciones generales en determinados tipos de contrato, como el *leasing*, estipulando a veces prestaciones penales desproporcionadamente favorables al predisponente. Esta cuestión tiene distinta respuesta en los diversos Ordenamientos positivos. Algunos Códigos civiles, como el alemán, austriaco, belga, italiano, portugués o suizo, admiten la reducción judicial, por razones de equidad, de penas excesivamente altas. En igual sentido se pronuncian los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el Marco Común de Referencia. El vigente *Code civil* francés no sólo faculta a los tribunales para reducir una pena «excesiva», sino también para aumentar la «irrisoria».

El Código civil español, sin embargo, no concede un poder semejante a los jueces, sino que lo limita a una posible modificación de la pena para ajustarla al grado de cumplimiento parcial o irregular de la obligación por el deudor. Por el contrario, la citada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos²⁰ establece (art. 1150) la siguiente regla: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

El propósito del presente trabajo se centra, precisamente, en el estudio de la facultad judicial de moderar la pena pactada así como del ejercicio y configuración de dicha facultad en la jurisprudencia reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con especial atención a la dictada durante los últimos doce años relativa a la denominada «pena moratoria». No se aborda el estudio de esta figura en su

¹⁸ Entre otras, la STS de 15 de octubre de 2002.

¹⁹ MAZZARESE, Silvio: *Le obbligazioni penali*, Padua, 1990, p. 85.

²⁰ *Vid. supra*.

conjunto, lo cual sería reiterativo dada la presencia de obras generales y monografías de gran valor a ella dedicadas y a las cuales nos iremos remitiendo. Sin embargo, este trabajo debe tener en cuenta las distintas clases de pena que pueden acordar las partes, el tipo de incumplimiento al que se subordina su operatividad y el grado de incumplimiento del deudor. Por consiguiente, con carácter previo, es preciso dejar constancia de los aspectos más relevantes en cuanto a la vigencia, tipos y efectos de la pena convencional, así como al fundamento y presupuestos de su modificación por los tribunales.

II. PENA CONVENCIONAL Y CLÁUSULA PENAL

El Código civil regula la pena convencional en sus artículos 1152 a 1155, bajo el epígrafe «De las obligaciones con cláusula penal», que forman parte del bloque de normas relativas a las distintas especies de obligaciones. Pese a la sistemática del Código, la pena convencional debe incluirse entre los medios de protección del acreedor tendentes a asegurar el cumplimiento de la prestación por el deudor²¹. En nuestro Derecho histórico, esta función de garantía aparece ya en Las Partidas, cuya Ley 34, título XI, Partida V, declara: «*Pena ponen los omes a las vegadas en las promisiones que fazen, porque sean mas firmes e mejor guardadas. E esta pena atal, es dicha en latin conventionalis, que quiere tanto decir como pena, que es puesta a plazer de amas las partes*».

Constituye, pues, una medida acordada por los contratantes para asegurar la efectividad de un crédito, en cuanto que su existencia aumenta la posibilidad de cumplimiento y, de no lograrse éste, facilita la exigibilidad de la indemnización por incumplimiento²². Desde luego, como garantía de carácter personal, la pena convencional concede al acreedor una facultad subsidiaria contra el propio deudor e impone a éste una obligación accesoría. La pena produce una ampliación objetiva de la deuda, desplazando el régimen indemnizatorio a

²¹ En contra, RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., p. 526, quien afirma: «se trata de una cláusula que sirve de refuerzo de la obligación, porque ejerce una presión sobre el deudor que contribuye a disuadirle del incumplimiento, pero no constituye una garantía de la obligación en sentido propio, ni personal ni real, porque no garantiza la pena que el deudor vaya a cumplir, de la misma manera que la propia obligación penal es susceptible de ser garantizada por uno de los medios idóneos en Derecho». En sentido similar, afirma CARRASCO PERERA, Ángel: «La cláusula penal (salvo que esté prestada por un tercero) tampoco incrementa las garantías del cobro del crédito [...] Sin duda que con ello se incrementa el círculo de expectativas del deudor, pero no la seguridad de cobrar su crédito» (vid. Prólogo a la 1.ª edición, CARRASCO, A., CORDERO, E. y MARÍN, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, tomo I, Madrid, 2008, p.59).

²² Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos...*, vol. II, ob. cit., p. 457.

la esfera del cumplimiento del contrato, pues agrava la posición del deudor y mejora la del acreedor, en comparación con el régimen legal de responsabilidad contractual²³. La particularidad que ofrece este tipo de garantía es la de no exigir la intervención de terceros, pues su constitución es obra de los propios contratantes²⁴.

Esta concepción de la pena convencional, como garantía de la obligación, predomina asimismo en la jurisprudencia. Así, la STS de 31 de octubre de 2006 declara que «la cláusula penal se puede enclavar dentro de las cláusulas accesorias, es decir, de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma»²⁵.

1. CONSTITUCIÓN DE LA PENA CONVENCIONAL

La existencia de una multa o pena convencional, entendida como la prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal²⁶, requiere su previa constitución mediante acuerdo de acreedor y deudor. La pena se establece a través de una estipulación de las partes, denominada «cláusula penal»²⁷, incorporada al contrato por el que se crea la obligación principal²⁸.

Aunque los artículos 1152 a 1155 del Código civil no la definen, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversas nociones de cláusula penal. Recogiendo la esencia de todas ellas, cabe describirla como la obligación accesoria, que las partes añaden a una

²³ Vid. AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1972, pp. 560 ss.

²⁴ Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRÚTAU: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948, p. 269.

²⁵ En el mismo sentido, entre las más recientes, las SSTS de 23 de mayo de 1997, 8 de junio de 1998, 12 de enero de 1999, 20 de marzo de 2002, 7 y 17 de noviembre de 2004, 18 de julio de 2005, 13 de julio de 2006, 25 de enero de 2008. La STS de 8 de junio de 1998 dice: «El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios».

²⁶ Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos...*, vol. II, ob. cit., p. 457.

²⁷ Ver las precisiones terminológicas formuladas por RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: ob. cit., pp. 514 ss.

²⁸ Limitamos este estudio a la cláusula penal inserta en contratos civiles, no en los administrativos celebrados por la Administración pública con particulares. Los perfiles de la cláusula penal inserta en estos últimos presentan diferencias con los de la cláusula penal para la cual están pensadas las reglas del Código civil. Sobre la jurisprudencia Contencioso-administrativa en materia de cláusula penal, vid. ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, pp. 281 ss.

obligación principal para garantizar su cumplimiento, consistente por lo regular en el pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal. La doctrina del Tribunal Supremo declara, en este sentido (STS de 25 de enero de 2008, FD 2.º)²⁹:

«Tratándose pues de una cláusula penal, de ellas se ha dicho por esta Sala, con carácter general, que son accesorias, o sea de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria y con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma [...], siendo definidas [...] como promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo 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.»

La cláusula por la que se estipula la pena puede estar incorporada al contrato original o pactarse posteriormente³⁰, pero siempre con anterioridad al vencimiento de la obligación principal, es decir, antes del momento en que podría producirse el incumplimiento que se sanciona.

En cuanto a la forma, al ser la cláusula penal parte integrante de un contrato, estará sometida al régimen que a estos efectos rige en materia contractual, es decir, al principio de libertad de forma salvo que la ley o las partes exijan una forma solemne.

Es irrelevante la denominación con que la cláusula figure en el contrato. La jurisprudencia ha señalado que la pena convencional existe no sólo cuando se pacta expresamente con este nombre, sino también cuando se pacta cualquier otra estipulación que lleve al mismo resultado, pues no es necesaria ninguna fórmula especial. Ahora bien, es imprescindible que la estipulación denote claramente su carácter de pena pactada, pues la doctrina jurisprudencial impone una interpretación restrictiva de las cláusulas penales (SSTS de 18 de septiembre de 2008, 22 de abril y 30 de septiembre de 2009, entre las más recientes), en cuanto a su existencia y a su alcance, basada en el carácter sancionador de la cláusula y en la idea de que «*odiosa sunt restringenda*»³¹.

²⁹ Vid., entre otras, SSTS de 23 de mayo de 1997, 8 de junio de 1998, 12 de enero de 1999, 20 de marzo de 2002, 7 y 17 de noviembre de 2004, 18 de julio de 2005, 13 de julio de 2006, 13 de julio de 2007 y 25 de enero de 2008.

³⁰ Así, en el caso resuelto por la STS de 5 de diciembre de 2007, el contrato de obra entre los litigantes no incluía la cláusula penal, que fue pactada un mes después mediante documento adicional.

³¹ Algunos autores fundan la necesidad de interpretación restrictiva de la cláusula penal en el principio *favor debitoris*. En este sentido, vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV-2, Madrid, 1983, p. 463.

De este modo, se afirma que sólo cabe admitir la existencia de la pena cuando conste de manera clara y terminante la voluntad de las partes de crearla. El mismo criterio restrictivo se aplica para resolver las dudas sobre su alcance y contenido³². A tenor de la STS de 28 de septiembre de 2006 (FD 2.º):

«[...] cláusula penal que, según doctrina reiterada de esta Sala, constituye una obligación accesorio, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o el cumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, lo cual obliga a su *interpretación restrictiva* [...]»

El contenido de la cláusula penal, es decir, la prestación accesorio que el deudor asume para el caso de no cumplir la obligación principal, suele ser de carácter pecuniario. Por lo regular, consiste bien en el pago por el deudor de una suma de dinero al acreedor, o bien en la retención por el acreedor de una cantidad que ya obra en su poder, por ejemplo, la parte del precio ya recibido (o una cuota de ésta), como suele establecerse en los contratos de venta a plazos o en el *leasing* financiero³³. La ley no prohíbe que la pena consista en la entrega de una cosa determinada, pero la posibilidad de moderación judicial, prevista en el artículo 1154 CC, plantearía problemas en tal supuesto.

2. CARACTERES Y VALIDEZ DE LA CLÁUSULA PENAL

2.1 Caracteres

La pena convencional se caracteriza por ser:

a) Una garantía personal, pues concede al acreedor una facultad subsidiaria contra el propio deudor. A diferencia de otras garantías personales (fianza, aval), el garante no es un tercero, sino el propio deudor; además, puede facultar al acreedor para recibir no sólo el valor del crédito insatisfecho (como la fianza, prenda,

³² Esta doctrina se mantiene desde antiguas sentencias, como las SSTS de 13 de junio de 1906, 19 de junio de 1941, 3 de marzo de 1956, hasta las más recientes, SSTS de 30 de junio de 2000, 10 de mayo de 2001, 30 de abril y 8 de octubre de 2002, 18 de julio de 2005, 20 de diciembre de 2006, 5 de diciembre de 2007 y 18 de septiembre de 2008. En concreto, la STS de 3 de febrero de 1998 no aplica la cláusula penal alegada por el recurrente porque: «[...] en primer lugar, no es tan clara y taxativa la cláusula penal que expone la parte recurrente; [...]»

³³ Vid. UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid, 2003.

hipoteca...), sino algo más, ya que el monto de la pena convencional puede exceder de la cuantía a que asciendan los daños y perjuicios efectivamente derivados del incumplimiento.

b) Una obligación accesoria, añadida a una obligación principal para reforzarla³⁴. La prestación penal sólo será válida en tanto exista y sea válida la obligación principal garantizada. En este sentido, el artículo 1155 CC dispone que «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. Sin embargo, la nulidad de la obligación principal sí hace nula la cláusula penal». La causa de la prestación penal se encuentra, pues, en la existencia de una obligación válida, nacida antes o al mismo tiempo, respecto de la cual aquélla actúa como garantía de cumplimiento. Faltando dicha causa, la obligación penal es nula.

La anteriormente mencionada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, obra de la Comisión General de Codificación, conserva esta regla y establece (art. 1151) que: «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».

c) Una obligación subsidiaria, sólo exigible en el caso de falta de cumplimiento voluntario de la obligación garantizada. Así pues, y salvo pacto expreso en contrario, incumplida la obligación, no puede reclamarse conjuntamente la pena y el cumplimiento específico de la obligación principal. Esta nota de subsidiariedad está sancionada en los artículos 1152 y 1153 CC, al impedir que el acreedor exija conjuntamente al deudor el cumplimiento de la obligación y la pena, o la indemnización legal y la pena, con excepción, en ambos supuestos, de que las partes expresamente hayan acordado tal acumulación³⁵. Ahora bien, el hecho de que la aplicación de la pena dependa de la falta de cumplimiento exacto de la obligación principal, no significa, en el Derecho moderno, que la obligación penal sea una obligación condicional cuya eficacia dependa de un suceso futuro e incierto. La falta de cumplimiento

³⁴ Existe, sin embargo, alguna resolución que, excepcionalmente, la califica de obligación primordial, y no accesoria, como la STS de 28 de enero de 1992. Ahora bien, este pronunciamiento no puede generalizarse, ya que, como declaró posteriormente la STS de 17 de febrero de 1997, «tal sentencia recayó en el estudio de un contrato concreto, en el que atendiendo a la literalidad de los términos de su redacción se desprendía que la cláusula de penalizar vino a constituir, efectivamente, la obligación primordial y fundamental convenida...».

³⁵ ESPÍN CÁNOVAS, D. E.: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Revista de Derecho Privado*, 1946, p. 154.

no constituye una condición en sentido técnico-jurídico, sino una «*conditio iuris*» de la exigibilidad de la pena³⁶.

2.2 La validez de la cláusula penal

Se requiere, en primer término, la existencia de una obligación principal válida, pues, conforme al artículo 1155 CC, la nulidad de la obligación principal hace nula la obligación penal. Además, es preciso que la pena estipulada, en sí misma considerada, sea válida y continúe estando vigente llegado el momento de su aplicación.

En cuanto a su propia validez inicial, la cláusula penal está sometida a los límites genéricos impuestos, a la autonomía de la voluntad y a la libertad de pactos, por el artículo 1255 CC. Además, deberá ajustarse a las normas generales que establecen los requisitos esenciales para la validez de los contratos, en especial, las relativas a la causa (cfr. arts. 1261 a 1277 CC). También habrán de aplicarse, en su caso, las normas específicas que regulen el contrato concreto en el que la cláusula penal se inserta³⁷.

Puede suceder que, pese a su validez inicial, en el momento en que se produce el incumplimiento de la prestación principal la cláusula haya dejado de estar en vigor, como en el caso de derogación de la misma por acuerdo expreso o tácito de las partes³⁸. Además, frente a la exigencia de la pena por el acreedor, el deudor puede oponer las mismas excepciones perentorias que sean procedentes contra la obligación principal, como, por ejemplo, la prescripción.

El principio de accesoriedad de la prestación penal determina que, a tenor del artículo 1155 CC, la nulidad de la cláusula penal no lleve consigo la de la obligación principal. De este modo, el contrato al que se haya incorporado una cláusula penal nula subsistirá sin dicha cláusula³⁹. Las partes no pueden pactar una pena para el caso de ser legalmente ineficaz determinada obligación, pues ello equivaldría a cometer un fraude de ley ya que privaría de eficacia a la disposición legal que determina la nulidad de la obligación⁴⁰.

En cuanto al contenido de la cláusula penal, la jurisprudencia reitera que el importe de la pena puede ser libremente fijado por las

³⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., p. 466

³⁷ Vid. RODRÍGUEZ-TAPIA, ob. cit., pp. 556 y ss.

³⁸ Por ejemplo, mediante la novación objetiva del contrato que determine el no mantenimiento de la cláusula penal.

³⁹ Sobre «nulidad parcial», vid. RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 559-560.

⁴⁰ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 162.

partes. En este sentido, la STS de 19 de febrero de 1985 declara que:

«La cuantía mayor o menor de la *stipulatio poenae* es de todo punto ajena al problema de la posible ilicitud de la causa, determinante de la radical nulidad del negocio con arreglo al artículo 1275 CC, cuando es patente que la obligación principal (devolución de la finca en el plazo pactado), cuyo cumplimiento se refuerza con la amenaza de ejecutar la obligación accesoria, carece de cualquier vicio invalidante.»

Como veremos más adelante, esta doctrina no impide que, en ciertos casos, la suma pactada como pena pueda determinar la nulidad de la cláusula penal. Así, por ejemplo, cuando falte causa real para la atribución patrimonial derivada de la aplicación de la pena. O cuando las partes no hayan respetado los límites legales a la autonomía de la voluntad, en concreto, si el monto de la pena fuera susceptible de ser calificado como usurario⁴¹, o como abusivo, atendiendo al momento de la celebración del contrato⁴², ya que los requisitos de validez de la cláusula penal presentan especialidades cuando forma parte de las «condiciones generales» insertas en contratos con consumidores o usuarios. En este último supuesto, la eficacia de la pena convencional esta sometida a que se cumpla lo previsto tanto en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, como en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley 44/2006, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; la Ley de Crédito al Consumo, de 23 de marzo de 1995, y, en general, la normativa legal protectora de los contratos celebrados con consumidores que resulte aplicable.

3. LAS CLASES DE PENA CONVENCIONAL Y SUS FUNCIONES

Dada su naturaleza de aseguramiento de una obligación principal, la pena convencional tiene, conceptualmente, una finalidad esencial y común a sus diversas modalidades: la de reforzar el vínculo obligatorio proporcionando al acreedor una garantía añadida del cumplimiento exacto y puntual de la prestación principal. Esta finalidad protectora del acreedor se logra mediante dos posibles efectos, o

⁴¹ Conforme a la Ley de Represión de la Usura de 1908.

⁴² Vid. CAFFARENA LAPORTA, Jorge: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dirs.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002, p. 1030

funciones, de la cláusula penal. Por un lado, el efecto coercitivo y disuasorio sobre el obligado, que opera cuando el importe establecido de la pena sea superior al que previsiblemente se obtendría a través de la indemnización fijada con arreglo a régimen legal ordinario de responsabilidad por incumplimiento contractual. Por otro lado, el efecto liquidatorio de los daños, que garantiza al acreedor una mayor facilidad para el cobro de la indemnización sin necesidad de acreditar la existencia y cuantía del daño.

Las diferentes funciones que nuestro Código civil atribuye a la pena convencional son producto de la confluencia de dos corrientes de ideas distintas. Por un lado la idea primitiva de sanción, o pena en sentido estricto, que busca presionar al deudor para que cumpla; y por otro, la idea de valoración y liquidación anticipada de la indemnización de daños y perjuicios⁴³, es decir, de modificación pactada de las reglas legales sobre responsabilidad por incumplimiento contractual.

Ambas funciones se contemplan en los ya mencionados Principios contenidos en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, el primero de los cuales considera cláusulas penales todas aquellas en que el deudor se obliga a efectuar un pago en el caso de falta de ejecución de la obligación principal, *tanto si dicho pago ha de ser hecho a título de pena como de indemnización*. La función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios, sin embargo, es la que parece predominar en el artículo 9:509 (1) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, conforme al cual: «Cuando el contrato establece que la parte que incumple debe pagar una suma de dinero a la parte perjudicada por tal incumplimiento, ésta deberá recibir dicha cantidad con independencia de cuál haya sido su pérdida efectiva». Así pues, y salvo lo dispuesto en el propio artículo 9:509 (2) sobre la moderación judicial, el importe de los daños indemnizables en caso de incumplimiento se ajustará a la suma fijada en el contrato, no al valor real de la pérdida sufrida por la parte perjudicada, si bien ésta no tiene la carga de probar los daños derivados del incumplimiento. Nada impide, sin embargo, que las partes configuren la cláusula penal como un mínimo a pagar por el contratante incumplidor, en cuyo caso el agraviado podrá reclamar una cantidad superior siempre que pueda probar una pérdida que excede la pena pactada⁴⁴. Muy similar es la

⁴³ Sobre las variantes de la *stipulatio poenae* en Derecho Romano, y su influencia, a través de la doctrina de Pothier, en el Código civil francés, *vid.*, L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. II, cit., pp. 458 ss.

⁴⁴ *Vid.* LANDO y BEALE, *ob. cit.*, pp. 453 ss.

norma prevista en el Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:710, apartado 1.º)⁴⁵.

La opción por uno u otro tipo de cláusula penal depende, en nuestro Derecho positivo, de la voluntad de las partes. De este modo, la intensidad de la garantía establecida mediante la pena convencional depende del tipo de cláusula elegida. Los artículos 1152 y 1153 CC⁴⁶ contemplan las distintas clases de cláusula penal y sus respectivos efectos⁴⁷. De la letra de estos dos preceptos se desprende claramente su carácter de normas dispositivas⁴⁸, por lo que la autonomía privada puede modificarlas, dentro de los límites de la libertad de pactos (art. 1255 CC).

Conforme, pues, a la normativa del Código civil, la cláusula penal puede ser:

A) Sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios. Es la regla general en el sistema del Código civil. Se recoge en el artículo 1152-1.º, a cuyo tenor, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento,

⁴⁵ Según esta regla, si el contrato estipula que el deudor que incumple la obligación debe pagar una determinada suma al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a esa suma con independencia de cual haya sido su pérdida real.

⁴⁶ Art. 1152 CC: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código».

Art. 1153 CC: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

⁴⁷ En el Derecho Foral de Navarra, la Ley 518 dispone: «La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de cumplir una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial. El deudor no quedará liberado de la obligación penal aunque concurra alguna causa que pudiera liberarle de la obligación principal. La obligación de pagar la pena, salvo pacto en contrario, no tiene carácter alternativo, sino subsidiario, y el acreedor podrá rechazar la falta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal. Cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiere pactado. Cuando cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato». Esta Ley presenta diferencias importantes con las normas del Código civil en la materia. Las principales son: 1.ª) Se excluye la posibilidad de modificación judicial de la pena que prevé el artículo 1154 CC; 2.ª) La vigencia de la pena no depende de la existencia de una obligación principal, a diferencia de la regla de accesoriedad de la pena establecida en el artículo 1255 CC; 3.ª) Se presume, salvo pacto en contrario, una renuncia a la pena pactada cuando el acreedor acepte el cumplimiento parcial de la obligación, que el Código civil no establece.

⁴⁸ Son, por el contrario, imperativas las reglas contenidas en los artículos 1154 y 1155 CC:

Art. 1154 CC: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Art. 1155 CC: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal».

si otra cosa no se hubiere pactado. Así pues, salvo declaración en contrario de las partes, la pena privada es incompatible con el régimen legal de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. La cláusula penal opera como mecanismo que modifica convencionalmente las reglas legales relativas a la responsabilidad contractual⁴⁹ para, normalmente, agravarla.

La jurisprudencia es unánime al declarar (entre las más recientes, SSTs de 28 de septiembre de 2006, FD 2.º, y 13 de julio de 2007, FD 2.º)⁵⁰ que:

«La función esencial de la cláusula penal [...] es la 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, y sólo 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.»

Resulta igualmente incompatible la reclamación de cumplimiento de la prestación principal y de la prestación penal, salvo pacto expreso de los contratantes, ya que el artículo 1153-2.º CC dispone 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»⁵¹.

En suma, la pena convencional sustitutiva cumple, ante todo, una función liquidatoria, puesto que conlleva la cuantificación previa de los posibles perjuicios que el incumplimiento produciría y cuya indemnización queda absorbida por la pena pactada. Si se incumple la obligación garantizada, el acreedor podrá exigir el pago de la pena en su totalidad, con independencia de que coincida o no con la valoración real de los daños efectivamente producidos, aunque ésta sea distinta de la cuantía de la pena e incluso si el incumplimiento no ha ocasionado daño alguno.

En todo caso, la función de liquidación de los daños ha de relacionarse con el tipo de lesión del derecho de crédito para el que la cláusula esté prevista. En efecto, la prestación penal sustituye únicamente a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del

⁴⁹ Vid. JORDANO FRAGA, «Francisco: Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, pp. 603 ss.

⁵⁰ En igual sentido, las SSTs de 17 de noviembre de 2004, 18 de julio de 2005, 28 de septiembre de 2006, 13 de julio de 2007, 5 de diciembre de 2007, 26 de marzo de 2009.

⁵¹ STS de 20 de marzo de 2002: «El motivo se desestima porque no demuestra que de forma clara, como exige el precepto, se concedió al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, claridad que se opone a interpretaciones equívocas».

incumplimiento concreto para el cual fue estipulada; pero no de los daños derivados de otros tipos de incumplimiento, respecto de los cuales el acreedor conserva sus pretensiones indemnizatorias conforme a las reglas generales.

El acreedor, por otra parte, no tiene la carga de probar la existencia y cuantía de los daños derivados del incumplimiento de la prestación principal. Sólo debe demostrar la vigencia de la cláusula penal y el incumplimiento o cumplimiento irregular de la prestación por el deudor. Por consiguiente, la pena convencional evita al acreedor incertidumbres sobre la cuantía en que se cifraría judicialmente, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios, así como el riesgo de no poder demostrar la existencia de éstos⁵².

Para que este tipo de cláusula penal cumpla, además, una función de garantía, como medida coercitiva que propicia el cumplimiento de la obligación principal, es necesario que el importe de la pena sea superior al valor previsible de los daños derivados del incumplimiento, de modo que el cumplimiento voluntario de la obligación principal sea menos gravoso para el deudor que el pago de la pena estipulada. Cuando la pena se limite a fijar en una suma equivalente al valor previsible de los daños nos hallaremos ante una cláusula de liquidación anticipada de los daños, pero no ante una genuina pena convencional. Por consiguiente, se ha planteado si estos pactos de liquidación anticipada de las indemnizaciones deben enmarcarse en los artículos 1152 a 1155 CC, o si su regulación es la prevista en los artículos 1106 y siguientes CC⁵³.

Cabe, no obstante, señalar que este tipo de estipulaciones, sean consideradas o no auténticas penas convencionales, serán útiles al acreedor en tres sentidos: le liberan de probar los daños, conoce de antemano la suma a percibir y le permiten agilizar el cobro de ésta.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos mantiene el carácter sustitutivo de la pena convencional, salvo pacto en contrario, en el artículo 1146-1.º, a cuyo tenor: «La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de los daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal». Como se desprende de esta norma, y de las contenidas en sus artículos 1148 a 1151, la Propuesta distingue entre «indemni-

⁵² Además, sirve para agilizar un eventual procedimiento de ejecución forzosa, al haberse fijado una cantidad independizada de los daños reales que puedan haberse producido, afirma V. MONTÉS PENADÉS, *ob. cit.*, p. 169.

⁵³ Díez-PICAZO, Luis: «Cláusula penal...», *ob. cit.*, pp. 400-401 ss., destaca que la diferencia fundamental que resultaría de no aplicar los artículos 1152 ss. CC a los pactos de liquidación anticipada de daños reside en que éstos quedarían fuera de la facultad judicial de moderación prevista para las cláusulas penales (art. 1154 CC).

zación convenida o convencional», con la que designa a la pena sustitutiva de la indemnización de daños por incumplimiento, y «pena convencional», que alude a la pena en sentido estricto, pues se acumularía a la indemnización determinada por las reglas legales sobre responsabilidad contractual. La fijación por las partes de una «indemnización convencional» impide al acreedor «exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo pacto en contrario» (art. 1147 de la Propuesta). Por otra parte, el artículo 1149-1.º declara que la acción para exigir el cumplimiento específico de la prestación principal es incompatible tanto con la «indemnización convencional» como con la «pena convencional», salvo que se trate de una pena moratoria o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible⁵⁴. Finalmente, para el caso de resolución por incumplimiento, el artículo 1149-2.º de la Propuesta concede al acreedor el «derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado».

B) Cumulativa o punitiva. Las penas que cumplen esta función son denominadas penas puras o en sentido estricto. La STS de 13 de febrero de 2008 declara la existencia de pena cumulativa por haberse estipulado en el contrato que el retraso en el pago de la renta dará lugar al pago de la pena y del interés legal de demora (FD 4.º).

«[...] el tenor literal del artículo 1152 del Código Civil no impide la acumulación en el caso de autos, durante los meses impagados de junio a septiembre de 1998, de la pena y del interés estipulado del 7,5 por 100. Tal precepto prevé la sustitución de la indemnización de daños y el abono de intereses por la pena, sólo «si otra cosa no se hubiere pactado». Y en el caso de autos, del tenor literal de la cláusula novena del contrato resulta que tales garantías pueden acumularse al preverse la cláusula penal «a la vista de los precedentes reseñados en los Expositivos» (la arrendataria había incumplido un contrato locativo anterior), y «con independencia de los demás derechos y acciones que puedan corresponder al arrendador», entre ellos, se entiende, el previsto en el anterior apartado primero, en que se disponía que *el retraso en el pago de la renta devengará el interés legal de demora.*»

La pena cumulativa constituye la excepción en el sistema del Código civil: sólo opera cuando exista acuerdo expreso de los inte-

⁵⁴ Crítica esta regla 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, por considerar que «permite conjeturar que la mencionada acción no es compatible con la reclamación de penas que cubran partidas indemnizatorias distintas a la mora y que serían igualmente exigibles a causa del incumplimiento».

resados. De ahí que la STS de 3 de noviembre de 1999 (FD 3.º) declare:

«[...] la modalidad de cláusula penal acumulativa que se regula en el párrafo segundo del artículo 1.153 del Código Civil requiere una voluntad clara de las partes en su establecimiento, y que doctrina jurisprudencial reiterada sostiene una interpretación restrictiva de tales cláusulas, [...]»

Así pues, cabe la acumulación de pena e indemnización de daños y perjuicios mediante el pacto, permitido en el artículo 1152-1.º CC, por el que las partes determinen que la pena no excluirá la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento. Una segunda forma de acumulación, esta vez entre pena y cumplimiento de la prestación principal, es igualmente posible, conforme al artículo 1153 CC, cuando «esta facultad le haya sido claramente otorgada» al acreedor.

En el primer caso, además de la pena estipulada, el deudor debe abonar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento calculados conforme a las normas reguladoras de la responsabilidad contractual. La pena cumple una función punitiva o sancionadora en sentido estricto, pues se suma a la cuantía de los daños reales, operando como una sanción civil al incumplimiento. La intensidad de su función aseguradora aumenta ya que el grado de coerción al deudor es mayor, de manera que se refuerza considerablemente el vínculo obligatorio⁵⁵.

Otra forma de pena cumulativa es la prevista en el artículo 1153 CC cuando exista acuerdo de las partes que autorice al acreedor para reclamar conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena. La letra de este precepto permite entender que el acreedor, existiendo este acuerdo, podría recibir el interés contractual, el *id quod interest*, duplicado (o incluso más). Este beneficio tendría una causa formal: el propio contrato que contiene una cláusula cumulativa de este tipo. Otra cosa es que exista causa material o real. Si consideramos que la cláusula penal es un medio de aseguramiento o garantía, podremos amparar en ella una atribución patrimonial tendente a reforzar la obligación principal (por ser superior al valor de los daños realmente ocasionados por el incumplimiento), pero no una multiplicación exorbitante del interés contractual⁵⁶, cual sucede cuando el

⁵⁵ Esta posibilidad de acumulación está expresamente vedada en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, principio 5.º): «El acreedor no puede obtener, en lugar o además de la pena estipulada, la indemnización de daños derivada del incumplimiento de la obligación principal».

⁵⁶ Vid. Díez-PICAZO, Luis: «Cláusula penal ...», cit., p. 403.

acreedor pueda solicitar el cumplimiento y la pena. Sin embargo, esta situación no suele producirse en la práctica debido a la propia mecánica de funcionamiento de la cláusula penal (salvo en el supuesto de cumplimiento «por equivalente» pecuniario). En efecto, como sabemos, la pena sólo opera cuando se produzca el incumplimiento previsto por las partes que, por definición, no será total y definitivo cuando el acreedor pueda pedir cumulativamente cumplimiento específico de la prestación principal y pago de la pena⁵⁷. Por tanto, la facultad de acumular cumplimiento específico y pena debe entenderse referida a supuestos de penas previstas para el cumplimiento defectuoso o retrasado de la prestación principal, respecto del cual la doble exigencia de cumplimiento exacto y pena convencional puede estar justificada.

En este sentido, es más precisa la redacción del Principio 2.º de la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, a cuyo tenor: «El acreedor no puede acumular ejecución de la obligación principal y la suma estipulada, salvo en el caso de retraso en la ejecución. Toda estipulación contraria a esta regla será nula». Añadiendo el Principio 3.º: «La cláusula penal no impide al acreedor ejercitar la pretensión de cumplimiento en lugar del pago de la suma estipulada».

También resuelve esta cuestión la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. Como ya quedó señalado anteriormente, su artículo 1146-1.º contempla la posibilidad de que las partes convengan una pena cumulativa o pura, a la que la Propuesta denomina «pena convencional», al disponer que la «prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de los daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal». Posteriormente, el artículo 1149-1.º de la Propuesta excluye la acumulación de las pretensiones de cumplimiento específico y pago de la indemnización o pena pactadas, al establecer que 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». Pese a la letra de la norma, cabe entender que el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica sería compatible no sólo con la reclamación de la pena moratoria, sino tam-

⁵⁷ Vid. PINTO MONTEIRO, Antonio: *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1999, pp. 424 ss.

bién de penas previstas para otros tipos de falta de cumplimiento exacto de la prestación principal.

C) La cláusula penal «alternativa». El primer inciso del artículo 1153 CC permite a los interesados pactar que el deudor pueda eximirse de cumplir la obligación principal pagando la pena. A falta de dicho pacto, el deudor no puede elegir entre sendas opciones. Dado que, según la regla general, el deudor no tiene un derecho de opción entre el cumplimiento y la indemnización de daños, sino que está obligado a cumplir, el pacto previsto en este precepto le concede una facultad de elegir que excepciona la citada regla⁵⁸. Cuando la cláusula penal atribuye al deudor la facultad de liberarse de la obligación principal pagando la suma de dinero acordada, su naturaleza de obligación accesoria de una principal, a la que refuerza o asegura, queda desvirtuada⁵⁹.

En realidad, este tipo de estipulaciones contractuales dan lugar a una obligación facultativa: el contratante se reserva la facultad de elegir entre cumplir el contrato mediante la realización de la prestación principal o bien mediante el pago de la cantidad fijada (también llamada «multa de arrepentimiento» o «multa penitencial»). De ahí que se haya cuestionado la procedencia de aplicar, a este tipo de pactos, las normas del Código civil relativas a la cláusula penal, en especial la facultad de moderación del artículo 1154 CC. Pese a ello, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil recoge una regla idéntica a la vigente ya que, a tenor de su artículo 1146-2.º: «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». Por otra parte, esta Propuesta recoge una regla especial para el supuesto de obligaciones consistentes en emitir una declaración de voluntad. Cuando tales obligaciones estén aseguradas con pena convencional, el artículo 1195 de la referida Propuesta dispone que el acreedor «podrá exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, *pero si se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento sólo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario*».

D) La cláusula penal del artículo 56 del Código de comercio. Conforme a este precepto: «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».

⁵⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 159.

⁵⁹ Vid. STS de 31 de julio de 2007 (FD 5.º).

Como puede apreciarse, varias son las diferencias entre la cláusula penal regulada en los artículos 1152 a 1155 CC y la «pena de indemnización» a que se refiere el artículo 56 Cco. Aludiremos aquí a las más relevantes.

La propia letra del artículo 56 Cco pone de manifiesto que este cuerpo legal se limita a atribuir a la pena convencional efectos valorativos de la indemnización de daños por incumplimiento de los contratos mercantiles⁶⁰. La llamada por esta ley «pena de indemnización», sustituye y absorbe el resarcimiento de daños y perjuicios que, mediante la aplicación del régimen jurídico regulador de la responsabilidad por incumplimiento contractual, pudiera corresponder al acreedor frustrado. Su función como liquidación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento de la prestación principal y sustitución de los mismos es patente.

Sin embargo, la idoneidad de la pena convencional prevista en el artículo 56 Cco para cumplir funciones punitivas en sentido estricto es muy limitada si la comparamos con la regulada en el Código civil. En efecto, el Código de comercio no contempla la posibilidad de acumular, mediante acuerdo expreso de los contratantes, pena e indemnización de daños (*cf.* art. 1152-1.º CC), ni tampoco pena y cumplimiento de la prestación principal (*cf.* art. 1153 CC). Por consiguiente, el que la cláusula penal en sede mercantil surta efectos penitenciales, dependerá únicamente de que el *quantum* de la pena fijada por las partes supere, y en qué medida, el valor de los daños reales que el incumplimiento pueda ocasionar.

Tampoco establece explícitamente el artículo 56 Cco, como hace el artículo 1153 CC, la posibilidad de que, mediante pacto, el deudor pueda eximirse de cumplir la obligación principal pagando la pena. Además, el Código de comercio no contiene una norma que prevea la posibilidad de moderación judicial de la «pena indemnizatoria» en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, como la establecida en el artículo 1154 CC. Por último, y a diferencia de las previsiones del Código civil, el artículo 56 Cco declara expresamente que la utilización de una de las dos acciones, reclamación de la pena o cumplimiento, extingue la otra, salvo pacto en contrario⁶¹.

⁶⁰ Sobre la cláusula penal en los contratos mercantiles, *vid.* GÓMEZ CALERO, Juan: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, 1983.

⁶¹ Señala PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de derecho civil español*, tomo III, Pamplona, 1972, p. 135, en relación con el artículo 56 Cco: si el perjudicado opta por el cumplimiento, no puede privársele del derecho a solicitar la pena cuando no haya obtenido el cumplimiento solicitado, pues sería contrario a la función protectora de la cláusula penal hacer del incumplimiento una fuente de provecho para el deudor y vulneraría el artículo 1124 CC. En el mismo sentido, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, p. 279.

Pese a estas diferencias, debe tenerse en cuenta que la cláusula penal contenida en un contrato mercantil está regulada no sólo por el artículo 56 Cco. y normas mercantiles concordantes, sino que, en todo lo no regulado por dichas normas, son de aplicación «las reglas generales del Derecho común» (art. 50 Cco.). En consecuencia, la normativa mercantil aplicable en esta materia debe ser completada por los artículos 1152 a 1155 CC⁶², tal y como declara la STS de 22 de septiembre de 2000 al afirmar (FD 3.º):

«El artículo 56 del texto mercantil, ubicado dentro de las Disposiciones Generales sobre los contratos de comercio, se cuida de advertir la posibilidad de pacto en contrario. El artículo 50 de tal normativa declara supletorias las normas del Derecho común, entre las cuales hay que referirse al principio de *pacta sunt servanda*, que consagra el artículo 1255 del Código Civil, y siendo la voluntad contractual soberana y suficiente el consentimiento de las partes libre para configurar incluso convenios de los típicos dibujados en el Código Civil y en el propio Código de Comercio.»

4. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: INCUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD

Para que el acreedor pueda reclamar al deudor la prestación penal es necesario, ante todo, la validez tanto de la obligación principal como de la propia cláusula penal, así como la subsistencia de ambas. En cuanto a la pena convencional, dicha subsistencia puede no darse si las partes han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó la pena convencional⁶³. La jurisprudencia establece consecuencias distintas dependiendo de la entidad de la modificación⁶⁴. Cuando exista una variación esencial de las circunstancias, la pena no será exigible⁶⁵. En caso de alteraciones de menor alcance, cabrá la moderación de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 CC. Esta doctrina se recoge, entre otras, en la STS de 3 de febrero de 2000 (FD 3.º), en un caso de alteración de la base de negocio que excluye la aplicación de la cláusula penal:

«La pena pactada sólo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se

⁶² Vid. GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 47; VERGEZ, Mercedes: *Lecciones de Derecho Mercantil* (Dir. A. MENÉNDEZ), Madrid, 2005, p. 537.

⁶³ Hallamos ejemplos frecuentes en contratos de obra en los que, tras pactarse la pena, las partes introducen variaciones de la obra a realizar.

⁶⁴ STS de 27 de febrero de 2002.

⁶⁵ Entre las más recientes, las SSTS de 30 de noviembre de 1998, 14 de diciembre de 1999, 3 de febrero de 2000, 29 de octubre de 2001, 5 de marzo de 2002, 25 de enero de 2008 y 22 de abril de 2009.

factó, pues si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula penal desaparece, y así es de estimar cuando convenida la entrega de determinadas obras en cierto día, luego resulta que el volumen de tales obras se aumentó y cambiaron los precios y hubo además exceso de obras, haciendo preciso un tiempo mayor que el estipulado (SS de 7 de diciembre de 1959, 13 de octubre de 1966, 10 de junio de 1969 y 16 de septiembre de 1986).»

La doctrina discrepa sobre el fundamento de esta pérdida de eficacia de la cláusula penal. Según algunos, se basa en una derogación tácita de la cláusula penal; para otros, en la novación de la obligación principal⁶⁶; y para un tercer grupo, en la falta de un incumplimiento imputable al deudor⁶⁷. En todo caso, la modificación por los contratantes de las bases que tuvieron en consideración al estipular la penal, no debe confundirse con los supuestos de alteración de las circunstancias existentes al tiempo de convenirse la pena, derivada de causas ajenas a la voluntad de los contratantes, que podrían dar lugar, en su caso, a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

Siendo válida y estando vigente la pena convencional, sólo surtirá efectos si concurren otros dos factores: el incumplimiento para el cual fue estipulada (art. 1152-1.º CC) y su exigibilidad «con arreglo a las disposiciones del presente Código» (art. 1152-2.º CC).

1.º La falta de cumplimiento de la prestación principal.

Para que el acreedor pueda reclamar la prestación contenida en la cláusula penal es imprescindible que se produzca el incumplimiento estipulado en la misma⁶⁸. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la aplicación de la pena convencional siempre está subordinada al hecho de que exista el incumplimiento concreto previsto por las partes. Por ello, la STS de 18 de febrero de 2004 casa la sentencia recurrida, que había ordenado la aplicación de la pena pactada, declarando (FD 5.º):

«[...] no ha habido incumplimiento que motive la aplicación de la cláusula penal y en el informe oral se ha concretado que la estipulación quinta del contrato de arrendamiento prevé una cláusula penal consistente en un incremento del 30 por 100 de la renta si no se desalojan los bienes arrendados en cualquier supuesto de resolución, situación fáctica no producida, ni pedida en la demanda, ni declarada en la sentencia [...]»

⁶⁶ En este sentido, la STS de 14 de diciembre de 1999 afirma que existió una novación modificativa como consecuencia de haberse pactado un aumento sobre la obra inicialmente convenida.

⁶⁷ Vid. MARTÍNEZ MAS, Francisco: *La Cláusula Penal en el Contrato de Obra*, 2005, p. 86.

⁶⁸ Desde luego, nada impide a las partes vincular la pena convencional a dos o más hipótesis de incumplimiento: SSTS 3 de noviembre de 1999, 23 de noviembre de 1999 y 23 de diciembre de 2009.

Quien invoca la aplicación de una cláusula penal, debe acreditar los hechos que autorizan a formular su pretensión y corresponde al que niega su virtualidad, la prueba de los hechos impositivos de la misma (STS de 25 de enero de 2008).

La expresión «falta de cumplimiento», del artículo 1152 CC, alberga todas las modalidades de incumplimiento que, con diversa terminología, se contemplan en el Código civil⁶⁹, e implican la insatisfacción del interés del acreedor⁷⁰. La regla de cierre contenida en el artículo 1101 CC impone el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados a quienes de cualquier modo contravinieren el tenor de sus obligaciones. Cabe, pues, adoptar un concepto unitario de incumplimiento entendido como cualquier inejecución de las obligaciones que, conforme a las reglas contractuales, incumben al deudor⁷¹. Así lo define el artículo 1188 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil,⁷² a cuyo tenor: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». En consecuencia, los tipos de incumplimiento⁷³ a los que los contratantes pueden supeditar la exigencia de la pena convencional son:

A) Incumplimiento total y definitivo (absoluto).— En este caso, el deudor sólo estará obligado a pagar la pena pactada cuando, llegado el momento de cumplir la prestación principal, el deudor la ejecutó defectuosamente y no admite la corrección de los defectos o si el deudor no la realizó y el cumplimiento tardío resulta ya material o jurídicamente imposible. Es decir, cuando la ejecución tardía de la prestación, aun siendo posible, no satisfaga el derecho del acreedor, ya sea por estar sometida a término esencial o porque no sea razonable hacerle esperar un tiempo especialmente prolongado⁷⁴.

⁶⁹ Cfr., artículos 1101, 1124, 1166, 1167, 1169 CC.

⁷⁰ Vid. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos...*, cit., p. 647 y ss.; MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006, pp. 55 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, 1993, p. 1720.

⁷¹ Este es el concepto unitario de incumplimiento acogido por la Convención de Viena de 1980 (vid., Díez-PICAZO, L.: «Comentario a los artículos 61 a 65», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Dir. y Coord., Díez-PICAZO, L., Madrid 1998) y por los Principios del Derecho Europeo de Contratos (vid. Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Capítulos 8 y 9, Madrid, 2002).

⁷² Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, ob. cit., p. 655.

⁷³ La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos destina los artículos 1188 y siguientes a la regulación del incumplimiento de las obligaciones.

⁷⁴ El artículo 8:103 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, dispone que hay incumplimiento esencial en los siguientes casos: cuando la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con

B) Cumplimiento parcial o incompleto.—El acreedor podrá exigir la prestación penal si el deudor sólo ha cumplido parcialmente la prestación principal en el momento debido (arts. 1157-1169 CC), siendo así que el resto ya no es física o jurídicamente posible, o siéndolo, ya no satisface el derecho del acreedor.

C) Cumplimiento defectuoso.—En tal supuesto, el deudor estará obligado a pagar la pena acordada cuando ha realizado la prestación principal, en el momento oportuno, pero adolece de defectos (arts. 1166 y 1167 CC) que pueden ser corregidos, de manera que sea apta para satisfacer el derecho del acreedor.

D) Cumplimiento tardío.—La pena deberá hacerse efectiva en caso de que, llegado el momento de cumplir, el deudor no haya ejecutado (total o parcialmente) la prestación principal, pero ésta sea todavía posible y apta para satisfacer el derecho del acreedor. Este tipo de cláusula penal se denomina «moratoria».

2.º La exigibilidad de la prestación penal.

El artículo 1152-2.º CC dispone que la pena sólo podrá hacerse efectiva cuando fuere «exigible conforme a las disposiciones del presente Código». La letra del precepto es, al mismo tiempo, vaga y escueta, pues no señala cuándo se produce tal exigibilidad. Para determinar este extremo, habremos de atender en cada caso al tipo de lesión del derecho de crédito al que las partes han vinculado la prestación penal. Sin perjuicio de ello, y con carácter general, debemos remitirnos a las normas generales sobre efectos de las obligaciones y responsabilidad por incumplimiento. En consecuencia:

A) Si la obligación principal estuviere sometida a condición suspensiva (art. 1113 CC) o término inicial (art. 1125 CC), será necesario que se haya cumplido aquélla o vencido el plazo.

B) Cuando la obligación principal consista en no hacer, la pena convencional será exigible desde que se haya realizado el acto prohibido (art. 1099 CC).

C) Tratándose de obligaciones recíprocas, a la vista de los artículos 1100 y 1124 CC⁷⁵, la jurisprudencia aplica la doctrina sobre

el contrato; y cuando se trate de un incumplimiento intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento.

⁷⁵ La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos dispone (art. 1191): «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento.»

la *exceptio non adimpleti contractus*⁷⁶ y niega al acreedor que no haya cumplido sus propias obligaciones la facultad de exigir la prestación penal al deudor incumplidor, pues lo contrario supondría la quiebra del sinalagma propio de este tipo de obligaciones⁷⁷. La doctrina se recoge en la STS de 4 de abril de 2003⁷⁸, a cuyo tenor:

«Yendo al concepto mismo de la obligación con cláusula penal, es aquella obligación cuyo cumplimiento se garantiza con la misma y cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional. Por tanto, es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento al deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la que es deudor; y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado –obligación recíproca– y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1124, 1308 y especialmente del 1100 último párrafo, del Código civil que establece la compensación en caso de mora.» (FD 2.º)⁷⁹

«Las sentencias de instancia han apreciado incumplimiento de la obligación (bilateral) de pago por parte del comitente, la sociedad demandada y le han condenado al pago. Al tiempo, han aplicado al contratista, el demandante, la cláusula penal por su incumplimiento de la obligación (bilateral) de ejecutar la obra en el plazo

⁷⁶ Sobre el alcance de la *exceptio non adimpleti*... y su papel en caso de extinción de la relación contractual, véase la STS de 12 de diciembre de 2008.

⁷⁷ Ahora bien, como pone de manifiesto la STS de 17 de noviembre de 2004 (FD 5.º): «La *exceptio non rite adimpleti contractus*, una de las variantes de la de incumplimiento, admitida por la jurisprudencia con apoyo en los artículos 1100, 1124 1466 y 1500 del Código Civil, responde a la necesidad de mantener en el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al perfeccionar el contrato. *Por ello no es admisible el empleo de dicho instrumento de defensa cuando provoque una falta de proporción entre el medio y el fin, cual acontece en el caso de que la parte de prestación recibida sea la correspondiente a la parte de la contraprestación reclamada* (Sentencia de 27 de marzo de 1991) *o cuando los defectos de que adolezca la recibida no tengan entidad bastante, en relación con el resto de lo ejecutado* (Sentencias de 8 de junio de 1996, 22 de octubre de 1997 y 21 de marzo de 2003) *o cuando no resulte necesario para restablecer el equilibrio de prestaciones, al poder operar otro remedio distinto que, sin generar la crisis en el cumplimiento de lo pactado, lo permita*».

⁷⁸ El contratista demandante reclamaba el pago de la obra realizada bajo un contrato de obra con cláusula penal moratoria consistente en el pago de 100.000 pesetas. por día de retraso en la entrega de la obra. El contratista no entrega en plazo, porque el comitente tampoco había pagado el precio. La sentencia recurrida condena al comitente a pagar el resto el precio y al contratista a pagar la pena moratoria por no haber entregado la obra en el plazo previsto, si bien la modera *ex* artículo 1154 CC. El Tribunal Supremo casa la sentencia declarando que no procede aplicar la pena cuando el otro contratante no había cumplido su obligación de pagar el precio.

⁷⁹ En igual sentido se pronuncian las SSTS de 3 de febrero de 1998, 22 de julio de 1998, 26 de junio de 2000.

previsto. Con ello, *han quebrantado el sinalagma propio de estas obligaciones bilaterales, al ignorar que no puede exigirse a una parte –el contratista– el cumplimiento (y por ende, si incumple imponerle la pena convencional), si la otra parte no ha hecho cumplimiento de su respectiva obligación bilateral.*» (FD 3.º)

Por su parte, la STS de 30 de abril de 2008 confirma la resolución recurrida, que desestimó la demanda y la reconvenición, porque tanto los demandantes-reconvenidos como los demandados-reconvinientes habían incurrido en el incumplimiento previsto en la cláusula penal inserta en el contrato de sociedad civil del que todos eran parte⁸⁰.

D) El incumplimiento, o cumplimiento irregular, de la prestación principal ha de ser imputable al deudor⁸¹. La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo impone este requisito⁸² y, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1100, 1101, 1102 y 1105 CC, reitera que el deudor responde del incumplimiento salvo que concurra causa de exoneración de la responsabilidad contractual (caso fortuito o fuerza mayor)⁸³. Respecto de la imposibilidad sobrevenida, la doctrina jurisprudencial relativa a los artículos 1272 y 1184 CC aparece recogida en la STS de 30 de abril de 2002 (FD 7.º):

1. La regulación de los artículos 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1182, recoge una manifestación del *principio ad impossibilia nemo tenetur*, que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (*impossibilium nulla obligatio est*: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor.

⁸⁰ Conforme a dicha cláusula, aquél de los socios que, abandonando la sociedad, o disuelta ésta, utilizare el nombre de la sociedad (LORAIN) en el ejercicio de su empresa o profesión, sin el consentimiento del resto de contratantes, estará obligado a indemnizar a cada uno de éstos con la suma de 10.000.000 de pesetas. Tanto los actores como los demandados, tras abandonar la sociedad, habían utilizado su denominación social.

⁸¹ Requisito también previsto en la Resolución del Consejo de Europa de 20 enero de 1978, principio 4.º: «La pena convencional sólo será exigible cuando el incumplimiento de la obligación principal sea imputable al deudor, de manera que éste haya incurrido en responsabilidad».

⁸² SSTs de 12 de julio de 1993, 14 de octubre de 1994, 31 de octubre de 2006, 13 de julio de 2007 y 22 de abril de 2009.

⁸³ La tendencia a vincular la exoneración de responsabilidad por incumplimiento a los supuestos en que el mismo sea debido a circunstancias ajenas a la esfera de control del deudor y no previsibles en el momento de la celebración del contrato, aparece en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 79-1), en los Principios UNIDROIT (art. 7.1.7-1), en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (art. 8:108-1), así como en la propuesta de Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:104-1). Todos estos textos consideran al deudor garante de un resultado, por lo que el incumplimiento sólo se excusa si prueba que fue debido a un impedimento ajeno a su ámbito de control y que no cabía razonablemente haberlo previsto al momento de celebrarse el contrato, o haber evitado o superado sus consecuencias. En este sentido, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1740 y MORALES MORENO, *ob. cit.*, pp. 51-53.

2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística –atendiendo a los «casos y circunstancias», pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre de 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica.

3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria, pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia de 6 de octubre de 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo.

4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera, que sólo tiene efectos suspensivos, y la derivada de una situación accidental del deudor.

5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida.

6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible. La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él, o le es imputable, y existe culpa cuando se conoce la causa o se podía conocer, o era previsible, aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya. La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca.

7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor. La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento.

8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad.

En principio, por tanto, ante el incumplimiento de la prestación principal, el acreedor podrá exigir la pena pactada sin necesidad de probar la culpa del deudor, el cual sólo podrá liberarse de aquélla si demuestra la concurrencia de alguna causa de exoneración de responsabilidad prevista en las citadas reglas legales. Pese a ello, las partes pueden pactar lo contrario, es decir, el deber de cumplir la pena por el deudor aunque la falta de cumplimiento de la obligación principal no le fuera imputable, pues el tenor del artículo 1105 CC autoriza la asunción del riesgo por caso fortuito⁸⁴. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia al declarar que, cuando el deudor no es responsable del incumplimiento o

⁸⁴ Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 275; MONTÉS PENADÉS, ob. cit., p. 171. Según RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., ob. cit., p. 568, esta solución es aceptable en los supuestos de penas sustitutivas y moratorias, pero no en el caso de las penas cumulativas.

del cumplimiento defectuoso de la obligación principal y ésta se extinga, no se puede exigir la pena, salvo que, excepcionalmente, se hubiese prometido ésta para la hipótesis de no ser imputable al deudor el incumplimiento⁸⁵.

Sin embargo, el artículo 1148 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos dispone: «El acreedor sólo podrá exigir la *indemnización previamente convenida* cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor. La aplicación de las *penas convencionales* requerirá la culpa del deudor». La Propuesta distingue, pues, entre la exigibilidad de la «indemnización previamente convenida» y de la «pena convencional». Sólo para reclamar esta última, la Propuesta establece la culpa del deudor como criterio de imputación.

III. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONVENCIONAL

1. EL ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

Estipulada por las partes una prestación penal para el caso de que el deudor incumpla la obligación principal, o la cumpla inexactamente, y siempre que dicha estipulación reúna los requisitos necesarios de exigibilidad, deberá ser aplicada cuando el deudor incurra en el concreto tipo de incumplimiento en ella previsto. La cláusula penal excluye la necesidad de pruebas sobre la existencia y alcance de los perjuicios derivados del incumplimiento, pues el *quantum* indemnizatorio a cargo del deudor será el prefijado por las partes. En esta materia, como parte integrante del derecho de los contratos, rige el principio de la autonomía de la voluntad. Las obligaciones con cláusula penal se regulan ante todo, como se

⁸⁵ La STS de 13 de julio de 1999 niega la existencia de «fuerza mayor» alegada por la demandada para dar por extinguido anticipadamente (tres años antes de lo estipulado) un contrato de arrendamiento de finca rústica. La demandada, una empresa tabaquera, pretendía atribuir el carácter de fuerza mayor a la reducción de cuotas de producción, por cambio legislativo de la Comunidad Europea. Esta sentencia afirma que tal evento: «que hay que reputarlo dentro del denominado riesgo empresarial, por ser una eventualidad que puede producirse durante la vigencia de un contrato de arriendo limitado a cinco años de duración...»; añadiendo que: «... no queda fehacientemente acreditado el nexo causal entre el evento y el resultado como presupuesto fundamental para que la fuerza mayor genere irresponsabilidad ya que el hecho circunstancial de que se produjese legalmente, esa reducción en las cuotas de producción de tabaco, no conduce necesaria e ineludiblemente a que la sociedad arrendataria tuviese que resolver unilateralmente el convenio de arrendamiento pactado, por imposibilidad absoluta de continuar con el arriendo por los tres años de vigencia que restaban y a los que se había comprometido».

deduce de los artículos 1152 y 1153 CC, por la voluntad de las partes, expresa o claramente deducible del propio contrato, pues la jurisprudencia no admite interpretaciones extensivas. Dicha voluntad está sometida, junto a los límites generales que la ley impone a la autonomía privada, a la limitación contenida en el artículo 1154 CC: el Juez «modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»⁸⁶.

El tenor literal del artículo 1154 CC deja claro que no contiene una facultad judicial para modificar penas privadas excesivamente altas ni aumentar las irrisorias. La función atribuida por este precepto a los tribunales, al quedar circunscrita a los casos de «cumplimiento parcial o irregular» de la prestación principal, no se considera dirigida a modificar los acuerdos de las partes, sino más bien a complementar una posible laguna de los mismos⁸⁷. Se presume, pues, que la intención de las partes incluiría la correspondiente reducción de la prestación penal cuando el incumplimiento efectivo del deudor tuviera una intensidad menor al previsto para la pena. La parte de la prestación adecuadamente cumplida no se penaliza, no ya por virtud de la facultad judicial, sino porque no existe incumplimiento, que es el presupuesto determinante de la exigibilidad de la pena. Esta idea parece latir en las palabras de García Goyena⁸⁸ al comentar el artículo 1085 del Proyecto de Código civil de 1851, según el cual: «El Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo».

⁸⁶ Recordemos que esta facultad judicial no está recogida en el Derecho civil foral de Navarra, cuya Ley 518 la excluye expresamente, al decir: «[...] y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial [...]» La norma ha sido aplicada por la STS de 25 de enero de 1989, que declara: «[...] la facultad de moderación de la pena convencional, que autoriza al Juez el artículo citado del Código civil (1154), no se establece en el derecho civil foral navarro, puesto que la Ley 518-1.º de la Compilación foral vigente dispone por el contrario que la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial, norma que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 2 de la misma Compilación, hay que estimar de preferente aplicación sobre lo dispuesto en el Código civil, que no es más que derecho supletorio del foral...»

⁸⁷ Vid. ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., p. 164; MÁS BADÍA, M.ª Dolores: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, p. 19.

⁸⁸ GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 583. Afirma este autor que, si el acreedor consiente ser pagado por partes, «...no puede tener una parte de la cosa y exigir íntegra la pena que la sustituye y representa. Ni puede una misma cláusula dar siempre lugar a la misma pena, tanto contra el deudor que ha ejecutado casi de lleno su obligación, como contra el deudor que ni siquiera ha comenzado a ejecutarlo. El juez, para la modificación de la pena, deberá tener en cuenta la posición respectiva de las partes, y todas las demás consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio». Como puede apreciarse, el ámbito de aplicación del artículo 1154 CC es más amplio que el precepto contenido en el Proyecto de 1851, pues admite la modificación judicial tanto si el cumplimiento es parcial como si es irregular.

En esta línea de respeto a la voluntad presunta de las partes se admite con carácter general la vigencia, en materia de pena convencional, de la cláusula *rebus sic stantibus*⁸⁹. Esta cláusula, sobrentendida en todo tipo de contratos, permite a los tribunales alterar los términos concertados por las partes. La aplicación de la cláusula *rebus*, al tratarse de una figura de creación jurisprudencial, sólo es posible cuando concurren los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo⁹⁰. De este modo, el juez podría decretar el aumento o disminución de la cuantía prevista como pena privada cuando, de una correcta interpretación del contrato, se deduzca que las partes no quisieron abarcar la situación creada por una alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias existentes cuando se pactó la pena.

Volviendo al artículo 1154 CC, según señalan numerosas sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, su finalidad «no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis» (STS de 1 de junio de 2009).

Distinta de la vigente es la regulación prevista por la Comisión General de Codificación en su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, cuyo artículo 1150 dispone que «El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Por un lado, la Propuesta introduce la modificación judicial equitativa de «penas convencionales manifiestamente excesivas» y de «indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Por otro, suprime la

⁸⁹ Vid., entre otros, RUÍZ VADILLO, E.: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDP*, 1975, pp. 410, 411; DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, pp. 267 a 270; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a Corona: *Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional*, en *Aranzadi Civil*, núm. 14, 2003.

⁹⁰ Sobre la eventual modificación de los contratos por los tribunales en caso de «modificación sobrevenida de las circunstancias», analizando la cláusula *rebus*, la imprevisión, la excesiva onerosidad de la prestación y la teoría de la base del negocio, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 1055 ss. Actualmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos reconoce de forma expresa la posibilidad de revisar o, incluso, de resolver un contrato cuando «las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible» haciendo el cumplimiento excesivamente oneroso (Vid. Pablo SALVADOR CORDERCH: *Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Indret, 4/2009, www.indret.com).

modificación judicial de la pena en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, prevista en el vigente artículo 1154 CC, estableciendo como único criterio determinante de la modificación judicial la desproporción entre la suma pactada como indemnización y el valor del daño efectivo derivado del incumplimiento.

Las consideraciones que preceden, y las que seguidamente se exponen, relativas al régimen vigente en el Código civil, pueden extenderse a la cláusula penal inserta en un contrato mercantil. Como ya quedó dicho, el Código de comercio no contempla la modificación judicial de la «pena indemnizatoria» en caso de que la obligación principal se cumpla parcial o irregularmente. Por ello, y dada la remisión que los artículos 2 y 50 de dicho Código hace a las reglas generales del Derecho común en todo lo que no se oponga a su normativa propia, es aplicable en esta materia el artículo 1154 CC. Cuando un contrato mercantil con cláusula penal es cumplido de forma parcial o irregular (defectuosa, tardía...), se regula de modo análogo a como se regularía un contrato civil⁹¹.

2. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA FACULTAD JUDICIAL DE REVISIÓN DE LA PENA CONVENCIONAL

2.1 Naturaleza de la norma

Según una antigua línea jurisprudencial⁹² todavía en vigor, la expresión «el juez modificará la pena» implica un mandato imperativo para los tribunales, puesto que no dispone, como hacía el artículo 1085 del Proyecto de 1851, que el juez «puede modificar» la pena. En caso de cumplimiento parcial o irregular, proclama esta jurisprudencia, los jueces tienen no sólo el poder o facultad, sino el deber, de modificar la pena pactada cuando se den las condiciones previstas en la ley. Asimismo se afirma que cabe ejercitar de oficio la facultad moderadora concedida a los tribunales, sin necesidad de que las partes la invoquen, pues desde el momento en que se acreditó el incumplimiento parcial, surge el deber en aquéllos de moderar la pena convencional, quedando a su arbitrio, en términos

⁹¹ *Vid.* GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 151.

⁹² Recogida ya en las SSTs de 24 de marzo de 1909 y 16 de enero de 1910.

de equidad, la graduación de su cuantía⁹³. Cabe citar, entre muchas otras, la reciente STS de 4 de enero de 2007 (FD 2.º):

«La jurisprudencia interpreta literalmente el artículo 1154 del Código civil (concretamente, la fórmula imperativa «modificará...») y considera que constituye vehículo de un mandato expreso que el Juez ha de cumplir, aunque no sea instado a ello por ninguna de las partes [...].»

Una línea jurisprudencial minoritaria, sin embargo⁹⁴, entiende que se trata de una facultad del juez, no de un deber, pues el precepto afirma que la modificación se hará de manera equitativa, lo que implica algo, consustancial con la valoración y apreciación discrecionales, que es ajeno a la idea de un mandato imperativo y presupone la necesidad de que sea solicitado por aquél a quien interese.

En lo relativo a la posible aplicación de oficio de la facultad moderadora, esta segunda línea es más congruente con la regulación de la cláusula penal en nuestro Ordenamiento. Recordemos, por un lado, que el Código civil permite que la pena tenga toda la amplitud que las partes estipulen, salvo los límites del artículo 1255 CC⁹⁵; y, por otro, el principio de «justicia rogada» que preside el Derecho procesal civil⁹⁶. La revisión judicial de la pena pactada, por implicar una novación de la relación obligatoria, convierte en excepcional esta facultad de los tribunales, pues la regla general impide a éstos intervenir en las relaciones contractuales si no hay petición de parte en este sentido⁹⁷. Además, ningún precepto del Código civil, ni de ley alguna, determina o impone su aplicación de oficio. Perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses privados de las partes, rige el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio. A la misma conclusión se puede llegar a partir del artículo 24 de la Constitución, que impide una tutela judicial no solicitada⁹⁸.

⁹³ SSTs de 31 de mayo de 1994, 12 de diciembre de 1996, 13 de julio de 1999, 9 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2001, 10 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2002, 27 de abril de 2005, 5 de julio de 2006, 12 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2008, 30 de abril de 2008, 19 de febrero de 2009.

⁹⁴ SSTs de 20 de noviembre de 1970, 30 de junio de 1981, 23 de mayo de 1990.

⁹⁵ Que nos remiten a la posible nulidad de las cláusulas usurarias, por contrarias a la Ley de Represión de la Usura, o abusivas conforme a lo dispuesto en la legislación protectora de los consumidores.

⁹⁶ En este sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 468; y MAS BADÍA, ob. cit., pp. 73 a 77.

⁹⁷ ORTÍ VALLEJO, ob. cit., p. 318.

⁹⁸ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 468, matizando que la interpretación literal no ha sido nunca el más aconsejable camino de inteligencia de las normas. En el mismo sentido, ESPÍN ALBA, Isabel: *La cláusula penal, especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid, 1997, p. 67.

Solicitada la modificación, y dándose los presupuestos previstos en el artículo 1154 CC, el juzgador deberá modificar la pena, establecida por los contratantes en contemplación del incumplimiento total, para reajustarla al incumplimiento parcial o cumplimiento irregular, salvo que otra cosa hayan acordado las partes.

La facultad que concede el artículo 1154 CC corresponde en exclusiva a los tribunales de instancia. Según la jurisprudencia⁹⁹, la moderación equitativa de la pena corresponde al Juzgador de instancia «cuyo criterio no se puede revisar en casación» (STS de 27 de febrero de 2007), salvo interpretaciones irracionales, ilógicas, absurdas o carentes de toda base (SSTS de 28 de septiembre y 12 diciembre de 2006) o cuando no concurren los requisitos legales exigidos, como declara la STS de 10 de marzo de 2009 (FD 2.º):

«Esta Sala ha reiterado que el uso de la facultad moderadora establecida en el artículo 1154 del Código Civil 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. Dicha revisión casacional procede, sin embargo, en los supuestos en que lo denunciado es que tal moderación se ha producido pese a no concurrir las condiciones legalmente exigidas para ello, esto es, que *la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.*»

Finalmente, en la doctrina se ha planteado si el artículo 1154 CC es o no una norma imperativa para los contratantes pues, en caso afirmativo, sería nulo el pacto que excluyera su aplicación. Parece prevalecer la idea que defiende la naturaleza dispositiva de esta norma, dado que la misma se funda en la autonomía de las partes para determinar que el monto de la pena no sea reducido en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal¹⁰⁰, de manera que si se produjere dicha situación, no entraría en juego la facultad moderadora de los tribunales prevista en el repetido precepto.

⁹⁹ Desde la STS de 16 de marzo de 1910, hasta las más recientes, entre las que pueden citarse las SSTS de 23 de mayo de 1997, 22 de diciembre de 1997, 12 de febrero de 1998, 14 de diciembre de 1998, 9 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2001, 5 de diciembre de 2003, 27 de abril de 2005, 3 de febrero de 2006, 7 de junio de 2006, 5 de julio de 2006, 20 de septiembre de 2006, 20 de diciembre de 2006, 14 de mayo de 2008.

¹⁰⁰ En este sentido, MAS BADÍA, ob. cit., pp. 77 ss. La autora defiende esta postura y da cuenta de las diversas teorías doctrinales a favor y en contra de la misma.

2.2 La «modificación equitativa» del artículo 1154 CC

Aunque el artículo 1154 CC habla de «modificar equitativamente», el supuesto de hecho de la norma, «cumplimiento parcial o irregular» de la obligación principal, indica que la consecuencia jurídica, la modificación, sólo puede consistir en reducir la pena pactada¹⁰¹, nunca aumentarla; ni tampoco suprimirla, pues para ello sería preciso que se hubiera dado no un cumplimiento parcial o irregular, sino exacto de la prestación principal. A un menor grado de incumplimiento sólo puede corresponderle en equidad un menor grado de penalización. Declara así la STS de 10 de mayo de 2001 (FD 2.º), recogida por la STS de 13 de febrero de 2008 (FD 2.º):

«El artículo 1154 del Código civil es una norma de carácter imperativo, cuyo supuesto de hecho es el cumplimiento parcial, irregular o defectuoso, que no lo es ni el cumplimiento pleno ni el incumplimiento total y cuyo efecto es la moderación equitativa por el órgano jurisdiccional para *evitar la situación de injusticia que implicaría cumplir toda la pena, cuando no se ha incumplido toda la obligación.*»

Sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo han considerado posible otra forma de modificación de la cláusula penal: conceder al deudor un plazo para ponerse al corriente de sus obligaciones, transcurrido el cual se aplicaría la cláusula penal convenida¹⁰². En este sentido, la STS de 19 de mayo de 1958, atendiendo a lo exorbitante de la carga impuesta (pérdida de la finca comprada y de cuantiosas sumas pagadas como parte del precio), considera equitativa la moderación consistente en otorgar al deudor un plazo, dentro del cual podría satisfacer su deber y así «quedar liberado de tan desproporcionado castigo». Ahora bien, como señala la doctrina, conceder un plazo no es moderar la pena, sino facilitar el cumplimiento y evitar así la imposición de la pena¹⁰³.

El ejercicio de la facultad otorgada es, según tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, discrecional o de libre arbitrio de los juzgadores de instancia, quienes han de ejercitarla mediante un juicio o arbitrio de equidad¹⁰⁴, con arreglo a las cir-

¹⁰¹ STS de 28 de febrero de 2001.

¹⁰² STS de 5 de febrero de 1914.

¹⁰³ Vid. ALBALADEJO, ob. cit., p. 488; CABANILLAS, ob. cit., p. 161; LOBATO, ob. cit., p. 188; MAS BADIÁ, ob. cit., p. 159.

¹⁰⁴ Sobre el «arbitrio judicial», vid.: Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, contestado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 2004; y NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000.

cunstancias concurrentes en el caso concreto¹⁰⁵. El juego de la equidad puede incluso conducir a no efectuar la reducción cuando el cumplimiento irregular o parcial no tenga entidad suficiente para determinar la misma, o cuando la pena no alcance a compensar el perjuicio sufrido por el acreedor¹⁰⁶.

Sobre los factores a tener en cuenta por el juez para realizar el «juicio de equidad» existen diversas opiniones doctrinales. Para algunos, la modificación equitativa supone que se tomen en consideración los intereses de las dos partes, así como el provecho que del cumplimiento parcial haya obtenido el acreedor¹⁰⁷. Para otros, se debe atender al perjuicio realmente sufrido por el acreedor¹⁰⁸; o al perjuicio evitado por el cumplimiento parcial en relación con el perjuicio remanente; o bien a la íntegra satisfacción del acreedor mediante la inexacta prestación recibida y la cuota de pena abonada¹⁰⁹. Se afirma, asimismo, que la clave de la moderación reside en la idea de proporción¹¹⁰. En ocasiones, se acude al criterio de la diferencia de valor: en caso de incumplimiento parcial, habrá que atender al valor de la parte cumplida y de la no cumplida de la prestación principal; y en el de cumplimiento defectuoso, a la diferencia entre el valor real del cumplimiento correcto y del defectuoso¹¹¹.

En el ámbito jurisprudencial, apenas hay pautas claras sobre el alcance y forma de la modificación debido al carácter discrecional de esta facultad judicial. En algunas sentencias, ni siquiera se explican los motivos de la reducción de la pena, limitándose la Sala a proclamar la imposibilidad de revisar en casación el juicio de equidad realizado por el juzgador de instancia. Existe, no obstante, un criterio utilizado con mayor frecuencia: el de reducir la pena en proporción al grado o calidad del cumplimiento¹¹². Así, de la pena prevista para el incumplimiento total, habrá de descon-

¹⁰⁵ Declara la STS de 27 de abril de 2005 (FD 1.º): «El artículo 1154 contiene un mandato imperativo para el Juez en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes». En igual sentido, las SSTs de 10 de marzo de 1995 y 22 de septiembre de 1997.

¹⁰⁶ Cuando la pena pactada consiste en la pérdida de cantidades ya pagadas, algunas sentencias no la moderan porque el deudor se había beneficiado con la posesión del inmueble: SSTs de 22 de octubre de 2002, 15 de julio de 2003, 5 de diciembre de 2003, 20 de septiembre de 2006, 12 de diciembre de 2006, 4 de enero de 2007.

¹⁰⁷ PUIG PEÑA, *Compendio...*, ob. cit., p. 137; DÁVILA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 418.

¹⁰⁸ ORTÍ VALLEJO, ob. cit., p. 317.

¹⁰⁹ GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 151.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 586-587.

¹¹¹ LOBATO, ob. cit., p. 186.

¹¹² *Vid.* ESPÍN ALBA, I., ob. cit., p. 63.

tarse la parte que proporcionalmente corresponda a lo correctamente cumplido¹¹³.

También ha declarado la jurisprudencia que la culpa del deudor debe apreciarse para determinar si existe incumplimiento imputable que permita al acreedor exigir la prestación penal (art. 1152-2.º CC), pero no para decidir si debe ésta moderarse o no. En efecto, el artículo 1154 CC únicamente subordina la moderación de la pena a la condición de que la obligación principal haya sido parcial o irregularmente cumplida¹¹⁴. Pese a ello, algunas sentencias han aplicado criterios relativos al grado de culpa del deudor o la intensidad de los perjuicios¹¹⁵, que no parecen admisibles en esta sede. La diligencia del acreedor es tenida en cuenta por la STS de 13 de marzo de 1999 que, respecto de un contrato de obra con cláusula penal incumplido por el contratista y el arquitecto, decreta la resolución del contrato y la aplicación de la cláusula penal, la cual se modera habida cuenta de que (FD 7.º):

«[...] la obligación principal del constructor no ha sido totalmente incumplida y que, por su parte, *el actor no ha sido diligente en presentar su reclamación*, con lo que podía dilatar el espacio temporal de la penalización y de su consiguiente cuantificación y que también su conducta versátil ha complicado la buena ejecución del proyecto, esta Sala decide utilizar la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil.»

La doctrina jurisprudencial que, en sede obligaciones recíprocas, niega al acreedor que no haya cumplido sus propias obligaciones la facultad de exigir la prestación penal al deudor incumplidor¹¹⁶, parece latir en la *ratio decidendi* de la STS de 10 de marzo de 2009, la cual confirma una sentencia en la que la moderación de la pena se realizó por la Audiencia atendiendo, precisamente, a la existencia de ciertos incumplimientos no resolutorios por parte del acreedor. Esta solución conduce a moderar la pena no por un cumplimiento parcial o irregular del deudor (que, en este caso, había incumplido totalmente la obligación principal), sino por un cumplimiento parcial o irregular del propio acreedor, ya que la citada sentencia afirma (FD 2.º):

¹¹³ Solución defendida por ALBALADEJO, ob. cit., p. 486.

¹¹⁴ STS de 21 de mayo de 1948.

¹¹⁵ SSTS de 8 de enero de 1945, 27 de mayo de 1959. Cita el criterio de la buena fe, la STS de 9 de enero de 2000.

¹¹⁶ *Vid. supra*. Esta doctrina, recogida entre otras en las SSTS de 4 de abril de 2003, 29 de marzo de 2004 y 5 de diciembre de 2007, se rechaza en la STS de 25 de enero de 2008 cuando el acreedor sólo incurre en cumplimiento defectuoso «de entidad no decisiva».

«Se llega así al tema nuclear que en realidad se plantea en el motivo y es el de la posible eficacia que, en cuanto a la exigibilidad de la pena, haya de atribuirse a los *incumplimientos del acreedor que, aun no siendo de naturaleza esencial* y por tanto de carácter resolutorio, *han sido valorados por la Audiencia a la hora de obtener un juicio de equidad* sobre la exigencia al deudor del cumplimiento de la pena convencionalmente establecida. En este sentido la Audiencia destaca en el fundamento jurídico tercero de su sentencia que «en el supuesto de la *litis*, han existido, como queda dicho, incumplimientos parciales de la apelada o, si se prefiere, un cumplimiento irregular de su obligación principal», de modo que en realidad lo que la sentencia impugnada viene a sentar es la necesidad de atribuir algún efecto a tales incumplimientos parciales que, en caso de aplicación íntegra de la pena, quedarían sin sanción jurídica alguna. En este sentido la Audiencia *atendiendo al criterio de equidad que se encuentra presente en la propia dicción del artículo 1154 del Código civil, en relación con el artículo 3.2 del mismo Código, viene en cierto modo a compensar los efectos del incumplimiento de la parte demandada, que determinan la aplicación de la cláusula penal, con los incumplimientos parciales atribuidos a la parte actora, para en definitiva llevar a cabo la moderación de la pena, sin que en consecuencia pueda estimarse infringida la norma cuya vulneración se ha denunciado [...].»*

En el fondo, la moderación de la pena es más un problema de ajuste de los intereses en juego que un problema de equitativa reducción. Por tanto, parece preferible atender al grado en que la prestación realizada se sujete al programa de prestación previsto al constituirse la obligación. Así, el juicio de equidad deberá responder al principio de autonomía de la voluntad, que inspira la regulación legal de la cláusula penal, y atender a la composición de los concretos intereses de las partes prevista en las reglas contractuales. Lo que no parece permitir el artículo 1154 CC es la pura discrecionalidad del juzgador¹¹⁷, aunque algunas sentencias del Tribunal Supremo se hayan inclinado en esta dirección, como la STS de 2 de diciembre de 1998 cuyo FD 2.º declara que la facultad *ex artículo 1154 CC «es de absoluta discrecionalidad por parte del Juzgador»*.

Por todo ello, tal vez sea el sistema proporcional el más adecuado (aunque la proporción, entre penas totales e incumplimiento total y cumplimiento parcial y pena moderada, pueda no ser matemáticamente exacta¹¹⁸), siempre y cuando se respeten dos principios. En primer lugar, la proporción en que ha de reducirse la pena no debe atender sólo a la *cantidad* de prestación realizada (en caso

¹¹⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 468-469; FERNÁNDEZ, T. R., ob. cit., MAS BADÍA, ob. cit., pp. 66 ss.

¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pp. 468-469.

de cumplimiento parcial) o al *nivel de corrección* de la misma (si el cumplimiento es irregular), sino que debe valorarse según el grado en que objetivamente haya satisfecho el interés del acreedor¹¹⁹. En segundo término, es menester que el importe de la pena, tras ser moderada, no sea tan bajo que altere la función preventiva y represiva que las partes hubieran atribuido a la pena convencional¹²⁰, de manera que la moderación no convierta en ilusoria la función de la cláusula penal¹²¹, como hace la STS de 8 de febrero de 1989, que modera la pena para ajustarla a los daños sufridos por la acreedora.

3. PRESUPUESTOS DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL: EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

La modificación de la pena sólo es legalmente posible cuando el deudor haya incurrido de manera relativa, no total y absoluta, en el incumplimiento sancionado con aquélla. La ley no autoriza a los jueces para modificar la pena según proceda o no en equidad, sino sólo cuando haya existido un cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal, no su incumplimiento total¹²².

En definitiva, la modificación de la pena convencional presupone una lesión del derecho de crédito derivada de la ejecución inexacta de la obligación principal, que no se ajusta al proyecto de prestación fijado en el contrato y produce una insatisfacción objetiva del derecho del acreedor distinta de la que derivaría del incumplimiento total¹²³.

El Tribunal Supremo declara reiteradamente que la potestad concedida por el artículo 1154 CC está condicionada al hecho de que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, según declara la STS de 29 de noviembre de 1997 (FD 12.º):

«En las obligaciones con cláusula penal, como norma general, la pena estipulada sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento de la obligación, si otra

¹¹⁹ En este sentido, MAS BADÍA, ob. cit., pp. 64, 94 y ss., con cita del vigente artículo 1231 del Código civil francés, según el cual, en caso de cumplimiento parcial, el juez puede reducir la pena en proporción al interés que la ejecución parcial haya procurado al acreedor.

¹²⁰ Vid. TRIMARCHI, M.: *La clausola penale*, Milán, 1954, p. 135; y MAS BADÍA, ob. cit. pp. 86 a 104.

¹²¹ Vid. LOBATO, ob. cit., p. 189.

¹²² Sobre la lesión del derecho de crédito, vid. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 647 ss.

¹²³ Vid. MANRESA Y NAVARRO, José M.ª: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII-1, Madrid, 1967, p. 571 y MORENO, Fausto: *Voz «Cláusula penal»*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Barcelona, 1952, p. 199.

cosa no se hubiere pactado (art. 1152 del Código civil), o sea, que la aplicación de la pena procede cuando el deudor incumple totalmente la obligación. En función de ello, viene establecido el artículo 1154 del mismo Cuerpo legal, con arreglo al cual el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, o sea, que dicha facultad moderadora ha de actuar cuando, prevenida la pena para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular.»

Habrà de darse, afirma la STS de 23 de octubre de 1970, «como supuesto básico, un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal que hiciese procedente, por razones de equidad, la moderación de las consecuencias, puesto que de no suceder de tal modo, no supondría sino un cambio *a posteriori* de lo pactado, cosa bien distinta de lo que en dicho artículo se previene». Si hay incumplimiento total, no cabe moderar la pena, declara la STS de 21 de junio de 2004 (FD 3.º):

«Así las cosas, se revela imposible la moderación de la cláusula penal en base al artículo 1154, pues este precepto solamente lo permite en caso de incumplimiento no total (cumplimiento parcial o irregular). De lo contrario, es decir, abarcando el incumplimiento total, dejaría de tener sentido la consignación de los dos casos en que el juez modificará equitativamente la pena. Es en ellos donde cualquier desproporción entre el incumplimiento y pena ha de ser corregida equitativamente, porque el deudor no ha frustrado en su totalidad el interés del acreedor en el cumplimiento.»

Aplicando esta doctrina, la STS de 31 de octubre de 2006¹²⁴ aprecia incumplimiento total de la obligación principal, sin posibilidad de moderar la pena pactada, por los vendedores de un inmueble que no habían informado a los compradores de la exis-

¹²⁴ Antes de elevar a escritura pública un contrato de compraventa de vivienda, los compradores comprobaron que sobre ella pesaban cargas no contempladas, por lo que solicitaron la resolución del contrato y la aplicación de la cláusula penal inserta en éste, a cuyo tenor: «En caso de incumplimiento de contrato por causa imputable a la parte vendedora, el comprador podrá exigir judicialmente el cumplimiento del mismo o la devolución duplicada de la cantidad entregada en este acto». El Juzgado de 1.ª Instancia declaró: «Estamos ante arras penales, conclusión idéntica, por otro lado, a la que alcanzan los demandantes en su demanda. La anterior calificación jurídica conduce al artículo 1152 y siguientes del CC, y especialmente, a la posibilidad de moderar equitativamente la cláusula penal, lo que se considera oportuno en este caso [...]». La Audiencia anuló parcialmente la sentencia y condenó a los vendedores al pago de la pena sin moderación, ya que: «Si el artículo 1154 sólo permite moderar la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida entendemos que no debe hacerse uso de tal precepto en este caso pues el incumplimiento de los vendedores debe calificarse como esencial, pues impedía entregar la pacífica posesión de la finca libre de cargas que es el contenido básico del contrato y comprometía la posibilidad de que el vendedor pudiese llegar a adquirir la propiedad de la finca, con lo que se frustraba el contenido básico del contrato celebrado». El TS de declara no haber lugar al recurso de casación.

tencia de dos anotaciones preventivas –una de demanda y otra de embargo– sobre dicho inmueble.

No obstante, incluso existiendo cumplimiento parcial o irregular, será preciso determinar si procede o no la moderación de la pena. A tales efectos hay que atender, ante todo, al tipo de incumplimiento, total o parcial, al cual se ha subordinado aquélla.

3.1 Pena convencional estipulada para incumplimiento total y definitivo

Será de aplicación el artículo 1154 CC cuando las partes hubieran pactado la pena para el caso de incumplimiento total y definitivo de la obligación principal, si el deudor la cumple sólo parcialmente, o de forma total pero defectuosa o irregular, siempre y cuando el acreedor acepte la prestación. Así pues, si el acreedor acepta el cumplimiento parcial o irregular y reclama la penal, el Juez podrá moderar su importe.

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que la moderación regulada en el artículo 1154 CC no procede cuando se produce el incumplimiento parcial o defectuoso para el que se hubiera previsto específicamente la pena, sino sólo cuando convenida para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular (STS de 10 de mayo de 2001). Por tanto, «la cláusula penal se aplica por entero cuando la obligación se incumple por entero y sólo si se ha incumplido parcialmente, cumplimiento defectuoso, el Juez la moderará equitativamente» (SSTS de 7 de febrero de 2002, de 10 y 26 de marzo de 2009¹²⁵). Conforme a la referida doctrina, la potestad judicial moderadora está limitada a los supuestos en que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», como establece el artículo 1154 CC (SSTS de 13 de julio de 1984, 29 de marzo y 21 de junio de 2004 y 29 de diciembre de 2009), pero sólo si tal incumplimiento no hubiera sido el pactado como supuesto para la aplicación de la pena convencional. En definitiva, declara la STS de 12 de diciembre de 2008 (FD 2.º):

«[...] lo que el artículo 1154 exige es que se divida la pena si se ha dividido, por decirlo impropiaemente, el cumplimiento; esto es, si concurre el incumplimiento previsto por las partes, pero cualitativa

¹²⁵ Las litigantes celebraron una promesa de contrato de comprar y vender una finca, e incluyeron una cláusula según la cual, si la compradora desistía, perdería el dinero pagado a cuenta del precio (70.000.000 de pesetas). Habiendo entregado la compradora la mitad del precio (35.000.000 de pesetas), desistió de la compra, pero reclamó la devolución de lo pagado. El TS de confirma la sentencia de la Audiencia que condenó a la compradora a perder la totalidad de la suma entregada.

o cuantitativamente degradado. Dicha doctrina ha sido sancionada por la jurisprudencia, de la que son manifestación, además de la sentencia citada en el motivo, las de 7 de febrero de 2002 –según la que se trata de evitar la injusticia que implicaría cumplir toda la pena cuando no se ha incumplido toda la obligación–, 20 de junio de 2007 –según la que «responde la mencionada norma a la idea de que cuando los contratantes han previsto la pena para un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de aquella si el deudor cumple en parte o deficientemente ésta» y que «precisamente por ello la jurisprudencia (sentencias de 10 de mayo de 2001, 5 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2006), por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes (art. 1255 del Código civil) y al efecto vinculante de la regla contractual», rechaza la exigibilidad de la moderación que el artículo 1154 establece cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación producido–, y de 13 de febrero de 2008 –que se remite a la de 14 de junio de 2006, para declarar que «cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes.»

Cabe, no obstante, que el acreedor rechace un cumplimiento parcial, en cuyo caso podrá reclamar la totalidad de la pena¹²⁶. Por tanto, «no procede aplicar el artículo 1154 CC a las obligaciones indivisibles en las que sólo cabe el cumplimiento o incumplimiento total», afirma la STS de 21 de marzo de 1950. Lo mismo sucede siempre que la prestación realizada no se ajuste plenamente a lo pactado, el acreedor podrá rechazarla si no es idónea para satisfacer su derecho. Según la STS de 17 de diciembre de 2003, «[...] si el acreedor no está obligado a aceptar un cumplimiento parcial de la prestación ni otra distinta, tampoco lo está a conformarse con una prestación que no se ajusta a lo convenido, ni existe precepto legal alguno que le obligue a aceptar bajo reserva de exigir su corrección» (FD 2.º) [...]» El deudor no se libera del cumplimiento de la cláusula penal porque el acreedor no acepte la prestación que le ofrece si ésta no se ajusta a lo pactado» (FD 3.º). Pero, también declara la Jurisprudencia que el rechazo no es admisible en incum-

¹²⁶ En este sentido, la STS de 20 de marzo de 2002.

plimientos de poca entidad que permiten considerar la prestación como apta para satisfacer el interés del acreedor¹²⁷.

3.2 Pena convencional estipulada para incumplimientos parciales o relativos. La denominada «pena comisoría»

Cuando el tipo de incumplimiento previsto como determinante de la prestación penal sea, precisamente, un cumplimiento inexacto de la prestación principal (parcial, defectuoso, tardío...), si el deudor incurre en el mismo, no procedería la reducción de la pena, salvo que se tome en consideración el grado real de cumplimiento inexacto en relación con el previsto. En resumen, cabría entender que la modificación del artículo 1154 CC debe realizarse cuando el incumplimiento realmente «producido» sea inferior, en cantidad o calidad, al incumplimiento «previsto». Al ser menor el incumplimiento, también la cuantía de la pena debe rebajarse para ajustarla a la situación real¹²⁸.

La doctrina jurisprudencial se pronuncia claramente en este sentido. Dado que nos hallamos en materia sometida a la voluntad autónoma de las partes, advierte el Tribunal Supremo, no cabe moderación cuando el incumplimiento parcial era el previsto expresamente en la cláusula penal. Entre las sentencias más recientes¹²⁹, cabe citar:

– STS de 20 de junio de 2007, cuyo FD 2.º declara:

«El artículo 1154 remite al juicio de equidad del Juez para la moderación de la pena convencional “cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”. Responde la mencionada norma a la idea de que cuando los contratantes han previsto la pena para un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de aquella si el deudor cumple en parte o deficientemente ésta. Precisamente por ello la jurisprudencia..., por respeto a la potencialidad normativa creado-

¹²⁷ Sobre la actual doctrina jurisprudencial relativa al «incumplimiento resolutorio», afirma la STS de 20 de septiembre de 2006 (FD 2.º): «[...] en la actualidad basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato». En el mismo sentido, SSTS de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 31 de octubre de 2006, 17 de diciembre de 2008.

¹²⁸ Cuando la pena fuere establecida para el supuesto de un cumplimiento parcial o irregular, es obvio que si la obligación principal se cumple de esa forma parcial o irregular no cabrá moderación de la pena. Otra cosa es que el grado de parcialidad o irregularidad sean superiores al previsto, cual sucedería en caso de incumplimiento total de la prestación principal. *Vid.* ALBALADEJO, ob. cit., p. 485

¹²⁹ Ver también las SSTS de 20 de mayo de 1998, 15 de noviembre de 1999, 10 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2002, 22 de octubre de 2002, 5 de diciembre de 2003, 20 de julio de 2005, 3 de octubre de 2005, 14 de junio de 2006, 23 de octubre de 2006, 20 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2008.

ra de los contratantes (art. 1255 del Código civil) y al efecto vinculante de la regla contractual (*pacta sunt servanda*: artículo 1091 del Código civil), rechaza la exigibilidad de la moderación que el artículo 1154 establece cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación producido.»

– STS de 14 de junio de 2006 (FD 4.º)¹³⁰:

«Es doctrina constante de esta Sala, que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, “la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis”, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes.»

Pese a ser ésta la doctrina jurisprudencial mayoritaria, existen sentencias discrepantes que amplían el ámbito del artículo 1154 CC afirmando que éste permite corregir «cualquier exceso o desvío en la cuantificación o exigencia de la pena» y considerando que la moderación judicial en un supuesto de «configuración de un contrato por el juez»¹³¹. Por su parte, la STS de 4 de enero de 2007 confirma la reducción (en un 60 por 100) de la pena que había sido decretada de oficio por la sentencia recurrida, pese a la validez de la cláusula y a que se había producido el tipo de incumplimiento para el cual fue estipulada¹³², sin que se expliquen las razones de

¹³⁰ La mayor parte de los litigios se refieren a ventas de inmuebles con pago aplazado, aunque también hay casos de ventas a plazos de otros tipos de bienes. Así, la STS de 14 de junio de 2006 se refiere a una compraventa de acciones con parte del precio aplazado, los compradores abonaron 697.466.873 pesetas (4.191.860,33 euros) y dejaron de pagar 105.122.987 pesetas (631.801,88 euros). Según la cláusula penal estipulada: en caso de impago de uno cualquiera de los pagos previstos, quedará resuelta la presente compraventa quedando a favor de los vendedores las cantidades entregadas hasta el momento de la resolución. Decretada la resolución, los compradores, considerando exagerada la cláusula penal, piden que se les devolvieran 300.000.000 pesetas (1.803.036,31 euros). La sentencia recurrida, modera la cláusula penal en virtud del artículo 1154 del Código civil, porque se produjo un incumplimiento parcial del precio pactado, considerando que el grado de cumplimiento fue del 87 por 100. La STS de declara haber lugar al recurso y excluye la moderación de la pena.

¹³¹ STS de 1 de octubre de 1990.

¹³² Se refiere a un contrato de distribución por el que la compañía concesionaria distribuidora (actora) se compromete a vender bebidas por valor de una determinada cantidad de dinero al año bajo pena, si no lo consigue, de abonar la diferencia a la concedente. Producida la situación prevista para aplicar la pena, y obrando su importe en poder de la concedente, la distribuidora demanda a la concedente solicitando la anulación por error de la citada pena y la devolución de su importe (no reclamó su moderación y restitución de la

tal moderación. Se limita la Sala a anular la condena a restituir la parte de la pena que ya había recibido la demandada, y que excedía de la suma resultante tras la reducción judicial del importe de aquélla, porque el actor no reclamó tal devolución y el tribunal de instancia la había impuesto de oficio (FD 2.º):

«[...] como resulta de lo expuesto, la Audiencia Provincial no se limitó a moderar la pena convencional, sino que, por haberse producido anteriormente el desplazamiento patrimonial de la suma de dinero en que consistía, no sólo declaró el *indebitum*, sino que además condenó a “C.A., S.A.”, como *accipiens*, a restituir lo recibido con exceso, según dicha declaración. Impuso, así, una restitución que, aunque encuentre su causa originaria en la previsión moderadora del artículo 1154 del Código Civil, excedía del contenido imperativo de dicha norma, de modo que, conforme a las reglas generales, la condena a dar en que la moderación se tradujo no podía ser impuesta sin petición de parte (como se dijo, no formulada).»

En esta misma línea, algunas resoluciones del Alto Tribunal aplican el artículo 1154 CC a supuestos en los que el cumplimiento parcial era el previsto por las partes para aplicar cláusula penal. Ejemplo de ello es la moderación de penas convencionales, incluidas en contratos de *leasing*¹³³ o de compraventa a plazos¹³⁴ según las cuales, si el deudor deja de pagar un solo plazo, el acreedor podrá resolver el contrato quedándose con la parte del precio ya pagada.

En este contexto, ante todo, hemos de recordar el régimen propio de los contratos de venta a plazos de bienes muebles sometidos a la Ley 28/1998, de 13 de julio. Si el comprador incumple y el contrato se resuelve a instancias del vendedor, la propia Ley establece una penalización *ex lege*, de carácter imperativo y que sustituye a cualquier cláusula que las partes pudieran establecer al respecto¹³⁵. Así,

diferencia). La Audiencia Provincial no anula la pena, pero la reduce de oficio de 15 a 6,5 millones de pesetas y ordena a la concedente restituir los 8,5 millones de diferencia. El Tribunal Supremo confirma la reducción de la pena (admitiendo, pues, la aplicación de oficio del artículo 1154 CC), pero no el deber de la demandada de restituir la diferencia, porque esta restitución no puede imponerse de oficio.

¹³³ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *ADC*, 1982, pp. 41 ss.

¹³⁴ En materia de bienes muebles, cuando se trate de contratos regulados por la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, habrá que estar a lo en ella dispuesto. Recordemos ahora que el artículo 11 dispone: «Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago. Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador».

¹³⁵ Vid. Díez-PiCAZO, L., «Cláusula penal...», cit., p. 406, quien añade: «aunque no excluye lógicamente la incidencia de las penalizaciones en la resolución como módulo de indemnización»..

conforme al artículo 10-1.º de la citada Ley, el «vendedor o prestamista tendrá derecho: a) Al 10 por 100 de los plazos vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador; y b) A una cantidad igual al desembolso inicial, si existiera, por la depreciación comercial del objeto. Cuando no exista desembolso inicial, o éste sea superior a la quinta parte del precio de venta al contado, la deducción se reducirá a esta última».

Por su parte, el artículo 13 de la Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias se remite expresamente a la moderación judicial prevista en el artículo 1154 CC. Así, tras establecer (apartado 1.º) que «salvo pacto en contrario, el propietario tendrá una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año», añade que, «para llevar a cabo la resolución el propietario deberá consignar a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción» (art. 13-2.º-1). Este deber del propietario podrá excepcionarse, ya que (art. 13-2.º-2) «mediante cláusula penal podrá pactarse la pérdida en todo o en parte de las cantidades que con arreglo al párrafo anterior corresponda percibir al titular del derecho resuelto. Todo ello sin perjuicio de la facultad moderadora de los tribunales establecida en el artículo 1154 del Código Civil».

Con independencia de estos regímenes especiales, la denominada «pena comisoría» tiene especial relevancia en contratos de compraventa inmobiliaria con pago aplazado, en los que se estipula la facultad resolutoria expresa del vendedor por impago de cualquiera de los plazos por el comprador, con el pacto añadido de que el vendedor retendrá los plazos percibidos, o parte de ellos, en caso de ejercitarse la resolución. Se trata, pues, de una excepción pactada a la regla general de la restitución de ambas prestaciones propia del mecanismo resolutorio¹³⁶. Esta modalidad de pena pactada puede conducir, en determinados supuestos, a resultados excesivamente gravosos para el comprador ya que le penaliza en mayor medida cuanto más parte del precio haya pagado en el momento de la resolución. Se produciría, así, un beneficio desproporcionada-

¹³⁶ Para un estudio detallado de la «pena comisoría», *vid.* RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999. Señala este autor, pp. 556 a 558, que esta cláusula penal es una garantía lícita que, dada la posibilidad de ser inscrita en el Registro de la Propiedad, tendrá «trascendencia real», sin que constituya ningún derecho real limitado de garantía, cuya presencia determinaría legalmente la prohibición del comiso privado.

mente alto a favor del vendedor que lleva a un sector de la doctrina y la jurisprudencia a propugnar su moderación.

En este sentido, y pese a haberse pactado la pena para el caso de cumplimiento parcial, concretamente el impago de un solo plazo aunque el deudor haya pagado otros, algunas sentencias del Tribunal Supremo han decretado la reducción de la pena convencional en estos casos aplicando el artículo 1154 CC por apreciar la existencia de cumplimiento parcial o irregular. Así, la STS de 30 de marzo de 1999¹³⁷, confirma la sentencia recurrida, que había reducido la pena convencional a la mitad, porque (FD 5.º):

«La dicción del artículo 1154 del Código civil no autoriza a condicionar su aplicación a los supuestos en que la obligación principal hubiese resultado totalmente incumplida –como se pretende en el recurso–, pues expresa con suma claridad que la modificación equitativa de la pena tendrá lugar cuando aquella obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida» por el deudor, *supuesto éste que encaja plenamente en el de autos –en el que se dejó de satisfacer el resto del precio–*, y esto así, no cabe sostener la tesis mantenida en el recurso, *con lo cual y sin necesidad de mayores razonamientos*, es de concluir que el Tribunal *a quo* no infringió de manera alguna el tan repetido precepto [...].»

La apreciación de cumplimiento «parcial» en estas hipótesis no parece el fundamento adecuado para la reducción de la pena pues, conforme a lo previsto en el contrato, el impago de cualquier fracción del precio implica un «incumplimiento total» a los efectos de la aplicación de la pena¹³⁸.

Otras sentencias tratan de justificar la aplicación extensiva del artículo 1154 CC declarando que la moderación es justa, pues la confluencia de resolución del contrato, devolución de la cosa y pérdida de las sumas pagadas es demasiado lesiva para el deudor. En esta línea se pronuncia la STS de 12 de febrero de 1998¹³⁹, que con-

¹³⁷ Relativa a un contrato de compraventa de finca rústica con cláusula penal a cuyo tenor: «Si los compradores no cumplen con uno cualquiera de los pagos pactados hasta la fecha prevista, automáticamente pierden sus derechos y todas las cantidades ya pagadas aunque fuesen entregadas en su debido plazo... quedándose el vendedor con las cantidades ya pagadas y con el pleno dominio, derecho y título de la finca vendida». El contrato se resuelve por no haber pagado los compradores parte del precio cuando lo ya abonado ascendía a 11.000.000 de pesetas.

¹³⁸ SANZ VIOLA, Ana M.ª: *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994, p. 105.

¹³⁹ Se trataba de un contrato de compraventa de un local con industria de restaurante en él instalada y en funcionamiento, por un precio de 600.000 marcos alemanes, de los cuales el comprador abonó la mitad al celebrar el contrato; la otra mitad debía abonarla en el plazo de un año con el siguiente pacto: «El impago de la cantidad aplazada llevará consigo la resolución de la venta, como condición resolutoria explícita, que, al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, se pacta expresamente con carácter real. Bastará para ello el requerimiento de pago que el vendedor haga a los compradores y, si estos no realizan el pago en el término de treinta días a contar de la notificación, quedará resuelta la venta de

firma la disminución del 83 por 100 del importe de la pena moratoria prevista para el caso de resolución de la compraventa de un local por impago de parte del precio por el comprador. Resulta llamativo que el Tribunal redujera tan notablemente el monto de la pena cuando el comprador había poseído el local y explotado la industria en él instalada durante casi diez años. Por el contrario, en supuestos similares de resolución del contrato, la mayoría de las sentencias toman en cuenta el beneficio obtenido por el deudor durante el tiempo que ha disfrutado de los bienes y lo compensan rebajando el grado de moderación de la pena¹⁴⁰. Esta solución es la adoptada por varias resoluciones de la Sala Primera, entre ellas, la de 12 de diciembre de 2006¹⁴¹ que, confirmando la sentencia recurrida, reduce la pena al tercio de su importe teniendo en cuenta, de un lado, el tiempo en que el comprador tuvo en explotación el local y, de otro, el precio de la enajenación posterior del mismo por el vendedor.

Por último, señalar que no cabe plantear la reducción de la pena cuando, tratándose de obligaciones recíprocas, el contratante que reclama tal reducción tampoco haya cumplido sus deberes contrac-

pleno derecho y el vendedor retendrá y hará suya la cantidad hasta entonces entregada, en concepto de indemnización de daños y perjuicios y como cláusula penal que expresamente se pacta». Llegado el día del pago pactado, en marzo de 1990, los compradores incumplieron su obligación por lo que, por acta notarial fueron requeridos al pago o la venta quedaría resuelta, debiendo desalojar el local el comprador y haciendo suya el vendedor la cantidad satisfecha. El comprador ni pagó el precio ni desalojó el local. La acción de los vendedores fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia que declaró resuelto el contrato de compraventa, ordenó el desalojo y decretó la pérdida por los compradores de los 300.000 DM abonados hasta el momento. La Audiencia Provincial redujo la suma indemnizatoria a 50.000 marcos alemanes y el TS confirma esta resolución.

¹⁴⁰ En este sentido se pronuncian numerosas SSTs, entre las más recientes, las de 9 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2001, 28 de octubre de 2002, 15 de julio de 2003 y 20 de septiembre de 2006. Afirma la STS de 5 de diciembre de 2003 (FD 4.º): «La cláusula penal, como la prevista en el caso de autos, establece una pena: la pérdida de las cantidades pagadas en caso de resolución; obligación accesoria, que se ha dado en el presente caso. ... Lo anterior es decisivo a la hora de desestimar los restantes motivos de casación. El octavo, porque no se ha infringido la jurisprudencia, ya que el sentido de la cláusula penal, aceptada por las partes era su aplicación en caso de impago, aun parcial, del precio, lo que efectivamente se produjo. El noveno, porque no se ha infringido el artículo 1154 del Código civil porque, como se ha dicho, el juzgador de instancia ha tenido en cuenta el incumplimiento de la obligación de pago, previsto explícitamente en la cláusula penal y no se ha aplicado la moderación; y no sólo esto, sino que el comprador que no ha pagado el precio pactado y que aceptó la cláusula penal poseyó la finca desde 1989, hace catorce años y no es aceptable una moderación de la pena. El décimo, porque, en resumen y como conclusión, no puede aceptarse, a la vista del texto de la cláusula penal, a la vista de que es facultad discrecional del órgano de instancia y a la vista del largo tiempo del que tuvo disponibilidad de la finca en cuestión». En igual sentido la STS de 18 de octubre de 1985, que declara: «Dado el tiempo de disfrute del chalet por los demandados, cinco años, no parece excesiva la penalidad de dos millones de pesetas».

¹⁴¹ El contrato de compraventa de un local con pago aplazado, contenía una cláusula penal según la cual, en caso de impago de alguno de los plazos por la compradora, la vendedora podía resolver el contrato perdiendo la compradora todo lo pagado hasta el incumplimiento.

tuales. En este sentido, la STS de 30 de abril de 2008¹⁴² declara que la falta de moderación de la pena no vulnera el artículo 1154 CC si ambas partes han incurrido en el concreto incumplimiento previsto para hacer efectiva la prestación penal (FD 2.º):

«[...] tampoco se ha producido infracción alguna del artículo 1154 del Código civil porque [...] la sentencia de instancia ha apreciado, valorando correctamente la prueba e interpretando conforme a derecho la cláusula penal, que ambas partes han utilizado el nombre de LORAIN o LO.RA.IN., que es lo mismo, y, por tanto, a una y otra se aplica la cláusula, sin que se aprecie diferencia o disparidad alguna que justifique un tratamiento jurídico distinto.»

4. INCUMPLIMIENTO TOTAL Y MODIFICACIÓN DE PENAS DESPROPORCIONADAS

La regulación de nuestro Código civil sobre la pena convencional difiere sustancialmente de la prevista en los Ordenamientos continentales europeos más cercanos al nuestro¹⁴³, como el italiano, alemán, belga o portugués, que permiten su reducción no sólo cuando exista cumplimiento parcial de la obligación principal, sino también en caso de incumplimiento total si la pena fuere excesiva¹⁴⁴.

¹⁴² En este caso (*vid. supra*), la Audiencia Provincial había desestimado la demanda y la reconvencción por estimar que tanto los demandantes-reconvenidos, como los demandados-reconvenientes, habían incurrido en el incumplimiento previsto en la cláusula penal inserta en el contrato de sociedad civil, del que todos eran parte.

¹⁴³ *Vid.* MAS BADÍA, *ob. cit.*, 165 a 200, donde se exponen las respectivas regulaciones en Derecho francés, belga, anglosajón, alemán, italiano y portugués; y DE CASTRO VÍTORES, Germán: *ob. cit.*, pp. 31 ss.

¹⁴⁴ Estos textos disponen:

– CC italiano, artículo 1384: El juez puede disminuir equitativamente la pena, no sólo cuando la obligación principal ha sido efectuada en parte, sino también cuando la cuantía de la pena es manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta siempre el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento.

– BGB alemán, par. 343: La pena extraordinariamente alta puede ser reducida por sentencia a petición del deudor, a una suma adecuada. En el juicio de adecuación se ha de tomar en consideración todo interés legítimo del acreedor, no sólo el interés patrimonial. Sin embargo, esta regla no es aplicable a los contratos entre comerciantes (par. 348 HGB).

– CC belga (reformado por la Ley de 23 de noviembre de 1998), artículo 1231: El juez puede, de oficio o a instancia del deudor, reducir la pena que consista en el pago de una suma determinada cuando esta suma exceda manifiestamente el montante que las partes podrían fijar para reparar el daño derivado del incumplimiento del contrato. En caso de revisión, el juez no puede condenar al deudor a pagar una suma inferior a la que debería haber abonado de no existir la cláusula penal. La pena puede reducirse por el juez cuando la obligación principal haya sido parcialmente cumplida. Todo pacto contrario a las disposiciones de este artículo se tendrá por no puesto.

– CC portugués, artículo 812: El juez puede proceder a la reducción equitativa de penas manifiestamente excesivas.

– CC francés, artículo 1152-2.º, en su redacción actual (tras las reformas introducidas por las leyes de 9 de julio de 1975 y 11 de octubre de 1985): El juez, incluso de oficio, puede reducir o aumentar la pena que haya sido convenida, si es manifiestamente excesiva o irrisoria, teniendo por no puesta toda estipulación contraria a esta norma.

El Derecho francés vigente contempla, junto a la disminución de penas excesivas, el aumento de las irrisorias¹⁴⁵.

Un principio similar aparece en el apartado sexto de la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978: «La pena estipulada puede ser reducida por el juez cuando resulte manifiestamente excesiva. Esta reducción puede hacerse cuando la obligación principal haya sido parcialmente cumplida. La pena no puede quedar reducida por debajo de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento».

Por su parte, el artículo 7.4.13 (2) de los Principios UNIDROIT, sobre contratos comerciales internacionales, dispone: «No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias». Los autores de estos Principios señalan que la norma trata de evitar eventuales abusos. Afirman que el juez podrá reducir la suma pactada como pena, pero no excluirla totalmente; y tampoco podrá aumentarla cuando dicha suma sea menor que el daño efectivamente sufrido por el acreedor. Y añaden que es necesario que la suma estipulada sea «manifiestamente excesiva», es decir, que claramente así se perciba por cualquier persona razonable, atendiendo especialmente a la relación que exista entre la suma estipulada y el daño realmente sufrido¹⁴⁶.

La moderación de la cláusula penal por razones de equidad también se prevé en el ya citado artículo 9:509 (2) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, conforme al cual: «Sin embargo, y aunque exista estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias»¹⁴⁷. Los profesores Lando y Beale¹⁴⁸, miembros de la Comisión que elaboró estos principios, explican los motivos determinantes de la atribución a los tribunales del poder para reducir estipulaciones claramente excesivas. La idea inicial es que la total libertad de

¹⁴⁵ Vid. MAZEAUD, Denis: *La notion de clause pénale*, Paris, 1992.

¹⁴⁶ Vid. «Principios UNIDROIT», editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y traducido por Alejandro GARRO, Roma, 2001, pp. 219-220.

¹⁴⁷ El apartado segundo del artículo 3:710 (Libro III) del Marco Común de Referencia, establece una regla similar: «*However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances*».

¹⁴⁸ Ob. cit., pp. 454-455.

las partes, para fijar la suma a pagar por incumplimiento, puede conducir a abusos. Por tanto, cuando exista gran disparidad entre la suma fijada y la pérdida real sufrida por la parte perjudicada, el tribunal puede disminuir el *quantum* aunque, en el momento de celebrar el contrato, pareciera razonable. Dado que el propósito de la regla es controlar aquellas estipulaciones cuyo efecto resulte abusivo, el tribunal sólo puede ejercitar su poder moderador cuando esté claro que la cantidad estipulada es sustancialmente más alta que el daño real. Además, esta facultad judicial debe respetar la voluntad de las partes de establecer una medida disuasoria del incumplimiento y, por tanto, no cabe reducir el importe de la pena hasta hacerlo coincidir con la pérdida real. El tribunal deberá fijar una cantidad intermedia. Para determinar cuándo la suma estipulada es «notoriamente excesiva», el artículo 9:509 (2) ordena atender a dos criterios: la relación entre esa suma y la pérdida realmente sufrida por el perjudicado; y «cualesquiera otras circunstancias», entre las que los autores citados mencionan la posible conducta del agraviado en la causación del daño, por ejemplo, si no tomó las medidas razonables para mitigarlo.

Finalmente, recordar que en el sistema angloamericano de *Common Law* sólo son válidas las «*liquidated damages clauses*», esto es, las que realizan una valoración anticipada del daño derivado del incumplimiento. Si, por lo elevado de la suma estipulada como liquidación de daños, la cláusula fuera considerada por el tribunal una *penalty clause*, será anulada. De lo contrario, es decir, si la cuantía pactada se estima razonable, la cláusula será eficaz y no se permite su moderación judicial.

En el Ordenamiento español, el artículo 1154 CC sólo prevé la modificación de la pena en los casos de cumplimiento parcial o irregular. La cuestión es, ¿cabe su aplicación analógica al incumplimiento total cuando se estime excesiva la pena? La respuesta doctrinal mayoritaria es negativa. Se razona que si el fundamento de la reducción de la pena es la voluntad presunta de las partes de adecuar la pena al incumplimiento realmente producido, tal fundamento desaparece en caso de incumplimiento total¹⁴⁹. Por elevada (o insuficiente) que resulte la cuantía de la pena fijada convencionalmente, se debe respetar la autonomía reconocida por la ley a los contratantes. No cabe la moderación judicial en caso de incumplimiento total porque las partes, al pactar la pena, pensaron en el incumplimiento total y evaluaron la pena para ese supuesto. Tampoco autoriza este precepto el incremento de las penas privadas que puedan

¹⁴⁹ ESPÍN, ob. cit., p. 164.

considerarse irrisorias, es decir, aquellas que cubran una parte muy pequeña de los daños realmente derivados del incumplimiento¹⁵⁰.

4.1 La reducción de penas excesivas

Como se ha dicho, la doctrina dominante afirma que el artículo 1154 CC no permite expresamente a los tribunales reducir una pena convencional porque sea excesiva¹⁵¹, pues la materia pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad. Únicamente cabe su moderación cuando, prevenida para un incumplimiento dado, éste resulta ser sólo parcial o irregular¹⁵². Se sostiene, asimismo, que la improcedencia de moderar la pena por excesiva se advierte en que el Código civil no impide pactar penas elevadas, pues permite la pena cumulativa (arts. 1152 y 1153 CC), en la que son compatibles indemnización ordinaria y pena, o cumplimiento de la obligación principal y pena.

En este sentido, la STS de 22 de julio de 2009 niega la moderación de penas excesivas y casa la sentencia recurrida porque (FD 2.º):

«[...] la reducción del importe de la pena respondió exclusivamente a que el Tribunal de apelación la consideró excesiva y necesitada de reducción, conforme a la equidad [y] el ejercicio de tal potestad moderadora, basada en la equidad, no respetó, como denuncia la recurrente, las normas citadas en los dos motivos que se examinan y, como resumen de todas ellas, la del artículo 3, apartado 2, CC. En efecto, la equidad, que ha de ser ponderada en la interpretación de las normas, no sirve de soporte exclusivo de las resoluciones judiciales sin que la Ley lo permita expresamente. Así lo establece el artículo 3, apartado 2, del Código Civil que, según queda dicho, utilizamos con síntesis de los preceptos invocados en los motivos del recurso de la demandada [...], y la jurisprudencia [...], sentencias de 8 de julio y 30 de diciembre de 1.993, 11 de mayo de 1.994, 3 de febrero, 28 de junio y 27 de noviembre de 1.995, 10 de diciembre de 1.997, 25 de mayo de 2.001, 20 de diciembre de 2.002, 28 de julio y 7 de diciembre de 2.006, 29 de octubre de 2.007, entre otras muchas.»

Al no existir en nuestro ordenamiento un precepto expreso que permita reducir una pena convencional exorbitante, se ha planteado

¹⁵⁰ MASIDE MIRANDA, José Enrique: «La cláusula penal», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid, 2006, p. 531.

¹⁵¹ A diferencia de lo previsto en el Proyecto de Código civil de 1851, cuyo artículo 1081-2.º sometía la pena a la limitación del artículo 1650, según el cual el «interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a instancia del deudor». *Vid.*, GARCÍA GOYENA, ob. cit., pp. 862 a 865, donde comenta ampliamente esta norma.

¹⁵² *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, ob. vol. II, cit., p. 468.

el problema de los posibles abusos derivados de contratos, muy frecuentes en las últimas décadas, que encierran figuras crediticias (en especial el *leasing*)¹⁵³, o contratos de compraventa a plazos de inmuebles, donde se incluyen cláusulas penales excesivas, especialmente las ya aludidas «penas comisorias», que denotan claro desequilibrio en las respectivas situaciones de los contratantes¹⁵⁴. Ante esta realidad, se alzan voces que propugnan diversas vías para «resolver de manera justa o equitativa», el problema de las penas convencionales exorbitantes¹⁵⁵.

Una de las soluciones propuestas consiste en la aplicación analógica, o la interpretación extensiva, del artículo 1154 CC, entendiendo que el mismo se limita a contemplar un supuesto de moderación, sin excluir otros, en particular en caso de desproporción entre la pena privada y el daño derivado del incumplimiento¹⁵⁶. Se considera, pues, que la desproporción es el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena¹⁵⁷, por lo que la solución debe admitirse también para aumentar la pena excesivamente baja en relación con los perjuicios realmente sufridos por el acreedor. Sin embargo, otros autores rechazan esta propuesta¹⁵⁸ sosteniendo esencialmente que el fundamento del artículo 1154 CC se basa en la intención presunta de las partes de reducir la pena únicamente cuando el incumplimiento no sea total.

Tratándose de incumplimientos por culpa o negligencia, no dolosos, otro sector doctrinal propone la aplicación de la facultad moderadora reconocida a los tribunales, con carácter general, por el artículo 1103 CC¹⁵⁹. Pero también esta solución es contestada por algunos autores aduciendo que el artículo 1154 CC, por

¹⁵³ Vid. UREÑA MARTÍNEZ, M., ob. cit.

¹⁵⁴ Se habla así del abuso de la posición de superioridad en la parte que concede la financiación frente al deudor, que acepta condiciones excesivamente gravosas.

¹⁵⁵ Tales propuestas están recogidas detalladamente por MAS BADÍA, ob. cit., pp. 212 ss.

¹⁵⁶ JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pp. 199 ss.; así como en: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 349, afirma que el artículo 1154 CC puede aplicarse cuando no sea equitativo pagar toda la pena, porque las hipótesis que contempla, cumplimiento parcial o irregular, son sólo *ad exemplum*.

¹⁵⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 582 a 584, quien afirma: «Lo que está ordenando al juez [el art. 1154 CC] es una decisión en equidad en el citado supuesto, pero no impide que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el art. 1103 CC) en casos distintos de los descritos en esa norma».

¹⁵⁸ Entre otros, MAS BADÍA, ob. cit., pp. 214 ss.; DÁVILA, ob. cit., p. 465; RUIZ VADILLO, ob. cit., pp. 406-407.

¹⁵⁹ DÍAZ ALABART, Silvia: «La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil», en ADC, 1988, pp. 1133 ss., entiende que, para remediar situaciones inequitativas en el caso de incumplimiento total, sería de aplicación el artículo 1103 CC. En igual sentido DÁVILA, ob. cit., p. 474. Por su parte, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid,

ción de penas excesivas mediante una interpretación amplia del concepto de cumplimiento parcial del artículo 1154 CC y atendiendo al resultado final. Sería posible, afirma, moderar la pena cuando «la relación entre el daño previsible y la pena se altere sustancialmente al compararla con la relación existente entre el daño efectivo y la pena», siempre que la desproporción previsible reflejada en el contrato se haya alejado notablemente de la desproporción efectiva¹⁶⁴.

Una ulterior propuesta de moderación de penas excesivas, concretamente de las penas «comisorias», se funda en el principio general que prohíbe el abuso del derecho, recogido en el artículo 7-2.º CC. Esta solución se considera adecuada para los casos más manifiestamente abusivos, reputando tales aquellos en que no hay límite alguno para la retención por el vendedor de los plazos abonados, de modo que en cualquier caso, incluso en el de cumplimiento de la mayor parte, el comprador perderá todo lo pagado¹⁶⁵. Se propugna, pues, la aplicación de este principio con carácter general, independientemente de que se den o no las condiciones especiales previstas en la legislación protectora de los consumidores.

En la jurisprudencia, como ya ha quedado expuesto, la moderación de cláusulas penales vinculadas a la resolución por impago de alguno de los plazos, se lleva a cabo en ocasiones recurriendo al expediente de considerar que existió un cumplimiento parcial, por lo que se aplica la facultad judicial prevista en el artículo 1154 CC.

Fuera de estos casos, prevalece la línea jurisprudencial que niega la moderación de la pena en caso de incumplimiento total, «al no ser posible tampoco, con base en el citado precepto (art. 1154 CC), hacer una reducción o moderación de la pena pactada porque la misma pudiera ser considerada excesiva, toda vez que la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes», declara la STS de 29 de noviembre de 1997¹⁶⁶. Claro exponente de esta doctrina es la STS de 1 de junio de 2009 (FD 2.º)¹⁶⁷:

¹⁶⁴ Ob. cit., pp. 94 ss.

¹⁶⁵ Vid. RAMOS CHAPARRO, E., ob. cit., pp. 105 ss.

¹⁶⁶ La sentencia recurrida había reducido el importe de una cláusula penal moratoria a la mitad (de 300.000 pesetas por día de retraso en el desalojo de la finca vendida, a 150.000 por cada uno de los 66 días en que el vendedor se retrasó en la entrega de dicha finca), con la siguiente motivación: «teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, muy especialmente que el demandado resultó absuelto en tal sentencia penal, así como lo excesivo de la precitada cláusula penal». La STS de 29 de noviembre de 1997 casa dicha sentencia y ordena el pago de la pena moratoria sin reducción alguna.

¹⁶⁷ En el contrato por el que la demandante compró a los demandados las acciones representativas del capital de una sociedad anónima, de las que éstos eran titulares, los vendedores se obligaron, por un periodo de tres años desde la fecha del contrato, a no rea-

«[...]la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis... En el caso que se enjuicia la Audiencia Provincial redujo la pena, no para adaptarla a una voluntad de las partes no expresada y presunta, sino porque le pareció desproporcionada y porque el incumplimiento al que la habían vinculado los contratantes, como una consecuencia querida, era de escasa entidad. La aplicación de la jurisprudencia cuya esencia ha quedado expuesta lleva a la conclusión de que *el Tribunal de apelación hizo una indebida utilización de la potestad moderadora de la cláusula penal que atribuye el artículo 1154, al corregir sin justificación el resultado del ejercicio legítimo por los contratantes de su autonomía de voluntad*, mediante una cláusula cuyo efecto vinculante ha de ser en el caso el mismo que el de las demás del contrato.»

Existen, no obstante, algunas excepciones que, remitiéndose a principios de justicia y equidad, moderan penas consideradas excesivas mediante la interpretación extensiva del artículo 1154 CC. Así, pese a considerar válida y exigible la prestación penal, reducen su cuantía, por entender, según declara alguna sentencia, que «*los intereses pactados eran tan altos como inicuos*»¹⁶⁸. En concreto, la STS de 5 de noviembre de 1956 declaró que la facultad de moderar procede no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también «*cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos*». Igualmente, la STS de 2 de diciembre de 1998 (FD 2.º)¹⁶⁹, confirma la reducción de una cláusula penal moratoria porque la misma conduce a un «*resultado económico que en la*

lizar negocio competitivo, ni participar directa ni indirectamente en negocios que compitan con el negocio de la compradora, en los países en que ésta desarrolla su actividad al firmarse este contrato. Se incluyó una cláusula penal conforme a la cual, los vendedores «vendrán obligados a indemnizar al comprador por cada incumplimiento producido 200 millones de pesetas si el incumplimiento consiste en la edición directa o indirectamente a través de terceros o sociedades de una publicación en el ramo del automóvil». Los demandados constituyeron una Fundación, de la que son patronos, con fines fundacionales relacionados con el periodismo del motor en todas sus facetas, la cual, dentro del plazo de vigencia de la prohibición pactada, distribuyó un anuario de motor y produjo un libro sobre automovilismo. La sentencia recurrida, tras considerar que los demandados habían incumplido la obligación negativa asumida, declara que, por tratarse de incumplimientos «parciales y de escasa entidad» y ser la pena convencional «desproporcionada», procedía una moderación de la misma, en los términos señalados en el artículo 1154 CC, por la que la condena impuesta en la primera instancia a los demandados, pagar a la demandante 400 millones de pesetas, se redujo a la suma de 40 millones. El Tribunal Supremo, apreciando incumplimiento de la prohibición respecto del anuario publicado, pero no del libro, declara haber lugar parcialmente al recurso de casación y condena a los demandados en la suma de 200 millones de pesetas.

¹⁶⁸ STS de 9 de febrero de 1906.

¹⁶⁹ Esta sentencia aparece recogida al final de este trabajo, en el apartado titulado: «La jurisprudencia reciente: tendencias en el ejercicio de la facultad moderadora».

conciencia del propio Tribunal le parece excesivo». Por su parte, la STS de 1 de octubre de 1990 afirma que:

«La suma fijada por la Sala *a quo* en concepto de penalidad por retraso en la terminación de la obra, no atiende a datos matemáticos (número de días de retraso y cantidad asignada por día), sino que estos datos que la Sala maneja no son los decisivos para tal fijación, sino *exclusivamente el arbitrio moderador que concede al Tribunal el artículo 1154 del Código Civil*, mandato para moderar equitativamente la pena, y en cuanto la Ley remite a la equidad (artículo 3.2.º del mismo Código) es también una facultad de arbitrio respecto a la entidad de la moderación, por eso numerosa jurisprudencia indica que esta facultad no es susceptible de recurso de casación, es decir, no es ahora revisable..., por verificar con ello un juicio de equidad que no está sometido a reglas, ni a cómputos como los que pretende utilizar el recurso». Añade la Sala: «...la facultad de moderación antes mencionada es cosa distinta de la facultad que también tiene el Tribunal de apreciación de las pruebas, puesto que *la suavización judicial de la pena que regula el artículo 1154 es un supuesto que puede encajarse en lo que la moderna doctrina denomina “configuración de un contrato por el Juez”*...»

En estos casos, el ejercicio de la facultad moderadora parece buscar la «justicia del caso». Invocando el principio de equidad y manteniéndose, al menos teóricamente, dentro de los límites impuestos por los artículos 1152 a 1154 CC, el tribunal controla las penas pactadas por los interesados. Sin embargo, el artículo 1154 CC no autoriza a los jueces para moderar cuando en equidad lo crean procedente, sino sólo cuando exista algún tipo de cumplimiento inexacto de la prestación principal. El problema de las penas convencionales excesivas no está contemplado en el supuesto de hecho de esta norma y, mientras el legislador no la modifique (tal y como se prevé en el art. 1150 de la citada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos), habrá de resolverse atendiendo al criterio de su validez. Así, ante una pena convencional desproporcionadamente alta, será preciso determinar si es válida o nula, cuestión que dependerá de: *a*) que pueda ser o no calificada de usuraria o abusiva (*vid. infra*); *b*) que respete o no los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC); y *c*) que carezca o no de causa material o real (no meramente formal) que justifique en su totalidad la atribución patrimonial que el pago de la pena conlleva (art. 1275 CC).

Ejemplo de los problemas causales que pueden afectar a las penas pactadas lo hallamos en las estipuladas para el caso, ya aludido, de resolución del contrato por incumplimiento del

deudor. La eficacia de estas penas no plantea cuestión alguna cuando se trate de una cláusula sustitutiva de la indemnización por daños, que cumpla una función liquidadora de éstos, ya que el propio Código civil (art. 1124) permite al acreedor optar por la resolución junto con la indemnización de daños causados por el incumplimiento. Y ello sin perjuicio de que la cuantía pactada como pena exceda de los daños realmente ocasionados, incluyendo, en su caso, el denominado valor de uso de la cosa por el deudor durante el tiempo previo a la resolución. Más dudosos parecen los supuestos en que la cláusula penal otorgue al acreedor, además del resarcimiento de daños, el mismo beneficio que si el deudor hubiera cumplido, es decir, el interés de cumplimiento, sin que él haya realizado su contraprestación, pues la resolución le permite recuperar la que hubiera realizado en su momento. Se produciría así una quiebra de la reciprocidad, propia de las obligaciones sinalagmáticas, que parece incidir no sólo en la cuantía del daño, sino en la propia causa de la prestación penal, o al menos de una parte de ella, en la medida en que suponga un enriquecimiento sin causa o injustificado del acreedor. En su ensayo sobre la cláusula penal y la resolución del contrato, el profesor Díez-Picazo¹⁷⁰, concluye diciendo: «Me parece un fraude de ley aquel tipo de cláusula según la cual el acreedor que resuelve, se libera y, al mismo tiempo, obtiene por la vía de la pena, que es pena *stricto sensu*, la totalidad del interés que el cumplimiento le habría proporcionado».

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos regula esta cuestión en su artículo 1149-2.º, a cuyo tenor: «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». La Propuesta considera, pues, compatible la denominada «indemnización convencional», sustitutiva de la indemnización legal de daños y perjuicios, con la resolución¹⁷¹. Sin embargo, tratándose de «pena convencional», con carácter estrictamente punitivo, la Propuesta sólo parece admitir su compatibilidad con la resolución del contrato cuando se trate de una pena moratoria.

Finalmente, cabe recordar que el artículo 87 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usua-

¹⁷⁰ «Cláusula penal...», cit., p. 408.

¹⁷¹ Según el artículo 1203-2.º de la Propuesta: «Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes».

rios, de 16 de noviembre de 2007, incluye entre las cláusulas que, en todo caso, se consideran abusivas, aquellas que determinen «la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario»¹⁷².

Algunos autores echan en falta en nuestro Ordenamiento una norma codificada que permita al Juez reducir las penas convencionales desproporcionadas. En tal sentido, de Castro Vítóres¹⁷³ afirma que tal norma sería «dogmática y sistemáticamente conveniente, no una mera concesión a la equidad y al equilibrio», ni una medida de benevolencia con el deudor, pues la moderación judicial, «reservada a los casos de manifiesta excesividad, se convierte en el sello de garantía del ordenamiento, *civilizando* esta figura, para que, como sanción, y en armonía con la vertiente indemnizatoria, siga constituyendo un instrumento propio del Derecho civil».

La posibilidad de revisión judicial de penas excesivas se incorporaría a nuestro Código civil si prospera la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil elaborado por la Comisión General de Codificación. Ya hemos señalado que el artículo 1150 de dicho texto establece que el juez «modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». La Propuesta, que viene a coincidir con la mayoría de los Ordenamientos europeos y los textos internacionales anteriormente mencionados, prevé una reducción de las penas excesivas o desproporcionadas en relación con el «daño efectivamente sufrido», pero no alude a otros criterios, como el de la previsibilidad del daño atendiendo al momento en que las partes pactan la cláusula penal. Tampoco menciona la posible moderación judicial de la pena en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal por el deudor. En opinión de Marín García¹⁷⁴, «esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual».

4.2 El incremento de penas irrisorias: la indemnización del mayor daño

La facultad de los tribunales de modificar la cláusula penal *ex* artículo 1154 CC no incluye el aumento de penas por ser su importe inferior a la cuantía del daño. Aunque el Código civil guarda silencio

¹⁷² *Vid., infra*, el apartado dedicado a «Cláusulas penales abusivas y usurarias».

¹⁷³ *Ob. cit.*, pp. 115 y 148-149.

¹⁷⁴ *Ob. cit.*, p. 12.

sobre la posibilidad del acreedor de pedir el mayor daño, en términos generales, habrá que contestar negativamente a esta cuestión¹⁷⁵, salvo que así lo hayan acordado las partes¹⁷⁶. En efecto, el tenor literal del artículo 1152-1.º CC, al decir que la pena sustituirá a la indemnización de daños, salvo pacto en contrario, conduce a afirmar que la acción indemnizatoria está excluida cuando el acreedor ha optado por la pena.

La excepción a esta regla general es admitida, de forma muy extendida en la doctrina¹⁷⁷, cuando el deudor incumpla dolosamente¹⁷⁸ y tal incumplimiento cause al acreedor daños superiores a los estipulados en la cláusula penal. Esta excepción, cuyo fundamento se sitúa en el artículo 1102 CC, conduciría a la aplicación del artículo 1107-2.º CC, siempre que el acreedor demostrase el incumplimiento doloso del deudor así como la existencia y cuantía de daños no cubiertos por la pena convencional. En consecuencia, el deudor respondería de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Además, se entiende que sería nula, por vulnerar el artículo 1102 CC, la cláusula penal en que expresamente se estipulase la imposibilidad de exigir una responsabilidad mayor en el supuesto de incumplimiento doloso¹⁷⁹.

Fuera de los supuestos de pacto expreso o incumplimiento doloso, la jurisprudencia y la doctrina no admiten en general la reclamación del mayor daño. Una excepción a esta jurisprudencia constituye la STS de 12 de diciembre de 2006, relativa a un contrato de «arrendamiento de ganado», en el que se contenía una cláusula penal, conforme a la cual, el incumplimiento de este contrato por alguna de las

¹⁷⁵ Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, ob. cit., p. 465.

¹⁷⁶ La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil, artículo 1147, establece expresamente 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».

¹⁷⁷ RUIZ VADILLO, ob. cit., p. 403; ESPÍN CANOVAS, ob. cit., pp. 166-167; RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 564-565; ESPÍN ALBA, ob. cit., pp. 112-113; ORTÍ VALLEJO, ob. cit., p. 300.

¹⁷⁸ En palabras de GÓMEZ POMAR, Fernando: «Corolario del carácter sustitutorio es la limitación del alcance de la indemnización al importe de la pena, aun cuando los daños realmente producidos sean superiores, con la excepción del incumplimiento doloso, y siempre y cuando el incumplimiento producido corresponda al supuesto de hecho de la pena pactada y no sea un incumplimiento de naturaleza distinta» (vid. «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, www.indret.com, p. 28).

¹⁷⁹ MAS BADÍA, ob. cit., pp. 93-94, comparte la idea de aplicar el artículo 1102 CC, por considerar ilícito el pacto de exoneración o limitación de la responsabilidad legal en caso de incumplimiento doloso. Por la misma razón, estima que en caso de cumplimiento parcial o defectuoso en que el margen de incumplimiento se deba a dolo del deudor, el juez no podrá reducir la pena si ésta es inferior a la cuantía en que se cifraría la responsabilidad legal; y aun cuando la pena supere el valor de los daños indemnizables legalmente, tampoco podría reducirla por debajo del límite constituido por la cuantía en que se traduciría la responsabilidad legal.

partes acarrearía el abono a la parte perjudicada de la suma de quinientas mil pesetas. Al vencimiento del contrato, el ganado devuelto por los demandados-arrendatarios a los actores se encontraba envejecido, enfermo y malnutrido y no era el mismo que el se había identificado y entregado cuando se celebró el contrato, por lo que los arrendadores reclamaron, y obtuvieron de la Audiencia Provincial, una indemnización superior a la convencionalmente prevista, que cubriera los daños realmente producidos. El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida declarando:

«Interpretando la referida cláusula 10.^a, dice la sentencia recurrida: “Desde luego el artículo 1281 del Código Civil, tras decir que ha de estarse al tenor literal de las cláusulas del contrato, si sus términos son claros, añade que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pues bien, en el presente caso, visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento derivada de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación: indemnización que, por otra parte, no estimulaba, por ello, la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que aplicando criterios lógicos hay que concluir en que *la intención de los contratantes fue sólo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas, sin perjuicio, además, de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida.*»

...*Dada la entidad del incumplimiento acreditado no puede entenderse, como pretende el recurrente, que su liquidación se satisface con la entrega de quinientas mil pesetas, cantidad fijada, como señala la sentencia recurrida, para un incumplimiento menor.* Otra interpretación de la repetida cláusula llevaría a que los deudores de la entrega del ganado quedarían libres mediante el pago de la cantidad señalada, de la entrega total o en gran parte de las cabezas de ganado objeto del arrendamiento; conclusión absurda que no puede recibir respaldo judicial”.

5. CLÁUSULAS PENALES ABUSIVAS Y USURARIAS

La excesiva onerosidad de la pena convencional, por sí sola, conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 CC, no permite su reducción judicial, salvo en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal. Ahora bien, como ya quedó apuntado más arriba, la cláusula penal que estipule una pena «abusiva» o «usuraria», carece de eficacia cuando se encuadre en alguna de estas categorías.

5.1 Cláusulas abusivas

Conforme al artículo 82-1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»¹⁸⁰. Posteriormente, el apartado 4.º de este mismo precepto califica de abusivas, en todo caso, las cláusulas previstas en los artículos 85 a 90 de la Ley, ambos inclusive. Entre ellas, el artículo 85-6.º incluye: «Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones»¹⁸¹. Y también son abusivas, a tenor del artículo 87-6.º, las estipulaciones impuestas *unilateralmente* por el empresario, que impongan «obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado», entre las que incluye (en su párrafo final) la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente, o la fijación unilateral de «indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados». Por su parte, el artículo 88, al referirse a las

¹⁸⁰ La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 10 bis-1), ya consideraba abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley». Por su parte, el segundo inciso de la cláusula tercera de la llamada «lista negra», contenida en dicha Disposición Adicional Primera, calificaba de abusiva: «...la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones». En relación con estas normas, *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002, pp. 891 a 964.

¹⁸¹ La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, publicada el 8 de octubre de 2008, en su Anexo III, punto 1, letra c) declara «presuntamente abusivas» las cláusulas que: «Impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización significativamente superior al perjuicio sufrido por el comerciante». Esta cláusula, como todas las incluidas en el Anexo III, son denominadas «presuntamente abusivas» por el artículo 35 de la Propuesta de Directiva y aparecen definidas en este mismo precepto como aquellas que: «se consideran abusivas, salvo que el comerciante demuestre que no lo son, con arreglo al artículo 32».

«Cláusulas abusivas sobre garantías», dispone que: «En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: 1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido», si bien excluye de esta regla, presumiendo que no existe desproporción, los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

Estas normas, en la medida en que se refieren a cláusulas que impongan una indemnización al consumidor que no cumpla, deben ponerse en conexión con la cláusula penal regulada en los artículos 1152 y siguientes del CC, aunque el Texto Refundido no la menciona.

Así pues, en contratos con consumidores en los que se haya pactado una cláusula penal en detrimento del consumidor, ésta podrá ser considerada abusiva tanto si es sustitutiva de la indemnización de daños, como si es cumulativa, siempre que pueda ser calificada como «desproporcionadamente alta». En caso de haber sido la pena fijada unilateralmente por el empresario, se reputa abusiva cuando no se corresponda con los daños efectivamente causados. El artículo 85 de la Ley no define el concepto de indemnización «desproporcionadamente alta», ni señala en relación con qué parámetros habremos de medir la indemnización para calificarla de tal. Con anterioridad al Texto Refundido de 2007, algunos autores sostuvieron que lo más lógico sería comparar la cuantía fijada con los daños que en el momento de celebrarse el contrato fuera previsible que se derivarían de la falta de cumplimiento¹⁸². Sin embargo, a la luz del vigente artículo 87 de la Ley, parece más adecuado considerar que el daño contractual efectivamente producido al consumidor es la medida que nos puede indicar si la pena es abusiva o no.

Ahora bien, no toda indemnización previamente pactada por el mero hecho de tener un importe superior al valor que resulte de la tasación de los daños reales habrá de considerarse desproporcionadamente alta¹⁸³, pues si la pena debiera limitarse a cubrir estrictamente el perjuicio real sufrido, la figura carecería de sentido, ya que en ese exceso está precisamente la finalidad de garantía que cumple. Con mayor frecuencia puede ser abusiva la cláusula penal por la que se estipule la acumulación de la pena convencional y la indemnización de daños y perjuicios. Dada la función manifiestamente punitiva de este segundo tipo de cláusula penal, incluso se

¹⁸² En este sentido, y en relación con la Ley 12/1984, CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., p. 1030; y ZUMAQUERO GIL, Laura: *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (Coord. A. Cañizares), Madrid, 2006, p. 287.

¹⁸³ Vid. QUICIOS MOLINA, Susana: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: R. Bercovitz), Madrid, 1999, p. 903.

ha planteado si la misma no debería considerarse abusiva por contraria a la buena fe *ex* artículo 87, primer inciso, del vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios¹⁸⁴. Y, en todo caso, como ya se ha dicho, el propio artículo 87, en su apartado 6.º, determina el carácter abusivo de las estipulaciones por las que el empresario haya fijado unilateralmente «indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados».

El carácter abusivo de la cláusula penal, una vez declarado por sentencia judicial, determinará su nulidad y se tendrá por no puesta (art. 83-1 de la vigente LGDCU), pero no la nulidad de la obligación principal (art. 1155 CC), que se integrará conforme a lo dispuesto en las reglas generales.

Como ha quedado anteriormente señalado, en la jurisprudencia encontramos numerosas sentencias que resuelven conflictos relacionados con contratos de compraventa a plazos de inmuebles que imponen, en caso de falta de pago de alguno de esos plazos, la resolución del contrato y una pena convencional consistente en la pérdida por el comprador de lo ya pagado. Pero en muy pocos casos se plantea el posible carácter abusivo de la cláusula penal y la aplicación de la LGDCU¹⁸⁵. A menudo, porque la cláusula no está recogida en condiciones generales; y cuando lo está, porque no se considera abusiva, sino válida, si bien algunas sentencias del Alto Tribunal admiten la aplicación del artículo 1154 CC, entendiendo que hay cumplimiento parcial del deudor, y moderan la pena.

5.2 Cláusulas usurarias

La jurisprudencia romana sancionó la nulidad de la cláusula penal cuando, añadida a un contrato de mutuo, escondía un contrato usurario (D. 22, 1, 44; 19, 1, 13). También las Partidas (Ley 40, título XI, Partida V) declaraban que si la pena se usaba para «*rescibir usura*», «*non es tenuto de pechar la pena el que fizo la promisión, maguer non lo cumpla al plazo*». Esta tradición se recoge en el artículo 1081-2.º del Proyecto de García Goyena¹⁸⁶, que somete la cláusula penal a la limitación del artículo 1650, según el cual el interés convencional no podrá exceder del doble del interés

¹⁸⁴ En este sentido, y al comentar la Disposición adicional Primera de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, *vid.* CAFFARENA LAPORTA, *ob. cit.*, pp. 1024-1025.

¹⁸⁵ A pesar de haber sido dictadas bajo la vigencia de esta Ley.

¹⁸⁶ GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, pp. 581-582.

legal, y en el exceso «lo reducirán los tribunales á instancia del deudor».

El Código civil no recogió esta salvedad. La Ley de Represión de la Usura, en sus artículos 1 y 9¹⁸⁷, en cambio, declara nulos los contratos de préstamo, así como toda operación sustancialmente equivalente, en los que se pacte un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias, en los que concurran los requisitos que esta ley establece¹⁸⁸.

Por consiguiente, cuando en uno de dichos contratos se inserte una cláusula penal, para el supuesto de cumplimiento tardío por el deudor, consistente en el pago de intereses moratorios, ante todo, será menester determinar si se trata o no de intereses usurarios conforme a la Ley de Represión de la Usura. En caso afirmativo, el efecto no será la disminución de la pena por razones de equidad, sino la nulidad del contrato en su totalidad, con la consiguiente nulidad de la cláusula penal. La cuestión consiste en determinar si esta Ley debe aplicarse con preferencia al artículo 1155 CC, de modo que los contratos con cláusula penal que estipule intereses moratorios usurarios serían nulos en su totalidad; o si debe mantenerse su validez suprimiendo la cláusula usuraria. Rodríguez Tapia considera posible apreciar nulidad sólo de la cláusula penal, subsistiendo el contrato, e integrar la laguna con la norma del artículo 1108 CC: el deudor deberá abonar los intereses legales¹⁸⁹.

Según reitera la jurisprudencia, el mero hecho de estipular un *quantum* indemnizatorio claramente superior al valor de los daños efectivamente derivados del incumplimiento no confiere a la pena convencional carácter usurario. En este sentido, sin declarar usu-

¹⁸⁷ A tenor del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, serán nulos los contratos de préstamo con interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de una situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Conforme al artículo 9, esta Ley se aplicará también a «toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo en dinero, cualquiera que sean la forma prevista en el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido».

¹⁸⁸ Sobre los intereses usurarios, *vid.*, entre otros, LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, 1994, pp. 5 ss.; ALBALADEJO, Manuel: «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, pp. 33 ss.; RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Comentario a los artículos 1108 y 1109 del Código Civil», *Comentarios EDERSA*, tomo XV-1.º, Madrid, 1989; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La deuda de intereses», *AAMN*, tomo XXXV; BASOZÁBAL ARRUE, X., *ob. cit.*; VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, núm. 536, 1980.

¹⁸⁹ *Id.*, RODRÍGUEZ TAPIA, *ob. cit.*, pp. 560-561.

raria la pena pactada en el caso de autos, se pronuncia la STS de 14 de febrero de 2000¹⁹⁰ (FD 10.º):

«La imputación que se efectúa de contrato *leonino*, –en la perspectiva de la cláusula de *comisión de terminación*, que es lo único que cabe aquí examinar, carece de fundamento. Con la expresión *leonino*...se alude a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes, y los inconvenientes para la otra, y también cuando existe desde el momento inicial de la perfección del sinalagma una exorbitante desproporción o desequilibrio entre las prestaciones de una y las correspondientes contraprestaciones de la otra... La calificación de un contrato o de una cláusula como leonina puede dar lugar a la declaración de nulidad, o en su caso a la corrección por desorbitada o desproporcionada, o a su moderación, en atención a los preceptos de los artículos 1255, 1275 y 7.1 y 2, 1258, y 1154, todos ellos del Código Civil, o, en su caso, a la aplicación de la Ley de represión de la Usura de 23 de julio de 1908, pero ninguna de dichas normas es de aplicación al caso de autos. Por un lado, la parte recurrente no proporciona base fáctica en que poder apoyar la alegación que se limita a hacer en forma prácticamente apodéctica, con olvido de la necesidad del adecuado soporte de hecho, pues si con la sola invocación de que un contrato es leonino pudiera burlarse el cumplimiento de las obligaciones libremente contenidas, la seguridad jurídica quedaría a merced de quienes voluntariamente quisieran cumplir tales obligaciones (Sentencia de 4 de febrero de 1976).»

Cabe señalar, por último, la matización realizada por la STS de 2 de noviembre de 1994¹⁹¹ respecto del carácter usurario de la pena alegado por el recurrente (FD 6.º):

«Por último, no es precisamente afortunado el recurso a la Ley de Usura, porque depende en todo momento de la voluntad del obligado a pagar la pena su reducción o completa ineficacia, sólo tiene que cumplir lo que convino o estar efectiva y realmente dispuesto a hacerlo, actitud ésta que no se ha visto en los autos que la

¹⁹⁰ Los litigantes habían celebrado un contrato de «*management buy-in*» (compra por directivo), que incluía una «comisión de terminación» penalizando el abandono de la operación por los demandados con una comisión de 50.000.000 de pesetas más gastos de índole legal. Producido el desistimiento, los actores reclaman la pena pactada. La demanda fue estimada por la sentencia recurrida, que condenó a los demandados al pago de la suma estipulada y es confirmada por el Tribunal Supremo.

¹⁹¹ Se trataba de la compraventa de un solar a cambio de 22 millones de pesetas y 5 locales a construir por el comprador en el plazo de 2 años, con pena de 100.000 pesetas por día de retraso en la entrega. El vendedor ofreció la entrega de locales distintos de los convenidos, por lo que el comprador se negó a recibirlos, y reclama el cumplimiento exacto del contrato y el pago de la pena moratoria. La sentencia recurrida estima la demanda, pero modera la pena estipulada, condenando al vendedor a abonar al comprador la suma de 20.000 pesetas diarias desde el 18 de septiembre de 1987 hasta la fecha en que sean entregadas las partes del inmueble convenidas una vez adaptado éste al proyecto inicial. Interpuesto recurso de casación por el vendedor, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, sin entrar a examinar la moderación de la pena porque el comprador no recurrió en casación frente a la sentencia dictada de la Audiencia Provincial.

haya tenido el que ahora se queja, después de tanto tiempo, de lo gravoso que es el pago de la pena, pretendiendo inútilmente que con base únicamente en ese dato cuantitativo se anule [...]»

IV. LA PENA MORATORIA Y SU MODERACIÓN

1. LA PENA MORATORIA COMO MODALIDAD DE PENA CONVENCIONAL

Aunque el Código civil no contempla de modo especial la pena moratoria, es obvio que se enmarca en el ámbito de los artículos 1152 a 1155 CC como una modalidad de la cláusula penal regulada por dichos preceptos. Nos limitamos ahora a examinar las peculiaridades que presenta la pena moratoria en cuanto a su posible modificación por los tribunales *ex* artículo 1154 CC, remitiéndonos por lo demás a lo ya expuesto con carácter general sobre la cláusula penal y su revisión judicial.

Hablamos de pena moratoria cuando la lesión del derecho de crédito, a la que las partes subordinan la exigencia de la pena convencional, es el retraso en el cumplimiento de la obligación principal. A través de la pena moratoria se protege el interés del acreedor en un cumplimiento tempestivo, temporalmente exacto, de la obligación principal. En la contratación inmobiliaria, este tipo de cláusula tiene notable relevancia, especialmente en los contratos de obra¹⁹², arrendamiento, compraventa y permuta de suelo por vuelo edificado. En estos tres últimos, la pena de demora se pacta no sólo para el cumplimiento tardío de la prestación, sino también para el caso de retardo en la restitución del inmueble tras la extinción del contrato¹⁹³.

Dado que la pena moratoria tiende a liquidar por anticipado el daño que pueda originarse si el deudor se constituye en mora, las partes suelen tener en cuenta al pactarla la eventual gravedad de este tipo de incumplimiento. En consecuencia, aunque puede configurarse como el abono de una cantidad alzada de dinero, lo cierto es que suele consistir en una suma determinada que deberá pagar el

¹⁹² Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra», en *Estudios homenaje a Díez-Picazo*, vol. II, pp. 2317 ss.; y MARTÍNEZ MAS, Francisco: *La cláusula penal en el contrato de obra*, Madrid, 2005.

¹⁹³ Son frecuentes los casos resueltos ante los tribunales en los que una vez extinguido el contrato, como consecuencia de haber expirado el plazo o de la resolución por incumplimiento de la parte que tiene en su poder ya sea el inmueble arrendado o vendido, ya el suelo permutado, se retrasa ésta en restituirlo al otro contratante. Entre las más recientes, cabe citar las SSTs de 30 de abril de 2002, 8 de octubre de 2002, 3 de octubre de 1005, 7 de noviembre de 2006.

deudor por día (semana, mes, ...) de retraso en el cumplimiento de la obligación principal, adaptando así el importe de la pena al grado de retraso en el cumplimiento. Otra variante consiste en el pago de intereses fijados en un porcentaje diario, semanal, mensual, etc., del valor en dinero de la obligación principal¹⁹⁴, pues nada obsta a que la cláusula penal adopte la forma de pacto de intereses¹⁹⁵. Algunas penas, en fin, se configuran como una rebaja porcentual del precio, que el contratante tiene derecho a recibir, por cada día, mes, etc., de demora en el cumplimiento de la prestación que le incumbe.

En cualquiera de estos casos, la pena moratoria cumple una función sustitutiva y liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios derivados del retraso. El acreedor no tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía de los daños ocasionados por el retraso, pues le basta probar que el deudor ha incurrido en mora respecto a la obligación principal. Pero, dado el carácter fijo de la pena, tampoco podrá, si no se hubiere acordado así, exigir mayor resarcimiento de daños por mora del deudor, aunque pruebe que la pena no resulta indemnización suficiente (art. 1152 CC)¹⁹⁶. Rige, pues, el principio básico, común a todo tipo de pena convencional, así como su posible excepción: la pena sustituye a la indemnización legal de daños¹⁹⁷, pero puede también desempeñar una función genuinamente punitiva si las partes acuerdan acumularla con la indemnización de los daños y perjuicios que se acrediten.

Por definición, la pena moratoria se aplica cuando la ejecución de la prestación principal, aunque tardía, es posible y el acreedor la acepta. En caso de incumplimiento total y definitivo, sin embargo, la responsabilidad del deudor, a falta de estipulación de las partes, quedaría sometida al régimen legal general. En efecto, por tratarse de una pena pactada exclusivamente para el cumplimiento tardío

¹⁹⁴ Así, en el caso resuelto por la STS de 27 de febrero de 2007, la pena moratoria pactada, para el retraso del contratista en construir la estación de servicio objeto del contrato de obra, consistía en el pago del 2 por 100 del importe total del presupuesto ofertado, por cada semana de retardo, sin que pudiera exceder, el total de la pena, del 20 por 100 de dicho presupuesto. La STS de 12 de enero de 1999 se refiere a un contrato de compraventa de materiales que permite al comprador exigir al vendedor una penalidad a razón del 1 por 100 del importe de cada partida, por semana o fracción de semana de retraso sobre el plazo de entrega contractual sin franquicia en el tiempo y con un tope máximo del 10 por 100 del importe total del pedido.

¹⁹⁵ En este sentido, GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 80; DÁVILA, ob. cit., p. 191, MAS BADÍA, ob. cit., p. 149, BLANCO GÓMEZ, Juan José: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996, p. 111.

¹⁹⁶ También el artículo 370 Cco, al regular el contrato mercantil de transporte terrestre, dispone: «Habiéndose fijado plazo para la entrega de los géneros, deberá hacerse dentro de él y, en su defecto, pagará el porteador la indemnización pactada en la carta de porte, sin que el cargador ni el consignatario tengan derecho a otra cosa».

¹⁹⁷ Vid. STS de 20 de diciembre de 2006.

de la prestación principal, la pena moratoria no sustituye a la indemnización derivada del incumplimiento total u otras clases de incumplimiento. En este sentido se pronuncia la STS de 21 de diciembre de 2006¹⁹⁸ al afirmar que no es aplicable la pena moratoria por haberse producido el incumplimiento total y definitivo del contrato de obra por el contratista, no el mero retraso para el que la pena estaba prevista, lo que determina que la indemnización a pagar por éste al dueño de la obra sea la establecida conforme a las reglas generales¹⁹⁹.

Como consecuencia de estas ideas, cabe entender que la pena de demora es compatible:

A) Con el cumplimiento *in natura* o por equivalente (*id quod interest*) de la obligación principal.—Sin necesidad de pacto expreso, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación y la pena moratoria. Ambas pretensiones son compatibles, porque la voluntad de las partes consiste en establecer una pena destinada a resarcir únicamente los daños que origina el mero retraso, pero no los producidos por la inejecución definitiva de la prestación. La peculiaridad más característica de esta modalidad de cláusula penal reside en que permite reclamar el cumplimiento de la obligación principal y, al mismo tiempo, de la pena. No procede, pues, invocar el artículo 1153-2.º CC ya que, si el régimen legal de la indemnización por mora (art. 1108 CC) es compatible con la prestación principal, pues sólo cubre los daños originados por el retraso en el cumplimiento de ésta, lo mismo ha de suceder cuando la pena convencional sustituye, por voluntad de las partes, a la indemnización legal²⁰⁰. Aquí la compatibilidad entre cumplimiento y pena no deriva de una norma legal ni de pacto expreso, sino de la naturaleza

¹⁹⁸ Las partes habían celebrado un contrato de obra que incluía una pena moratoria de seis millones de pesetas por mes de retraso en la entrega de la obra. El TS de confirma la sentencia de la AP que declaró resuelto el contrato por incumplimiento total del contratista, al que condenó a indemnizar los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento. El FD 4.º declara: «En cuanto a los motivos 3.º y 4.º del recurso que ahora se estudia, y referidos a la cláusula de penalización por retraso en la ejecución, deben ser también aquí desestimados, pues no se trata en sí, en lo aplicado por los Organos judiciales que han precedido en la decisión de este tema a esta Sala, de la aplicación de los artículos 1152 (y consecuentemente, del 1154, para su «moderación»), sino de la determinación de la indemnización por incumplimiento culpable, ..., y así se determina como tal indemnización (por los «perjuicios» habidos) en la Sentencia del Juzgado (que reproduce, siguiéndola, en este punto, la de la Audiencia), separándola de la liquidación del precio adeudado de la obra, por lo que no son operativos los demás aspectos que se refieren a la penalización (de la que, como sanción, no se habla por los referidos Organos de la instancia), ya que se trata simplemente de aplicar una indemnización de daños y perjuicios (y así se dice expresamente, concretando éstos, en el fallo del Juzgado) por incumplimiento contractual, responsable, del contratista».

¹⁹⁹ En el mismo sentido, la STS de 23 de noviembre de 1999.

²⁰⁰ Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., pp. 284-285

jurídica de la pena moratoria: el supuesto para el que se ha pactado implica el cumplimiento, aunque, eso sí, retrasado.

En caso de cumplimiento forzoso por equivalente de la obligación principal, la jurisprudencia admite asimismo la compatibilidad de éste con la pena moratoria. Esta doctrina se recoge en la STS de 17 de diciembre de 2003²⁰¹, conforme a la cual, la penalización, estipulada en una suma de dinero por día de demora en el cumplimiento de la obligación principal, habrá de abonarse desde la fecha en que debió cumplir el deudor hasta al día en que el cumplimiento devino objetivamente imposible.

B) Con la indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimientos de la prestación principal diferentes de la mora (por ejemplo, el cumplimiento parcial o el defectuoso), que habrán de regirse por las reglas contractuales (STS de 23 de diciembre de 2009) y, a falta de éstas, por las normas generales sobre responsabilidad contractual.

C) La pena moratoria puede ser incluso compatible con la indemnización de daños y perjuicios derivados de la mora, determinada conforme a los artículos 1101 y siguientes CC, siempre y cuando las partes así lo hayan estipulado, en cuyo caso estaremos ante un supuesto de pena cumulativa.

Para que el acreedor pueda reclamar el pago de la pena moratoria es preciso, obviamente, que el deudor incurra en mora²⁰². La STS de 25 de enero de 2008 recuerda la necesidad de que el acreedor demuestre este extremo (FD 2.º):

«Es evidente que quien invoca la aplicación de una cláusula penal debe probar los hechos que autorizan a formular su pretensión, y corresponde al que niega su virtualidad la de los impeditivos de la misma; esto se traduce en que ha de ser la parte que interesa su cumplimiento la que soporte la carga de probar tanto de la realidad de ese retraso como que el mismo es imputable exclusivamente a la conducta de la contraparte, y a ésta... que no hubo dilación respecto de la fecha pactada, o que la demora existe, pero fue consentida por el acreedor, o que el retraso existió y no fue aceptado, pero resulta ajeno al deudor, al traer causa de un aumento de obra, –realización de obras no incluidas ni previstas en el contrato–, únicos supuestos en que la pena no puede exigirse.»

La mora se define como la situación en que se encuentra el deudor retrasado en el cumplimiento cuando, cumplidos los requisitos necesarios para ello, deba asumir una especial responsabilidad

²⁰¹ Como ya lo hiciera la STS de 26 de mayo de 1980.

²⁰² Sobre la mora del deudor, *vid.* Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.

por su retraso²⁰³. Siendo la pena moratoria un sistema pactado de valoración previa de los daños derivados del retardo en el cumplimiento (sin perjuicio de su posible función sancionadora), su eficacia está subordinada a que se produzca la situación de «morosidad», o de «retardo jurídicamente relevante», que determine la responsabilidad del deudor. A tales efectos, interpretando el artículo 1100 CC, se suele entender que son requisitos necesarios para que el deudor quede constituido en mora: el carácter positivo de la obligación, la exigibilidad de la prestación, la liquidez de la deuda, la imputación al deudor del retraso en el cumplimiento y la intimación del acreedor, salvo en los casos en que la ley o las partes la hayan excluido.

Dos de estos requisitos, la liquidez de la deuda y la interpelación o intimación del acreedor, requieren ciertas precisiones en sede de cláusula penal moratoria.

1) Para entender producida la mora del deudor, ha sido tradicional la exigencia de liquidez de la deuda, conforme al antiguo brocardo *in illiquidis non fit mora*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo vino declarando, durante décadas, que no puede estimarse la morosidad de las obligaciones consistentes en el pago de una cantidad cuando la determinación de ésta dependiera de un juicio previo encaminado a precisarla²⁰⁴. Aunque la doctrina mayoritaria aceptaba este principio, algunos autores han criticado duramente su aplicación indiscriminada²⁰⁵, en especial a casos en que acreedor y deudor están de acuerdo sobre la existencia de la obligación y sólo discrepan en orden a la cuantía: en este supuesto, como mínimo, debería considerarse que el deudor ha incurrido en mora respecto de la parte que reconoce adeudar²⁰⁶. En definitiva, la exigencia estricta de liquidez de la deuda ha causado durante largo tiempo un aumento innecesario de litigiosidad y graves perjuicios a los acreedores, especialmente en deudas de dinero. Actualmente la situación ha dado un giro notable, pues la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha suavizado su doctrina tradicional a partir de la sentencia de 5 de marzo de 1992. Conforme a esta nueva orientación, la regla *in illiquidis* opera cuando la relación entre acreedor y deudor pueda ser calificada como de cuenta corriente, o cuando no sea fácil determinar la cantidad realmente adeudada; pero no si el *quantum* principal debido es de fácil

²⁰³ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pp. 655 ss.

²⁰⁴ STS de 5 de mayo de 1990.

²⁰⁵ Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., ob. cit., pp. 527 a 334, alegando la falta de base legal y motivos de justicia material o necesidad práctica para seguir sustentando la aplicación de este brocardo, así como negando la posibilidad de una iliquidez absoluta de la deuda cuando ésta deriva de un contrato válido (cfr. art. 1273 CC).

²⁰⁶ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pp. 669-670.

determinación. Esta nueva doctrina se ha mantenido y acentuado en posteriores resoluciones del Alto Tribunal²⁰⁷. Siguiendo esta línea, la STS de 31 de mayo de 2006 (FD 6.º) declara:

«El séptimo y último motivo con el mismo fundamento que todos los anteriores, parte de la base de que en la sentencia recurrida se ha infringido la técnica jurisprudencial derivada del brocardo *in illiquidis non fit mora*. Este motivo debe ser desestimado. En efecto tiene dicho esta Sala, de una manera reiterada, que el referido brocardo, aplicado indiscriminadamente, es injusto y favorecedor de conductas torticeras de los deudores, pues les basta con negar la deuda o la cantidad reclamada para hacerla indeterminada [...] La jurisprudencia de esta Sala es reiterada en orden a la no aplicación automática de tal principio [...].»

2) Respecto de la constitución en mora del deudor cuando la obligación está garantizada con pena moratoria, se ha planteado la cuestión de si es necesaria la intimación del acreedor o si, por el contrario, la mora es automática²⁰⁸. La doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la segunda alternativa: en este tipo de obligaciones, la mora se produce de forma automática, aunque la obligación no esté sometida a término esencial ni exista un pacto expreso de las partes al respecto (art. 1100-2.º CC). El mero hecho de asegurar una obligación mediante una pena moratoria es suficiente para considerar que existe un «pacto» tácito o implícito de mora automática, por el que las partes excluyen la necesidad de interpelación del acreedor al deudor. Se entiende que, establecida una fecha para que la cláusula penal opere, hay que presumir que los contratantes quisieron marcar un plazo automático de constitución en mora a

²⁰⁷ SSTS de 1 de abril de 1997, 21 de mayo de 1998, 30 de julio de 1999, 31 de enero de 2001, 8 de marzo de 2002, 17 de febrero de 2004, 25 de marzo de 2004, 20 de febrero de 2005, 5 de abril de 2005, 15 de abril de 2005, 30 de noviembre de 2005, 20 de diciembre de 2005, 15 de marzo de 2006, 31 de mayo de 2006, 7 de noviembre de 2006. En esta línea, afirman las SSTS de 9 de febrero y 2 de julio de 2007 que: «...la comprobación empírica de que los relatados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada, llevaron a la jurisprudencia a un nuevo planteamiento de la cuestión, conforme al que rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardico *in illiquidis non fit mora*, a la vez que valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama».

²⁰⁸ Sobre la constitución en mora del deudor de forma automática, en obligaciones recíprocas y pecuniarias, *vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *ob. cit.*, pp. 555 a 592. En el ámbito de los contratos mercantiles, la llamada «mora mercantil», regulada en el artículo 63 del Código de comercio, es automática. Conforme al primer apartado de este precepto, en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por ley, los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente de su vencimiento. *Vid.* GÓMEZ CALERO, *ob. cit.*, pp. 151-154, quien considera que la posibilidad, prevista en los artículos 350-9.º y 370-1.º Cco, de incluir una cláusula penal moratoria en el contrato mercantil de transporte terrestre, puede extenderse a otros contratos mercantiles.

partir del cual se aplica la pena, precisamente porque desde ese instante dicha pena es exigible²⁰⁹.

Es cierto que el artículo 1100-2.º CC sólo exceptúa la necesidad de intimación (prevista en el art. 1100-1.º CC) «cuando la obligación lo declare expresamente», pero nada impide que los pactos de las partes puedan ser objeto de interpretación²¹⁰. En este sentido, cabe acudir a lo dispuesto en el segundo inciso del propio artículo 1100-2.º CC, por cuya virtud cabe sostener que otro efecto de la pena moratoria consiste en producir la mora automática de la obligación principal por resultar, «de la naturaleza y circunstancias de la obligación», que el plazo de cumplimiento de la misma era determinante en el sentido del artículo 1100-2.º CC²¹¹. Así pues, existiendo pena moratoria, cuando se verifica el supuesto de hecho previsto por las partes –retraso en el cumplimiento de la obligación principal– la mora se produce automáticamente y, desde ese momento, la pena es exigible.

La doctrina jurisprudencial predominante en esta materia²¹² se refleja en la STS de 25 de enero de 2008 según la cual, la eficacia de la cláusula penal no está condicionada a que concurran los requisitos legales de la mora, por lo que no se exige que quien reclama su aplicación efectúe el requerimiento previo, pues dado el carácter convencional de la pena (FD 2.º):

«[...] esta Sala ha reiterado que sustituye al régimen general de las obligaciones, de modo que su efectividad, [...] no precisa requerimiento o intimación (Sentencias de 17 de enero de 1967 y 13 de marzo de 1987) sino que sólo depende de que se pruebe el retraso y la culpa del deudor, [...] careciendo de trascendencia el régimen legal general de la mora en el cumplimiento de toda clase de obligaciones a que se refiere el artículo 1100 del Código Civil, que no sería pues aplicable al haber optado las partes por regular convencionalmente las consecuencias del retraso.»

A mayor abundamiento, añade el Alto Tribunal en esta resolución: incluso en la hipótesis de que fuera aplicable el régimen general de la mora, por un lado, «no puede ignorarse que el propio artículo 1100 CC contempla el carácter automático de la mora, sin previo requerimiento, cuando así se pactase»; y por otro (respecto a la infracción del último párrafo del art. 1100 CC), en la fecha en que se produjo la mora, el otro contratante había cumplido todas sus obligaciones contractuales, por lo que podía reclamar la pena

²⁰⁹ RUIZ VADILLO, ob. cit., p. 400.

²¹⁰ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 674.

²¹¹ DÁVILA, ob. cit., p. 334.

²¹² Entre otras, SSTS de 17 de enero de 1967, 13 de marzo de 1987, 5 de febrero de 1994, 26 de julio de 1997.

moratoria, sin que sea relevante su incumplimiento posterior, «que se encontraba ya justificado y era lógica consecuencia del previo retraso de la otra parte».

2. LA PENA MORATORIA Y EL ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

Cuando el incumplimiento sancionado por la pena sea el retraso en la ejecución de la prestación principal, si el deudor incurre en dicho retraso habrá que entender, a los efectos de la aplicación de la cláusula penal, que hay incumplimiento total, por lo que no cabe su modificación *ex* artículo 1154 CC. Esta regla es reiterada por la jurisprudencia²¹³, tal y como afirma la STS de 8 de octubre de 2002 (FD 5.º):

«[...] la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que *el retraso pactado supone incumplimiento total*, que debe resarcirse con la cantidad estipulada, *sin que, por ello, sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1154*, la cual tiene como presupuesto ineludible, impuesta al Juez como un deber imperativo por la ley, que el deudor cumpla en parte o irregularmente la obligación [...].»

En consecuencia, y por regla general, producido el retraso en la ejecución de la prestación principal, la jurisprudencia declara que no procede la modificación judicial de la pena *ex* artículo 1154 CC. Si el deudor no cumple a tiempo y se demora, la pena convenida será exigible en su integridad, pues durante el tiempo que dura el retraso se considera que la obligación ha resultado totalmente incumplida, no concurriendo por ende el supuesto de hecho contemplado en el artículo 1154 CC²¹⁴.

Como eventual excepción se señalan las obligaciones de tracto sucesivo o de posible división²¹⁵, que permitieran cumplimientos parciales aceptados por el acreedor, en las que la facultad moderadora de los tribunales podría operar²¹⁶. En este sentido, la STS de

²¹³ Entre las más recientes, las SSTS de de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 27 de febrero de 2002, 30 de abril de 2002, 17 de diciembre de 2003, 29 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 3 de octubre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 22 de noviembre de 2006, 20 de diciembre de 2006, 27 de febrero de 2007, 25 de enero de 2008, 13 de febrero de 2008, 23 de diciembre de 2009.

²¹⁴ *Vid.* STS de de 16 de octubre de 2008.

²¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Las obligaciones divisibles e indivisibles*, ADC, 1973, pp. 536-537. Sobre obligaciones indivisibles, *vid.* asimismo, CRISTÓBAL MONTES, A.: *Las obligaciones indivisibles*, Madrid, 1991.

²¹⁶ ESPÍN ALBA, ob. cit., pp. 90 a 94.

de 2 de junio de 1991 aprecia cumplimiento parcial, y modera la pena moratoria, porque el contratista, obligado a entregar treinta viviendas en la fecha fijada en el contrato, había entregado dieciocho dentro de dicho plazo. Así pues, salvo casos específicos de auténtico «retraso parcial o no generalizado», la pena moratoria no reúne los requisitos legales necesarios para su moderación y su reducción iría en contra de lo querido por las partes²¹⁷.

Aplicando estos principios, habremos de concluir que la modalidad de pena moratoria consistente en el pago de una cantidad por día de retraso no es susceptible de modificación judicial al amparo del artículo 1154 CC, porque: a) el incumplimiento previsto en la cláusula se daría totalmente cada día de retraso y debe pagarse la suma pactada por ese período; y b) las partes ya han ajustado el monto de la pena a la entidad del retraso producido y debe aplicarse la regla *pacta sunt servanda*. Lo mismo puede predicarse en caso de que la pena se configure como el pago de intereses cifrados en un porcentaje diario de una determinada suma de dinero, por ejemplo, del valor de la obligación principal (o como la rebaja porcentual del precio a pagar por el acreedor) por cada día de demora del deudor. Además, si la cuantía de la sanción ha sido fijada en proporción a los días de retraso, existirá base segura para determinar la cuantía de la indemnización, sin necesidad de que actúe el arbitrio de la equidad judicial, a que se refiere el aludido artículo 1154 CC²¹⁸.

Sin embargo, un sector minoritario de la jurisprudencia ha mostrado cierta tendencia a considerar que, respecto de la pena moratoria, el cumplimiento tardío es una forma de cumplimiento «irregular» y, por lo tanto, las penas moratorias pueden modificarse por virtud del artículo 1154 CC. Esta doctrina es merecedora de la crítica a que ha sido sometida, pues vulnera abiertamente el principio de la autonomía privada²¹⁹. La modificación judicial prevista en

²¹⁷ Las mismas consideraciones son predicables de la cláusula penal moratoria inserta en contratos mercantiles.

²¹⁸ Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 285.

²¹⁹ ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., pp. 167-168; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 285; ESPÍN ALBA, ob. cit., pp. 87 a 89; MAS BADÍA, ob. cit., p. 124. Otra parece ser la opinión de DE CASTRO VÍTORES, ob. cit., pp. 108 ss., que propugna no acudir a un automatismo absoluto en la aplicación de la pena moratoria, ya que también ésta puede ser adecuada o inadecuada, dependiendo de «su cuantía, del resultado que ofrece en función de la forma en que se organizó su funcionamiento y por las circunstancias que rodean su aplicación». En consecuencia, para valorar en cada caso concreto la conveniencia o no de moderar la pena moratoria, habrá que atender a la naturaleza del contrato, de la prestación demorada y de los bienes, pues la influencia que el tiempo ejerce en el cumplimiento de las obligaciones varía en función de tales circunstancias y de los concretos lucros cesantes que se derivan del retraso. Estima, asimismo, este autor necesario tener presente la actitud de las partes, no sólo el retraso desleal en la reclamación por parte del acreedor, sino también la posibilidad de éste de tomar alguna medida para minimizar el daño. Finalmente, defendiendo la aplicación del artículo 1258 CC a estos supuestos, que permite al juez poner a la penas un límite cuantitativo, «imaginando y poniendo en práctica, en definitiva, los ajustes

este precepto no es un mecanismo para reducir penas moratorias excesivas. Otra cosa es que éstas últimas puedan resultar nulas por contrarias a normas imperativas. Por tanto, deben someterse al triple control, expuesto anteriormente, sobre: el posible carácter usurario (conforme a la Ley de Usura) o abusivo (en caso de contratos con consumidores); el respeto a los límites impuestos por el artículo 1255 CC; y la existencia de causa real que justifique en su totalidad la atribución patrimonial que conlleva el pago de la pena.

Situación distinta es la que se produce cuando, habiendo sido estipulada la pena para el incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación principal, el deudor no cumple en la fecha acordada sino en un momento posterior. La cuestión es, ¿puede el acreedor, que acepta la prestación tardía, exigir la prestación penal moderada *ex* artículo 1154 CC entendiendo que hay cumplimiento irregular de la prestación? Caben dos posibles soluciones. La primera, considerar que al no haberse producido el incumplimiento total previsto por las partes, no acabe aplicar la pena convencional porque lo impide el principio de interpretación restrictiva de la misma; por consiguiente, los daños y perjuicios derivados del retraso se deberán someter a las reglas generales sobre la responsabilidad contractual por mora del deudor. La segunda solución propuesta consiste en estimar que existe un cumplimiento «irregular», enmarcado en el artículo 1154 CC, por lo que se debe aplicar la pena convencional reducida²²⁰. Esta solución se acomoda bien a la *ratio* del citado precepto y parece latir en la STS de de 28 de septiembre de 2006, que confirma la sentencia recurrida afirmando (FD 3.º)²²¹:

«[...] la indemnización establecida en la cláusula penal [...] se estableció para los supuestos de incumplimiento total del contrato, y en el caso examinado el retraso experimentado en el cumplimiento de la obligación de entrega no constituye un caso de incumpli-

que la buena fe habría exigido hacer a las partes y no han hecho, e incluso dejar sin aplicar la cláusula. Por lo demás, y dado lo resbaladizo de este territorio, una regla codificada de reductibilidad de la pena por exceso, sería de gran utilidad» (p. 115).

²²⁰ *Vid.* GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 151; y DÁVILA, ob. cit., p. 332.

²²¹ Confirma la sentencia recurrida, según la cual la cláusula penal litigiosa estaba prevista para incumplimiento total y el retraso de cinco semanas en la entrega del inmueble vendido debe considerarse un cumplimiento irregular, que da lugar a reducir la pena pactada de 7.700.000 pesetas a 500.000 pesetas. El TS afirma en el FD 2.º: «...el escaso periodo de tiempo transcurrido entre la fecha prevista en el contrato y la entrega efectiva, las facilidades ofrecidas por la vendedora para que el comprador pudiese depositar sus enseres y el precio pagado por alquiler de otra vivienda durante ese periodo de tiempo y los gastos incurridos por esta causa, así como las molestias e incomodidades sufridas y que son consustanciales al retraso; circunstancias que operan de forma determinante para concretar los daños y los perjuicios sufridos y para fijar equitativamente la indemnización correspondiente, habiendo sido valoradas adecuadamente por la Sala *a quo* y conforme a la necesidad de ejercitar los derechos con arreglo a la buena fe, con la subsiguiente proscripción del abuso de derecho –artículo 7 del Código Civil–, así como de impedir dar carta de naturaleza al enriquecimiento injusto del comprador».

miento total del mismo, pues ni el plazo de entrega presenta un carácter esencial, ni permite llegar a semejante conclusión la brevedad del retraso. Siendo así [...] resulta adecuada la aplicación del artículo 1154 del Código civil, como también lo ha sido el uso de las facultades moderadoras de la pena realizado por el Tribunal de instancia[...].»

3. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA PENA MORATORIA

Es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en ningún caso cabe admitir situaciones de mora indefinida. Por ello, es necesario delimitar el tiempo en que ha de aplicarse la pena moratoria, estableciendo las fechas inicial y final para el abono de la misma. El día inicial se fija en el momento en que el deudor está obligado a ejecutar la prestación principal. El día final suele situarse en la fecha en que el deudor cumplió tardíamente su obligación o, a falta de tal cumplimiento, en la fecha de presentación de la demanda en que se pide la resolución del contrato, a partir de la cual desaparece la mora y el incumplimiento se convierte en definitivo²²². Atendiendo a estas reglas, la STS de 30 de abril de 2002²²³ (FD 8.º) sostiene:

«[...] la mora constituye una situación de carácter transitorio o temporal, pero *no indefinida* (en el sentido de *perpetua* o de *duración ilimitada*), por lo que por la prolongación en el tiempo se convierte en incumplimiento definitivo, sin que puedan coexistir ambas situaciones jurídicas porque son incompatibles. Además, dicha incertidumbre (o *interinidad*) no armoniza con la certeza necesaria para las condenas de futuro, las que por lo general, se aplican por la Jurisprudencia a las obligaciones a plazo (Sentencias de 25 de octubre de 1980, 24 de septiembre de 1984 y 18 de julio de 1997, entre otras), y sin que se den las características que en algunas ocasiones justificaron excepcionalmente la admisión de dicha condena en razón de las circunstancias concretas del caso (*ad ex*. SS de 19 de noviembre de 1954, 20 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986), y mirando al principio de economía procesal y con el designio de evitar juicios reiterados (S. de 19 de noviembre de 1954). Frente a lo razonado no cabe invocar la regla *pacta sunt servanda*, que se aduce por la parte recurrida, porque dicho principio recogido en

²²² En este sentido, la STS de de 8 de octubre de 2002. Sin embargo, la STS de de 23 de diciembre de 2009 fija como día inicial la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

²²³ En cuanto a las condenas de futuro, afirma esta sentencia que, incluso durante la vigencia de la LEC 1881 que no las regulaba (a diferencia de la LEC 1/2000, que las regula en su art. 220), la Jurisprudencia siempre las ha admitido, por lo que no cabe reducirlas a las hipótesis previstas explícita o implícitamente en las leyes.

diversos preceptos del CC (1091, 1255, 1258, 1278) no permite establecer, ni menos cabe deducir en el caso, situaciones de mora indefinidas.»

En la misma línea, la STS de 17 de diciembre de 2003²²⁴ limita el tiempo declarando que el deudor deberá abonar la pena correspondiente a los días transcurridos entre la fecha en que debió cumplir la obligación principal y aquella en la que el cumplimiento devino objetivamente imposible. Así, en su FD 3.º afirma:

«[...] La imposibilidad objetiva de cumplir no significa más que la extinción de la cláusula penal a partir de ese momento, porque raya en el absurdo pensar que tuviese una eficacia perpetua, dado que la imposibilidad de cumplir y por tanto el retraso en la entrega siempre existiría.»

Además, como señala la STS de 8 de octubre de 2002²²⁵, en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica la pena moratoria pactada por día de retraso en el cumplimiento, es necesario descontar los días de retraso no imputables al deudor. En consecuencia, considera que la sentencia recurrida infringe el artículo 1152 CC porque (FD 5.º):

«[...] con seguimiento de la doctrina jurisprudencial concerniente a que las dudas sobre el alcance de la cláusula penal deben interpretarse con carácter restrictivo (entre otras, SSTS de 14 de febrero de 1998 y 6 de mayo de 1998), el motivo debe ser acogido por la vía de la transgresión del artículo 1152, en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica, del que, obviamente, es preciso descontar los días de demora que no son imputables al contratista, pues otra respuesta sería exagerar indebidamente el alcance de la pena.»

En consecuencia conviene resaltar que la modificación *ex* artículo 1154 CC de la pena convencional no debe confundirse con el cómputo del tiempo de retardo imputable al deudor. A estos efectos, del número total de días de retraso en la ejecución de la prestación principal se deben *descontar* los días de demora que no puedan imputarse al deudor, sino a circunstancias ajenas al mismo (caso

²²⁴ Referida a incumplimiento de un contrato con cláusula penal moratoria, consistente en el pago de una suma de dinero por día de retraso en el cumplimiento, en que la prestación debida devino imposible por causa imputable al propio deudor. La acreedora reclama el valor de la prestación imposible y el pago de la pena correspondiente a los días transcurridos desde la fecha en que debió cumplir el deudor hasta la fecha en que éste pague el equivalente.

²²⁵ La cláusula penal inserta en el contrato de cesión de suelo por vuelo edificado, establecía que, «transcurridos tres meses de cada uno de los plazos estipulados sin que hubieren finalizado las obras, el cesionario abonará, en concepto de indemnización a la cedente la suma de 35.000 ptas. diarias». Producido el retraso, el comitente solicita la resolución del contrato y el pago de la pena moratoria.

fortuito, intervención de un tercero, mora del acreedor...), tal y como declara de forma unánime la jurisprudencia²²⁶. Lo contrario vulneraría la regla contenida en el artículo 1152-2.º CC, conforme a la cual la pena convencional sólo podrá hacerse efectiva respecto de incumplimientos exigibles conforme a las disposiciones del propio Código²²⁷. Correlativamente, cuando existen retrasos imputables a ambas partes, la jurisprudencia decreta su compensación²²⁸.

Por otra parte, la modificación, e incluso la no aplicación de la pena moratoria, son contempladas por la jurisprudencia en aquellos casos en que los propios contratantes han alterado los supuestos que fueron la base de su estipulación. Como ya quedó dicho la relevancia de dicha alteración puede dar lugar a excluir la aplicación de la cláusula penal. En este sentido se pronuncian algunas sentencias del Tribunal Supremo que resuelven conflictos planteados respecto de contratos de obra con cláusula penal moratoria en los que a instancias del comitente se introducen, después de iniciada la construcción, variaciones en la obra inicialmente proyectada²²⁹. Según declara la STS de 29 de octubre de 2001 (FD 3.º):

«El motivo debe desestimarse en todo caso, aparte lo anterior, porque el cumplimiento de una cláusula penal presupone unas previsiones contractuales, que si varían, decae aquella cláusula; ésta

²²⁶ En este sentido se pronuncia la STS de 18 de septiembre de 2008, en la que la Sala Primera señala la necesidad de descontar, a efectos de determinar el número de días en los que el demandado se había retrasado en la ejecución de la obra, el período de gracia previsto en el contrato y reiterando la interpretación restrictiva de las cláusulas penales.

²²⁷ Salvo pacto de los interesados, cuando el retraso es parcialmente debido a caso fortuito, corresponde la moderación de la pena; si fuera totalmente debido a caso fortuito, no se aplicaría la pena.

²²⁸ Afirma la STS de 15 de noviembre de 2000 (FD 3.º): «...así como los retrasos que fuesen por conductas atribuibles a ambas partes, quedan compensados, sin embargo, los que sean exclusivamente imputables a la Constructora –lo cual habrá de apreciarse en el trámite de ejecución de Sentencia–, según las bases que se reflejan en citado FD 2.º, provocará la aplicación del contenido punitivo de la cláusula decimocuarta pactada...». En igual sentido, la STS de 20 de mayo de 1998.

²²⁹ Así, algunas sentencias del Tribunal Supremo excluyen la aplicación de la pena moratoria siguiendo la doctrina jurisprudencial según la cual, «la pena pactada sólo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó, pues si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula penal desaparece, y así es de estimar cuando convenida la entrega de determinadas obras en cierto día, luego resulta que el volumen de tales obras se aumentó y cambiaron los precios y hubo además exceso de obras, haciendo preciso un tiempo mayor que el estipulado». En este sentido, entre las más recientes, cabe citar las SSTS de 23 de mayo de 1997, 25 de noviembre de 1997, 20 de mayo de 1998, 30 de noviembre de 1998, 30 de marzo de 1999, 14 de diciembre de 1999 (el TS afirma que hubo novación modificativa), 3 de febrero de 2000, 15 de noviembre de 2000, 5 de marzo de 2002, 25 de enero de 2008. Por el contrario, la STS de 12 de junio de 1999 sostiene que el aumento de obra no revistió los caracteres necesarios para dar lugar a una moderación de la pena, por lo que declara la aplicación de ésta en los términos pactados.

es accesoria y si cambia la obligación que garantiza, la ejecución de la obra, no puede mantenerse invariablemente. En el presente caso, tal como declara, como hecho acreditado, la sentencia de instancia, “hubo modificaciones de obra, modificaciones de la proyectada que fueron planificadas [...] cuando ya había precluido tal plazo”, el previsto para ejecutarla y “cambios en la que ya había sido ejecutada [...] ajenas a la contrata, necesidad de derribo y posterior reconstrucción [...]”. Por tanto, variando esencialmente la obra, no cabe aplicar una cláusula penal que se refiere a la terminación de una obra proyectada, distinta de la acabada.»

Lo decisivo en estos supuestos es que la alteración del contrato haga imposible su ejecución en el plazo previsto, ya que de esta circunstancia depende la efectividad de la pena moratoria. Como acertadamente declara la STS de 27 de febrero de 2002 (FD 2.º):

«Cierto es que toda modificación o adición de obra suponen variación del proyecto inicial, por lo que no puede aplicarse la cláusula penal prevista para el retraso en la ejecución de dicho proyecto, pero ello en la hipótesis de que por la misma naturaleza de la nueva obra o por pacto de las partes no pueda llevarse a cabo en el plazo previsto en el contrato para la terminación de la total. De lo contrario se estaría legitimando al contratista para eludir la cláusula penal por cualquier modificación del proyecto. Si el contratista necesita más tiempo del pactado para terminar la obra, no hay razón alguna para que el retraso no esté penalizado, descontando por supuesto el que necesitó o se acordó para las adiciones o modificaciones.»

Se trata, en suma, de casos en los que el retraso en el cumplimiento no se estima imputable al deudor, sino al aumento pactado de la prestación principal. Por consiguiente, la pena se reduce proporcionalmente, sin que ello constituya genuina moderación *ex* artículo 1154 CC.

4. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE: TENDENCIAS EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD MODERADORA

Recogemos a continuación un elenco de sentencias, dictadas durante los últimos doce años por el Tribunal Supremo, relativas a la modificación de la pena moratoria por virtud de la facultad judicial establecida en el artículo 1154 CC. El análisis de estas resoluciones, de las que se reproducen únicamente los fundamentos jurídicos, o sus fragmentos, con auténtica relevancia a los efectos de este estudio, revela ante todo la falta de una doctrina jurisprudencial unitaria en esta materia. De ahí que las sentencias aparezcan agrupadas en las dos tendencias presentes en la jurisprudencia: la

contraria y la favorable a la moderación judicial de la pena moratoria.

4.1 Sentencias del Tribunal Supremo contrarias a la modificación de la pena moratoria

En la actualidad, a partir sobre todo de la STS de 29 noviembre de 1997, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo predomina la doctrina según la cual, la pena moratoria no es susceptible de moderación, ya que durante el tiempo que dura la mora el incumplimiento es total, lo cual resulta inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular que requiere el artículo 1154 CC.

1.^a STS de 29 de noviembre de 1997.—El demandado se retrasó 66 días en la entrega del solar litigioso, habiéndose pactado en el contrato una pena moratoria de 300.000 pesetas por día de retraso. La sentencia recurrida redujo este importe a la mitad por virtud de la facultad moderadora del artículo 1154 CC. La Sala Primera del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por aplicación indebida de dicho precepto, afirmando que la moderación no es posible porque la pena moratoria es incompatible con el incumplimiento parcial o irregular contemplado en el artículo 1154 CC (FD 12.º):

«[...] A dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total.»²³⁰

²³⁰ Finaliza afirmando: «[...] no cabe moderación alguna con arreglo al artículo 1154 del Código Civil, es evidente que la sentencia aquí recurrida ha hecho una indebida aplicación del mismo [...] al no ser posible tampoco, con base en el citado precepto, hacer una reducción o moderación de la pena pactada porque la misma pudiera ser considerada excesiva, toda vez que la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes».

2.^a STS de 10 de mayo de 2001.—Casa la sentencia recurrida por haber reducido la cláusula penal moratoria, estipulada en el contrato de obra que vinculaba a los litigantes, a cuyo tenor: «En caso de incumplimiento del plazo de entrega por parte del contratista, se le penalizará a Construcciones 1.000.000 de pesetas si no ha sido entregado el día 21 de agosto de 1990, y así sucesivamente por cada semana de retraso hasta que se produzca la entrega de la obra». En esta sentencia, al igual que en la anterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo proclama la incompatibilidad de la pena moratoria con la noción de incumplimiento parcial o irregular (FD 4.º):

«A dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, *no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total*».

3.^a STS de 27 de febrero de 2002.—Frente a la demanda de la constructora solicitando la suma de dinero adeudada, como consecuencia del impago de certificaciones de obra ejecutada según contrato al efecto, los comitentes demandados opusieron la compensación de la cantidad correspondiente a la pena moratoria acordada (20.000 pesetas diarias) por no haberse ejecutado las obras en el plazo estipulado. La sentencia recurrida desestimó la demanda al considerar que la deuda reclamada se había extinguido totalmente por compensación entre lo debido por los demandados a la actora y lo debido por ésta a aquéllos en virtud de la cláusula penal establecida en el contrato. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y, en respuesta a la pretensión del recurrente de moderación de la pena moratoria, afirma (FD 3.º):

«La moderación de la cláusula penal pactada [...] no puede practicarse por otro motivo, ya que los días a los que se aplica han quedado delimitados en la sentencia recurrida, descontando del total los que entendiendo no imputables al contratista. Dice al efecto la sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 1997: “no cabe la posibilidad

legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1.154 CC ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial irregular de la obligación... cuyo mero retraso, por sí sólo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1.154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total".»

4.^a STS de 30 de abril de 2002.—El caso resuelto por esta sentencia se refiere a un contrato de cesión de suelo por vuelo edificado, por cuya virtud los cesionarios se obligaron a construir un nuevo edificio en el terreno cedido y entregar a las cedentes tres pisos, tres plazas de garaje y tres trasteros, en el plazo de treinta meses desde que tomaran posesión del solar, bajo pena moratoria consistente en abonar la suma de 15.000 pesetas diarias hasta que se realice tal entrega. El cesionario inició las obras pero fueron paralizadas por sentencias interdictales debido a la existencia, en el subsuelo del inmueble, de dos bodegas pertenecientes a terceros. Expirado el plazo de treinta meses, las obras seguían paralizadas y las cedentes reclamaron el pago de la pena moratoria hasta que los demandados cumplieran la prestación principal. La sentencia recurrida estimó totalmente la demanda, condenando a los demandados a abonar la pena pactada, sin moderación alguna, hasta la fecha en que entreguen los inmuebles acordados. Los demandados recurren en casación alegando: imposibilidad de la prestación (arts. 1272 y 1184 CC) y vulneración de la jurisprudencia aplicable a la condena de futuro impuesta por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación. Por un lado, confirma la sentencia recurrida y niega la existencia de imposibilidad de cumplir la prestación (FD 7.º). Por otro, acoge el motivo relativo a la condena de futuro (FD 8.º) y decreta que la fecha final de abono de la pena es la de presentación de la demanda. En cuanto a la moderación de la pena, el Tribunal Supremo afirma (FD 8.º):

«[...] la estipulación contractual recoge una cláusula penal moratoria que, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que, por ello, sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1154 CC.»

5.^a STS de 8 de octubre de 2002.—También este litigio gira en torno a un contrato de cesión de suelo a cambio de una suma de dinero (25 millones de pesetas) y vuelo edificado (el 20 por 100 de los pisos y el 20 por 100 de locales a construir en el terreno cedido). Debían construirse tres manzanas en tres fases: la primera man-

zana, en el plazo de dos años desde la obtención de la licencia de obra; la segunda manzana, en el plazo de dieciocho meses desde la finalización de la primera; la tercera manzana, en el plazo de un año desde que finalizara la anterior. El contrato incluía la siguiente cláusula penal moratoria: «Las obras deberán comenzar antes del día 15 de diciembre de 1988 y, en caso de que, transcurridos tres meses de cada uno de los plazos estipulados no se hubieren finalizado las obras, el cesionario abonará, en concepto de indemnización a la cedente, la suma de 35.000 pesetas diarias». El cesionario pagó los 25 millones de pesetas, pero no entregó los inmuebles, es más, dos años después de celebrado el contrato no había solicitado la licencia de obra. El cedente interpuso demanda solicitando la resolución del contrato y el abono de la pena. La sentencia fue totalmente estimada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia fue confirmada en apelación.

El cesionario demandado interpuso recurso de casación alegando, en uno de sus motivos, que la sentencia recurrida vulneraba el artículo 1154 CC, porque no modera la pena moratoria. Este motivo es desestimado por el Alto Tribunal²³¹ declarando (FD 5.º):

«[...] la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total, que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que, por ello, sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1154 (entre otras, SSTs de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 27 de febrero y 30 de abril de 2002), la cual tiene como presupuesto ineludible, impuesta al Juez como un deber imperativo por la ley, que el deudor cumpla en parte o irregularmente la obligación; [...]»

6.^a STS de 29 de marzo de 2004.—El contrato de obra celebrado entre los litigantes había sido incumplido por ambos. La contratista interpuso demanda solicitando el pago de parte del precio de la obra realizada y el comitente reconvino reclamando el pago de la pena moratoria inserta en el contrato, consistente en el pago de 50.000 pesetas por día de demora en la entrega de la obra. Se declara probado que el retraso no era imputable exclusivamente al demandante (contratista), sino también, en cierta medida, a la dueña de la obra, por incumplimiento de su obligación de efectuar ciertos pagos, lo cual repercutió en las disponibilidades económicas del contratista para afrontar los trabajos constructivos. Por ello, la

²³¹ Aunque, como se mencionó más arriba, declara haber lugar parcialmente al recurso estimando infracción del artículo 1152 CC, «en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica la cláusula penal, del que, obviamente, es preciso descontar los días de demora que no son imputables al contratista, [...]» (FD 4.º).

sentencia de la Audiencia Provincial apreció concurrencia de culpas y fijó el *quantum* de la pena en atención a los días de retardo imputables al contratista, pero no estima procedente la moderación de la pena pactada. El Tribunal Supremo confirma esta sentencia y niega la posibilidad legal de aplicar la moderación prevista en el artículo 1154 CC (FD 2.º):

«La facultad moderadora que otorga el artículo 1154 sólo opera cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y aquí estamos ante un contrato de ejecución de obra en el que el contratista incumplió el deber asumido de entregarla en el plazo previsto en el contrato, y en estas relaciones jurídicas no cabe la posibilidad legal de aplicar la facultad moderadora y aquí se trata más bien de *cláusula estricta y exclusivamente penal moratoria al estructurarse sobre el mero retraso, lo que la hace inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular (artículo citado 1154 en relación al 1152), representando efectivo incumplimiento total.*

[...] el retraso en la entrega de la obra no se debió a culpa exclusiva del contratista, pero sienta que la conducta de éste no fue ajena y contribuyó al incumplimiento del término pactado, fijando su participación culposa en un veinticinco por cien. Teniendo en cuenta que el contratista responde él solo en los casos de retraso cuando el mismo se hubiera producido por causas a él únicamente imputables, lo que aquí no aconteció, como queda dicho, por lo que *nos encontramos ante supuesto de culpas concurrentes, con el consiguiente efecto compensatorio, [...].*»

7.^a STS de 17 de noviembre de 2004.—Los litigantes habían celebrado un contrato de obra, bajo la modalidad «llave en mano», para la construcción de una estación de tratamiento de aguas residuales en la fábrica de papel propiedad de la empresa comitente. El contrato preveía la ejecución de la obra dividida en seis fases y, correlativamente, los plazos de pago del precio, así como una cláusula penal para el caso de retraso y deficiencias en la construcción. Al finalizar la quinta fase de la obra, la constructora reclama el pago y la dueña de la obra reconviene exigiendo la aplicación de la cláusula penal, por haberse producido sendos tipos de incumplimiento (defectos en la instalación y retraso en la entrega). La Sala Primera se limita a confirmar la sentencia recurrida, que había decretado la imposición del máximo pactado como pena moratoria (aunque el contrato de obra se hallaba aún en la quinta fase de su ejecución) negando la moderación de la misma. Rechaza, sin embargo, el Alto Tribunal la pretensión de la comitente de recibir,

junto a la pena convencional, la indemnización de daños conforme al artículo 1101 CC²³², porque (FD 6.º):

«El artículo 1152 del Código Civil atribuye a la pena convencional una función liquidatoria de los daños, si otra cosa no se hubiera pactado [...] La función cumulativa sólo la cumple la cláusula penal cuando se hubiera pactado expresamente que el acreedor puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada.»

8.^a STS de 3 de octubre de 2005.—El contrato de arrendamiento de una estación de servicio contenía una cláusula según la cual, en caso de resolución del contrato «el retraso de la arrendataria en dejar libre la estación de servicio devengará a partir del día quinto, una penalidad de 200.000 ptas. por día, y serán de su cargo todos los gastos que se generen». Resuelto el contrato y producido el retraso en el desalojo, la arrendadora reclama el pago de la pena, pretendiendo la demandada su moderación. La sentencia del Tribunal Supremo deniega esta pretensión por no concurrir el requisito de cumplimiento parcial o irregular exigido por el artículo 1154 CC (FD 6.º):

«[...] la facultad moderadora de los Tribunales requiere que la obligación garantizada con cláusula penal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 del Código Civil), *sin que pueda operar cuando, como ocurre en el caso, se ha dado un incumplimiento total de la obligación* al permanecer CR., S. L. en la explotación de la gasolinera con suministro de otros proveedores y obteniendo los beneficios propios de la industria de titularidad ajena cuya posesión mantuvo injustamente.»

9.^a STS de 7 de noviembre de 2006.—Resuelve esta resolución otro supuesto de retraso en el desalojo del inmueble arrendado, en este caso destinado a industria hotelera. Habiéndose pactado en el contrato una pena moratoria de 75.000 pesetas por día de retraso en la restitución de la industria una vez finalizado el arriendo, el arrendatario incurrió en una demora de 2.289 días. La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida y niega la moderación proclamando, como en sentencias anteriores, la incompatibilidad de la pena moratoria con el cumplimiento parcial o irregular exigido en el artículo 1154 CC (FD 5.º):

«[...] la jurisprudencia de esta Sala es constante al rechazar la moderabilidad de las cláusulas penales moratorias *por ser el mero*

²³² Alegando que la cláusula penal estaba prevista para el caso de un cumplimiento tardío y deficiente, aunque admisible, pero no como el producido, dada la entidad del atraso en la entrega y de la disminución del rendimiento objetivo de la estación de tratamiento de aguas residuales debido a los defectos que presenta.

retraso, por sí solo, inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata [...]»

10.^a STS de 27 de febrero de 2007.—Por virtud del contrato de obra celebrado entre las partes, el demandante debía construir una estación de servicio para la demandada en un plazo determinado y, caso de no cumplirlo, se aplicaría una pena moratoria consistente en el pago del 2 por 100 del importe total del presupuesto por cada semana de retraso, sin que pudiera exceder del 20 por 100 de dicho importe. Frente a la demanda de la contratista reclamando parte del precio, la comitente reconvino alegando el retraso de dos meses en la entrega de la obra y solicitando la aplicación de la pena estipulada. La sentencia recurrida desestimó la demanda y estimó la reconvenición, aplicando la pena moratoria sin reducción alguna. El Tribunal Supremo casa parcialmente la sentencia, condenando a la demandada a abonar la parte del precio reclamada por la actora, y confirma la decisión en lo relativo a la pena de demora. En cuanto a la moderación de ésta, se limita a señalar (FD 4.º) que:

«En todo caso, parece que se pide la moderación equitativa de la pena, facultad que corresponde al Juzgador de instancia, que no la ha aplicado, después de establecida la penalidad, y cuyo criterio no se puede aquí revisar, a tenor del artículo 1154 CC [...]»

En el párrafo final de este Fundamento de Derecho, la Sala indica que, en ejecución de sentencia, habrá de tenerse en cuenta que la cláusula pactada no fija la penalización en el 20 por 100 del presupuesto, sino que marca un espacio entre el 2 por 100 y hasta el 20 por 100 como máximo, para concluir diciendo: «...y sobre el que se podrá aplicar la facultad moderadora dicha, en ejecución de Sentencia, partiendo, pues, del 2 por 100 de recargo semanal, sin rebasar nunca el tope establecido, del 20 por 100.». Pese al uso de la expresión «facultad moderadora», la sentencia no se refiere aquí a la aplicación del artículo 1154 CC, sino a la posibilidad de no fijar la pena en el máximo previsto por las partes, sino en un porcentaje inferior al 20 por 100 (aunque no por debajo del 2 por 100) del importe del presupuesto.

11.^a STS de 17 de octubre de 2007.—Los litigantes acordaron, en el convenio regulador de su separación matrimonial, que la esposa abandonaría la vivienda conyugal (propiedad del esposo) en una fecha determinada, a partir de la cual «deberá abonar al esposo, en concepto de indemnización, la suma de 15.000 ptas. diarias por el tiempo en que prorrogue su estancia en dicha vivienda». No habiendo cumplido la esposa su deber de desalojar el inmueble en

la fecha prevista, el marido reclamó la indemnización pactada, que fue reducida por la Audiencia Provincial a 7.000 ptas. por día de retraso en la restitución de la finca. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el ex esposo afirmando (FD4.º):

«Lleva razón el recurrente cuando afirma que no se puede ejercer la facultad de moderación al haberse incumplido una obligación que no permite el incumplimiento parcial. Como afirma nuestra sentencia de 14 de junio de 2006, “[...] La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, *la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis*, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes”. (Ver asimismo las sentencias de 5 de diciembre de 2003 y 20 y 21 de diciembre de 2006). En este caso, ha habido un incumplimiento total de la obligación de abandonar el antiguo domicilio conyugal, por lo que la Sala sentenciadora incurrió en los errores de interpretación denunciados por el recurrente, por lo que no debe mantenerse la moderación ejercida por la sentencia recurrida.»

12.^a STS de 25 de enero de 2008.—En este caso, la entidad constructora reclamó el pago de parte del precio de las obras de rehabilitación realizadas en un inmueble y la dueña de la obra reconvino pidiendo la aplicación de la pena moratoria estipulada en el contrato: 20.000 pesetas por día que excediera del plazo pactado para la ejecución de las obras. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvencción, por entender que la actora-reconvenida no había incurrido en mora dada la falta de intimación de la demandada-reconviniente y, en consecuencia, no procedía aplicar la pena moratoria. La Audiencia Provincial acogió en parte el recurso interpuesto por la demandada y revocó la sentencia en el único sentido de estimar la reconvencción y aplicar la pena aunque, eso sí, reduciendo su importe a la mitad de lo acordado. La demandada recurre en casación frente a esta sentencia, pero ninguno de sus motivos se dirige a combatir la reducción de la pena. La Sala Primera, aunque declara no haber lugar al recurso, recoge la doctrina contraria a la moderación de las penas moratorias y termina señalando la imposibilidad de aplicarla al caso autos por no haber sido recurrida en ese punto la sentencia de la Audiencia (FD 2.º):

«[...] la pena estrictamente moratoria, estipulada, como aquí acontece, exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación, [...] ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipula-

do libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, sin atender a la existencia de cumplimiento parcial o irregular, *excluyendo por este motivo la posibilidad de hacer uso de la facultad de moderación prevista en el artículo 1154 del Código Civil*, habida cuenta que [...] ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación [...] [lo que] no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria» donde el mero retraso, por sí solo, “es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154”. *Ahora bien, no se ha planteado ante esta Sala el uso, por la Audiencia de la facultad moderadora, por la que redujo la cuantía de la pena a la mitad (10.000 pesetas/día), por lo que tal pronunciamiento ha de ser mantenido ahora en casación en la medida que no ha sido recurrido por la parte demandada reconviniendo, única que ostentaba interés en hacerlo.»*

13.^a STS de 13 de febrero de 2008.—Los litigantes habían celebrado un contrato de arrendamiento de inmueble que incluía una cláusula penal del siguiente tenor: «a partir de los dos meses de mora en el pago de la renta, y con independencia de los demás derechos y acciones que puedan corresponder al arrendador, y a la vista de los precedentes reseñados en los Expositivos, la renta pactada se incrementará, mientras dure la mora o no esté regularizada la situación, en un cincuenta por ciento». Resuelto el contrato por incumplimiento de la arrendataria, los arrendadores reclaman el pago de rentas debidas e incrementadas conforme a la pena moratoria transcrita. La sentencia recurrida, que anulando la del Juzgado rechaza la moderación de la pena moratoria, es confirmada por el Alto Tribunal (FD 2.º):

«Es claro que se trata de una cláusula penal estricta y exclusivamente moratoria, al contemplar el mero retraso, por más de dos meses, en el pago de la renta pactada. Así pues, *en la medida que se ha contemplado el incumplimiento por retraso, no puede pretenderse de aplicación la facultad de moderación que dispone el artículo 1154 del Código Civil.»*

14.^a STS de 15 de octubre de 2008.—La sociedad demandante, como dueña de la obra y el demandado, como contratista, celebraron contrato de arrendamiento de obra por el que la primera encargaba al segundo la construcción de un horno de colada para fusión de frita (mezcla de arena y sosa para fabricar vidrio), en el que se estipuló la fecha de terminación de la obra, más una semana de bonificación, y «a partir de dicha semana se aplicará una penalización de un 2,5 por 100 semanal sobre el montante de la obra». Debido al incumplimiento del constructor, la comitente reclamó,

entre otros pedimentos, el pago de la indemnización prevista en la cláusula penal. La Audiencia Provincial, partiendo de la bilateralidad de los contratos de obra, considera acreditado que también la mercantil demandante incumplió el calendario de pagos retrasándose en ellos y, por ello, modera conforme al artículo 1154 CC la pena (concede 6.000.000 pesetas, en lugar de 16.630.893). La Sala Primera del Tribunal Supremo casa la sentencia declarando, en primer término, que la cláusula penal es exigible pese al incumplimiento de la actora, dada la entidad no decisiva de éste (FD 3.º):

«Esta Sala ha mantenido en sentencias de 4 de abril de 2.003 y 5 de diciembre de 2.007 que en las obligaciones con cláusula penal es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento al deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la que es deudor; y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado –obligación recíproca– y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1124, 1308 y especialmente del 1100 último párrafo, del Código civil que establece la compensación en caso de mora». Sin embargo, el caso aquí enjuiciado no está partiendo de un incumplimiento grave de la obligación principal de «Coloronda, S.L.», como pretende el recurrente pues no se trata un incumplimiento de la obligación principal de pago que permitiría no aplicar, según esta doctrina, la cláusula penal, sino de un incumplimiento defectuoso de la obligación principal (*exceptio non rite adimpleti contractus*) ya que el retraso en el pago no puede equiparse al no pago. La sentencia recurrida tilda este cumplimiento defectuoso de carente de entidad decisiva teniendo en cuenta la prueba documental y la actitud del demandado, que no reaccionó ante el retraso en el pago, por lo que partiendo de esta base fáctica, el recurrente incurre en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues parte de un supuesto de hecho diferente (incumplimiento grave de la obligación principal) para aplicar las consecuencias de la doctrina anteriormente descrita, cuando la sentencia recurrida declara probado un cumplimiento defectuoso de entidad no decisiva.»

En segundo lugar, la sentencia niega la moderación de la cláusula penal moratoria, porque (FD 4.º):

«[...] partiendo de su naturaleza de cláusula moratoria de la estipulada por las partes, al realizar la Audiencia Provincial una moderación de la misma teniendo en cuenta el cumplimiento defectuoso

por el dueño de la obra por el retraso en los pagos, se ha producido una infracción del artículo 1154 del Código Civil pues, producida la mora como incumplimiento total, no cabe la facultad moderadora del Tribunal. Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe casarse la resolución recurrida, siendo deber de esta Sala, por el efecto positivo de la jurisdicción, asumir la instancia, con lo que procede conceder la totalidad de la cantidad pactada por mora en la cláusula penal, es decir, 16.630.893 pesetas, resultante de aplicar el 2,5 por 100 al monto total de la obra.»

15.^a STS de 16 de octubre de 2008.—Mediante pacto transaccional entre la Corporación municipal actora (Ayuntamiento de Villafranca del Penedés), propietaria de una finca sita en dicho municipio, y la entidad poseedora de dicha finca (demandada), esta última se comprometió a desalojar el inmueble en una fecha determinada y se estableció la suma de 50.000 pesetas (300 euros) por cada día de retraso en dicho desalojo. Por su parte, la demandante asumió el deber de sacar a subasta la finca en condiciones que posibilitaran a la entidad demandada su compra. No habiéndose producido el desalojo de la finca dentro del plazo previsto, la Corporación municipal ejercitó acumuladamente una acción de recuperación de la posesión y una acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados de conformidad con la cláusula penal pactada. La Audiencia Provincial, revocando la sentencia de primer grado, redujo el *quantum* de la pena convencional por considerar acreditado que se había generado en la demandada la expectativa de un derecho a adquirir la finca —aunque no le correspondiera—, que «impide apreciar mala fe en su negativa a restituir la posesión en la fecha estipulada». La Sala Primera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la actora pues (FD 2.º):

«[...] el tribunal sentenciador, pese a pactarse claramente una pena por mora como sanción para el caso de retraso en la entrega de la finca, cuya eficacia dependía tan sólo de la constatación de la dilación —lo que es incuestionable—, lejos de aplicar la sanción en su integridad (50.000 pesetas diarias a partir de la fecha pactada para la restitución) —como era voluntad de las partes—, procede a mitigar el rigor de lo pactado haciendo un uso indebido de la facultad prevista en el artículo 1154 del Código Civil con la excusa de que el pacto 7.º generó una expectativa de derecho que al menos sirvió para eliminar la mala fe del deudor y sembrar la duda en la conducta del acreedor, cuando, por el contrario, la doctrina expuesta proscribire la utilización de la facultad moderadora en supuestos como el de autos en que el retraso *per se* equivale a un incumplimiento total de la obligación, ya que dicho incumplimiento total, según se ha dicho, es inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial

o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154 del Código Civil.»

16.^a STS de 19 de febrero de 2009.— La mercantil contratista entregó los edificios construidos después de haber vencido el plazo contractualmente establecido y sin realizar todos los remates ni reparar los desperfectos que la dueña de la obra había denunciado. Ante tales incumplimientos, esta última reclamó por vía reconvenicional, entre otros pedimentos, el pago de la pena moratoria convenida. La sentencia recurrida, en lo que aquí interesa, considerando que la constructora reconvenida no había cumplido el contrato de ejecución de obra y había incurrido en mora en la observancia de sus obligaciones, la condenó al pago íntegro de las penalizaciones pactadas, «que ascienden a 841.867,71 euros, más las aplicables desde enero de 2002 hasta la fecha de la sentencia y su ejecución, a razón de 2.554,30 euros por día». La mercantil constructora interpuso recurso de casación frente a este pronunciamiento alegando, en uno de sus motivos, la vulneración de los artículos 1152 y 1154 CC, pretendiendo la aplicación de la facultad moderadora de la pena y la exclusión de la misma durante los treinta días siguientes a la fecha en que recibió la lista de repasos y a partir de la fecha en que se le comunicó que otra empresa se haría cargo de la ejecución de los remates. El Alto Tribunal confirma la sentencia de la Audiencia declarando (FD 7.º):

«La sentencia recurrida sostiene que la facultad de moderación prevista en el artículo 1154 del Código Civil tiene carácter imperativo y no facultativo, pero que este derecho se prevé para el caso de cumplimiento parcial o irregular y no a un supuesto retraso en la entrega de la obra, donde no es posible un cumplimiento parcial o irregular, y en efecto, la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (entre otras, SSTS de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 27 de febrero de 2002 y 29 de marzo de 2004).»

17.^a STS de 23 de diciembre de 2009.—La sociedad Estación de Servicio R. y Shell España S.A celebraron, en marzo de 1997, un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva de carburantes y abanderamiento. Debido al incumplimiento del deber de compra en exclusiva por parte de la arrendataria, la arrendadora optó por la resolución del contrato mediante comunicación de fecha 5 de julio de 2002, con la consiguiente obligación de la arrendataria de desalojar y restituir la estación de servicio objeto del contrato, con todas sus instalaciones. La arrendataria ejerció

acción solicitando se declarase la nulidad del referido contrato. La demandada se opuso y formuló reconvencción solicitando: 1) la declaración de validez de la resolución del contrato; 2) la condena, a la actora-reconvenida, al abono de: *a*) el saldo de sus relaciones comerciales (18.312, 46 €) con el 2 por 100 de interés mensual hasta su pago; *b*) la indemnización por la ocupación indebida de la estación de servicio a prorrata del tiempo que transcurra desde el 5 de julio de 2002 hasta su devolución (sobre la base de la renta percibida en el año 2001); *c*) la pena convencional estipulada para el caso de incumplimiento del contrato (180.303,63 €); y *d*) la pena moratoria, también prevista contractualmente, por cada día de retraso en la restitución de la estación de servicio (601,01 € diarios). El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la cual desestimó la demanda y, estimando totalmente la reconvencción, declaró resuelto el contrato, ordenó la entrega de la estación de servicio a la reconviniendo y condenó a la reconvenida a satisfacer las sumas solicitadas. Apelada la sentencia por esta última, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y revocó en parte la sentencia recurrida, reduciendo a tres las cantidades a abonar por la reconvenida: *a*) el saldo de las relaciones comerciales más intereses legales; *b*) la renta dejada de abonar desde el 5 de julio de 2002 hasta la entrega; y *c*) 18,03 € diarios, como cláusula moratoria moderada, desde la fecha de la sentencia del Juzgado hasta la entrega de la estación de servicio. Considera la Audiencia que, en aplicación de los artículos 1152 a 1155 y 1255 CC, pactar para el caso de resolución del contrato una cantidad global como «penalidad adicional» y otra diaria como «cláusula penal» resulta contrario a las leyes, la moral y el orden público, por lo que elimina la indemnización global (180.303,63 €) y modera la diaria de 601,01 €, reduciéndola a 18,03 €. La Sala Primera del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la reconviniendo, anula la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado, afirmando (FD 8.º):

«[...] la libertad contractual permite a los contratantes fijar las consecuencias que desean anudar al incumplimiento de las obligaciones asumidas (sentencia, entre otras, de 26 de mayo de 2009) sin que los tribunales puedan desconocer la virtualidad de los pactos válidamente contraídos, como es el caso; ya que la penalización en función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios derivada de incumplimiento se presenta ahora con una doble finalidad que no crea incompatibilidad alguna, pues por un lado se sanciona el incumplimiento, que da lugar a la resolución y por tanto a la pérdida de expectativas de beneficio económico para una de las partes, y por otro se penaliza el voluntario incumplimiento de la obligación de devolver determinados bienes como consecuencia de tal resolu-

ción; penalización que surte efectos desde que una sentencia obliga a tal restitución. En consecuencia, los referidos motivos han de ser estimados por la infracción de las normas a que aluden como infringidas, por cuanto se ha desconocido la naturaleza y finalidad de los pactos que, en el caso, suscribieron las partes estableciendo cláusula penal para determinados supuestos. Igualmente ha de ser estimado el motivo cuarto en cuanto acusa vulneración de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil sobre la moderación de la cláusula penal, ya que la Audiencia la ha operado fuera de los supuestos autorizados por dicha norma. El citado artículo 1154 establece que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», lo que viene a significar que la previsión legal cumple la función de suplir la voluntad de las partes respecto de un supuesto –cumplimiento parcial o irregular– que no han previsto en el contrato, pues si la cláusula penal la han establecido para el caso de «falta de cumplimiento» (art. 1152), tan injusta resultaría su plena aplicación como su absoluta inaplicación en tales casos de cumplimiento parcial o irregular por parte del deudor. Las sentencias de esta Sala de 10 de mayo de 2001 y 20 de diciembre de 2006, entre otras, señalan que a la cláusula penal moratoria *estipulada exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación.»*

Junto a las anteriores, cabe citar diversas sentencias dictadas en los últimos años por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las que, sin fundamentos jurídicos dignos de mención, la Sala se limita a confirmar resoluciones que no consideran procedente aplicar la facultad judicial moderadora del artículo 1154 CC. Se trata, en concreto, de las sentencias de fecha 20 de mayo de 1998²³³, 28 de octubre de 1998²³⁴, 12 de enero de 1999²³⁵, 3 de noviembre de 1999²³⁶,

²³³ Pena moratoria consistente en el pago de 1.800 \$ por día de retraso sobre el plazo pactado en un contrato de obra para la reparación de un yate.

²³⁴ Pena moratoria consistente en el pago de una suma por mes de retraso en el desalojo de la dos fincas rústicas arrendadas una vez extinguido el arrendamiento.

²³⁵ Pena moratoria a cargo del vendedor en caso de demora en la entrega del carro de combate objeto de la compraventa.

²³⁶ Pena moratoria que el vendedor debía abonar si hubiere retraso en la entrega de las dos naves industriales vendidas.

24 de enero de 2006²³⁷, 14 de junio de 2006²³⁸ y 14 de mayo de 2008²³⁹.

Finalmente, señalar que algunas resoluciones de la Sala Primera que mantienen la moderación de la pena convencional *ex* artículo 1154 CC (efectuada por la sentencia recurrida) porque el acreedor se había aquietado con tal moderación y no la recurrió en casación. No obstante, algunas de estas sentencias declaran que dichas reducciones se realizaron «pese a que esta Sala ha reiterado que no cabe si el incumplimiento parcial es precisamente contemplado para la cláusula penal, como es el caso de retraso en el cumplimiento para el que se prevé tal cláusula» (SSTS de 20 de diciembre de 2006 y 8 de abril de 2009).

4.2 Sentencias del Tribunal Supremo que admiten la moderación de la pena moratoria

Desde un primer momento, la mayor parte de los casos de modificación judicial de penas moratorias *ex* artículo 1154 CC, confirmadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha tenido como motivo principal la consideración del retraso como una modalidad de cumplimiento «irregular». Así, ya la antigua STS de 31 de octubre de 1922 afirma: «tratándose de una obligación irregularmente cumplida respecto al plazo, y no en su totalidad, debe aplicarse el artículo 1154 CC». Este argumento sigue siendo esgrimido en no pocas sentencias actuales. Junto a él, suelen emplearse ciertos razonamientos confusos, con escaso o nulo fundamento legal. En ocasiones, la moderación de la pena convencional carece incluso de una motivación realmente digna de tal nombre.

1.^a STS de 10 de marzo de 1995.—Confirma la reducción en un 60 por 100 del importe de la pena pactada por día de retraso en la entrega de las viviendas objeto del contrato de obra celebrado entre los litigantes, afirmando que (FD 2.º):

«[...] tampoco ha existido la indebida aplicación de ese artículo 1154, ya que la *discrecionalidad que confiere el mismo a los*

²³⁷ Pena moratoria inserta en un contrato de cesión de solar a cambio de parte del edificio a construir por el cesionario (dos plantas de sótano y el piso bajo), por la que éste debía abonar la suma de 200.000 ptas. por cada mes de demora en la entrega de los inmuebles.

²³⁸ Al realizar la división de una finca común, una de las partes se obligó a instalar una valla divisoria en el plazo de 90 días, pactándose una pena moratoria de 20.000 pesetas por día de retraso.

²³⁹ Pena moratoria, inserta en un contrato de compraventa a plazos de unas fincas, por la que, en caso de resolución por incumplimiento del comprador en el pago del precio, las cantidades ya recibidas por la vendedora quedarían para su beneficio.

Tribunales, hace que en todo litigio en que se debata el juego de una cláusula penal, sea procedente el uso por parte del órgano sentenciador, del arbitrio o templanza, sancionadas en dicho precepto [...].»

2.^a STS de 18 de diciembre de 1996.—Dado el retraso de once meses en la entrega por el vendedor del edificio objeto de un contrato de compraventa, esta sentencia casa la recurrida, que había desestimado la aplicación de la pena moratoria solicitada por el comprador, y decreta la aplicación de la misma, aunque reduce su importe en un 63 por 100, afirmando (FD 5.º):

«La cláusula penal se pactó para caso de retraso en la terminación y entrega, pero es equitativo hacer uso de la facultad de moderación del artículo 1154 CC pues la obligación fue *cumplida irregularmente* por el vendedor. El plazo debe contarse desde el día pactado para la entrega, 7 de noviembre de 1988, hasta el 1 de octubre de 1989 (ante la carencia de fecha fehaciente). Teniendo en cuenta todas esas circunstancias, la pena debe fijarse en 6.500.000 pesetas.»

3.^a STS de 17 de febrero de 1997.—En el contrato de obra para la fabricación y montaje de determinadas máquinas industriales, al que se refiere la presente resolución, las partes estipularon una pena de 250.000 pesetas por día de demora en la instalación de dichas máquinas. El fabricante se retrasó 68 días en el cumplimiento. La sentencia de la Audiencia Provincial disminuyó en un 76 por 100 la pena moratoria prevista; el Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación con la siguiente motivación (FD 5.º):

«Tampoco es de apreciar aplicación indebida del reiterado artículo 1.154 con apoyo en las sentencias de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981, en cuanto que las mismas no permiten ser tenidas en cuenta en el caso de autos ya que la violación que en ellas se alega respecto al artículo 1.154 lo fue en concepto distinto, esto es, por “inaplicación”, y en el motivo tercero del presente recurso la infracción que se denuncia lo es por “indebida aplicación”, pero es que, además, la jurisprudencia de la Sala se decanta en el sentido de que *es suficiente la concurrencia de los presupuestos fácticos de haber sido cumplida la obligación principal en parte o de manera irregular* para que el Juzgador haga entrar en juego la moderación equitativa de la pena, [...].»

4.^a STS de 8 de junio de 1998.—Extinguida la relación contractual de arrendamiento, los arrendatarios continuaron en la posesión del local y explotando la industria allí instalada durante 14 meses, hasta ser desalojados judicialmente. La arrendadora reclama la pena moratoria, consistente en el pago de 50.000 pesetas por día

de retraso en el desalojo. La sentencia de apelación había reducido a 30.000 pesetas diarias la pena moratoria convenida, pero sólo la arrendataria recurrió en casación solicitando la declaración de nulidad de la cláusula penal. La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida con los siguientes argumentos (FD 3.º):

«El Tribunal de Instancia hizo uso de la moderación equitativa que autoriza el artículo 1154 del Código Civil, sin dejar en el olvido, como ya quedó dicho, que los recurrentes han venido comercializando el negocio más allá del tiempo de duración del arriendo, en contra de la voluntad de la arrendadora. En estos supuestos surge la obligación de indemnizar por posesión injustificada (art. 1561 del Código civil), conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada para estos casos sobre prolongación indebida del uso posesorio (SS de 24 de mayo de 1993 y 30 de diciembre de 1995).»

5.^a STS de 2 de diciembre de 1998.—Al amparo de un contrato de obra y vencido el plazo previsto para su ejecución, el comitente reclama al contratista la terminación de las obras así como el importe de la pena moratoria acordada, consistente en el abono de 100.000 pesetas por mes de retraso sobre el plazo estipulado para la realización de la obra. El Alto Tribunal condena al contratista a terminar las obras (cinco años después de interpuesta la demanda) y confirma la reducción de la pena moratoria efectuada en la sentencia recurrida, afirmando (FD 2.º):

«Es claro que no puede prosperar su tesis, ya que, como es bien elocuente, *esa facultad* (ex art. 1154 CC) *es de absoluta discrecionalidad por parte del Juzgador* y, en especial, la misma ha de prosperar cuando se ha razonado con un F.J. específico, como es el 5.º, los argumentos en pos de los cuales, por parte de la Sala sentenciadora, se llega a ese convencimiento de suavizar el contexto literal, con un *resultado económico que en la conciencia del propio Tribunal le parece excesivo*.»

6.^a STS de 10 de julio de 2001.—Tras resaltar ciertos hechos que se declaran probados, en concreto que: a) «el retraso del constructor en la ejecución de la obra contratada llegó a casi triplicar el insuficiente término que había aceptado»; b) «no constan requerimientos de la dueña de la obra para la rápida finalización de la misma»; y c) «los trabajos realizados fuera de presupuestos no eran de especial consideración»; el Tribunal Supremo, sin aportar ninguna otra motivación, declara (F D 4.º):

«En atención a cuanto queda expuesto, esta Sala, haciendo uso de la facultad moderadora que según el artículo 1154 del Código Civil es procedente *en caso de un irregular cumplimiento de sus*

obligaciones por parte del deudor, considera adecuado reducir la penalización (que ascendía a 19.152.855 pesetas) solicitada en la reconvencción a 3.000.000 de ptas.»

7.^a STS de 27 de febrero de 2004.—Los litigantes habían celebrado un contrato de obra para la construcción de dos edificios. Pese al retraso de la entidad constructora, la comitente optó inicialmente por el cumplimiento del contrato, pero al ser requerida por la contratista para la recepción de la obra, y ante lo inacabado de ésta, se inclina por la resolución y exige el pago por aquélla de la pena moratoria estipulada en el contrato. Sin mayores argumentos para fundar el fallo, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, que había moderado la cláusula penal moratoria (de 312 millones de pesetas a 100 millones), declarando en respuesta a sendos motivos de casación²⁴⁰:

«[...] la Sala con *criterio loable*, *flexibilizó en su monto actuando por la facultad conferida por el artículo 1154 Código civil* [...]» (FD 4.º)

«[...] al compartirse el razonamiento del F.J. 5.º de la recurrida al actuar el Tribunal, como se expresa en el anterior recurso, en uso de la *discrecionalidad ex artículo 1154 Código civil*, y porque esa indemnización de daños y perjuicios también reclamada cae, en cuanto a su apreciación o no, también en el campo de la soberanía enjuiciadora». (FD 5.º).

8.^a STS de 17 de junio de 2004.—En el contrato de arrendamiento de vivienda pactado por un plazo de tres años (sometido al Real Decreto-ley de 1985), las partes incluyeron una cláusula según la cual, si al expirar el citado plazo el arrendatario no desalojare el inmueble, abonará una pena moratoria consistente en dos veces el importe de la renta mensual por mes de retraso, más el importe de las rentas devengadas hasta la restitución de la vivienda al arrendador. Una vez finalizado el arriendo, el arrendatario continuó ocupando el inmueble durante 32 meses y 11 días; por lo que el arrendador reclama el pago de las rentas y de la pena convenida. La sentencia recurrida condenó al arrendatario a abonar las rentas y reduce el monto de la pena en un 60 por 100. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, declarando (FD 1.º):

«[...] la sentencia recurrida, utilizando los mecanismos que concede al Juez el artículo 1154 del Código Civil, modificó equitativamente la cláusula penal en cuestión, sirviendo dicha valoración como *ratio decidendi* a lo resuelto en la misma. Y partiendo de esa

²⁴⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial había sido recurrida en casación por ambos litigantes.

base, habrá que traer a colación la doctrina jurisprudencial de esta Sala que determina que la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil *no es susceptible de casación* –Sentencias de 19 de febrero de 1990, 27 de julio de 1993, 9 de septiembre de 1996, 12 de diciembre de 1996, 17 de febrero de 1997, entre otras muchas más–. Todo lo cual indica, por otra parte, que... en la sentencia recurrida no se ha soslayado el mandato del artículo 24-1 de la Constitución Española, *habiéndose aplicado justamente el artículo 1152 del Código Civil, puesto que en la misma se da una interpretación correcta e intermedia entre las dos hipótesis de ambas partes procesales*, sin que ello haya afectado para nada la tutela judicial efectiva.»

9.^a STS de 27 de abril de 2005²⁴¹.–La sentencia recurrida había reducido el importe de la pena convencional en un 72 por 100 por apreciar cumplimiento «anormal» del contratista y argumentando que «la obra fue entregada hace cinco años y explotada por la recurrente, por lo que si el contratista tuviera que abonar cien millones de pesetas, *ello resultaría injusto y se presentaría como supuesto de claro enriquecimiento sin causa...*» La Sala Primera confirma la sentencia y declara (FD 1.º):

«La jurisprudencia reiterada declara que la moderación procede cuando no se trata de incumplimiento total y sí cuando *la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida*, que es el caso de autos al tratarse de obra ejecutada y debidamente aprovechada. El artículo 1154 contiene un mandato imperativo para el Juez en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes (Sentencias de 10 de marzo de 1995 y 22 de septiembre de 1997). No procede la impugnación en vía casacional de la cuestión de si el juzgador obró o no equitativamente (Sentencias de 28 de junio y 19 de diciembre de 1991, 29-1992, 8 de febrero de 1993 y 19 de junio de 1994).»

10.^a STS de 12 de diciembre de 2008.–El caso enjuiciado por esta sentencia se refería a un contrato por cuya virtud la sociedad anónima demandada se comprometía a administrar, con el máximo rendimiento económico, un centro comercial propiedad de la entidad actora durante un plazo determinado. La gestión a realizar por la demandada incluía los arrendamientos, facturación y cobro de rentas de los locales sitos en el centro comercial, así como la limpieza, seguridad y mantenimiento del centro, junto con el

²⁴¹ Referido a un contrato de obra con cláusula penal según la cual: «A partir del 20 de abril de 1992 cada día que se retrase la terminación de la nave y la oficina se penaliza con trescientas mil pesetas/día, salvo paralización por falta de personal o fuerza mayor». El contratista se retrasó algo más de dos años en la entrega y el dueño la acepta, pero reclama el pago de la pena moratoria.

régimen de horarios de los establecimientos, elaboración de presupuestos de las cargas comunes, asesoramiento comercial, etc. El contrato incluía una cláusula conforme a la cual, si la entidad propietaria del centro «renunciare anticipadamente al presente contrato» la sociedad gestora tendría derecho a «una indemnización, por todos los conceptos, equivalente a la cuantía fija total del año en curso». Antes de cumplirse el plazo previsto, la propietaria comunicó a la gestora su renuncia anticipada al contrato e interpuso demanda solicitando se declarase extinguido dicho contrato y reclamando la devolución de determinada suma de dinero. La demandada se opuso y ejercitó reconvencción exigiendo el importe de la pena convenida. La Audiencia Provincial, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia del Juzgado declarando que «hubo incumplimientos por parte de la entidad actora, que los mismos no tenían la entidad precisa para justificar la resolución del vínculo contractual; que la resolución era procedente por razón de una pérdida de la confianza entre las partes contratantes respecto de la causa concreta del contrato, esto es, obtener el mayor rendimiento económico con la explotación del conjunto inmobiliario»; y, que la «moderación de la pena convencional constituía un deber para el Juez, conforme al artículo 1154 del Código Civil, y había sido efectuada correctamente ante el incumplimiento parcial –pero no resolutorio– que se aprecia». El Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación afirmando que (FD 2.º):

«Realmente, el Tribunal de apelación, aunque hubiera utilizado el término «resolución» [...] lo que hizo fue declarar extinguida la relación contractual [...] por virtud del desistimiento o denuncia [...] Desistimiento que hay que entender producido no *ad nutum* o por libérrima decisión, sino por concurrir una justa causa o causa relevante. Esto es, por tratarse de una denuncia justificada –supuesto al que, con distintas denominaciones, se refieren algunos textos legales, como los artículos 1707, 1736, 1737, 1749 y 1776 del Código Civil y 26 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo–, que se identifica no sólo con la determinada por un incumplimiento resolutorio, al comprender la que lo sea por cualquier circunstancias sobrevenida que convierta en admisible o tolerable la decisión de la parte denunciante de quedar desvinculada. Ello sentado, debe advertirse que [...] las partes pactaron una sanción para el caso de que HNPSAS de renunciara anticipadamente al contrato, al modo de una especie de «dinero de arrepentimiento» respecto del mismo –y, por ello, de todas las obligaciones nacidas a su cargo–. Y [...] el Tribunal de apelación moderó esa sanción económica por considerar que la causa de la extinción del vínculo no había sido la prevista por las partes –la denuncia *ad nutum*–, sino otra del mismo género, pero de especie cualitativa distinta –la denuncia con justa causa–. Pues bien, tal conclusión, obtenida por analogía, no es contraria al sentido que

la jurisprudencia, respetuosa con la voluntad presunta de los contratantes, atribuye a la norma del artículo 1154 del Código Civil.»

4.3 A modo de conclusión

La mera lectura de la jurisprudencia reseñada permite apreciar la gran dificultad de determinar dónde y cómo ha de hallarse el equilibrio entre el arbitrio judicial y la estricta aplicación de las normas. La cuestión se plantea no sólo respecto de la remisión al arbitrio judicial contenida en el artículo 1154 del Código civil, sino en general de los diversos supuestos de remisión a ella existentes en nuestro Ordenamiento jurídico. Se trata de un fenómeno necesario e inevitable, porque «el Legislador no puede sencillamente actuar de otro modo en estos casos que delegando en el juez el hallazgo de la solución más apropiada dado que dicha solución depende esencialmente de circunstancias que le resulta imposible prever»²⁴².

Es bien sabido que el poder discrecional en que consiste el arbitrio judicial comporta una cierta libertad, otorgada al juez por una norma, de elegir entre dos más alternativas jurídicamente posibles. Pero ello no significa que la discrecionalidad o el arbitrio remitan a la mera voluntad del órgano a quien ha sido reconocido por la ley, pues el artículo 9.3.º de la Constitución prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. Pese a todo, el Tribunal Supremo no suele someter a control el ejercicio por los tribunales de instancia del arbitrio judicial, calificando de «soberana» esta facultad de dichos tribunales y considerando que no es susceptible de revisión casacional.

Sin embargo, como pone de manifiesto el profesor Tomás-Ramón Fernández²⁴³, ese control es preceptivo y debe realizarse mediante la exigencia de motivación suficientemente justificada de las sentencias. «Sin motivación suficiente, esto es, sin justificación bastante, no hay arbitrio legítimo, sino arbitrariedad pura y simple», afirma este autor²⁴⁴. Se trata, pues, de articular un control que responda a la prohibición constitucional de la arbitrariedad y, al mismo tiempo, preserve el espacio dejado por la Ley a los órganos jurisdiccionales.

Volviendo a la facultad judicial prevista en el artículo 1154 del Código civil, su ejercicio excediendo las previsiones legales puede desvirtuar la voluntad común de las partes manifestada en el con-

²⁴² Afirma Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 76-77.

²⁴³ Ob. cit., pp. 101 ss.

²⁴⁴ Quien continúa diciendo (p. 103): «La motivación que el artículo 120 de la Constitución exige es justificación y justificar una decisión es exponer razones intersubjetivamente válidas capaces de dar a ésta el necesario soporte».

trato. Así sucede cuando la pena convencional se reduce a la cobertura estricta del perjuicio real sufrido por el acreedor a causa del incumplimiento, ignorando la voluntad negocial de reforzar la obligación principal mediante una cláusula penal que prevea una indemnización superior al valor efectivo del daño. Salvo una reforma legislativa, como la operada en el Derecho francés, y como la prevista en la mencionada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, que permitiese modificar las cláusulas penales por excesivas, el artículo 1154 del Código civil no debe utilizarse como instrumento que permita al juzgador modificar las cláusulas penales que considere desproporcionadas. Todo ello, sin perjuicio de la no aplicación de la pena pactada si resultare nula por cualquier motivo y, en concreto, si fuere declarada abusiva o usuraria conforme a la legislación de consumo o a la Ley de Represión de la Usura, según los casos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Comentario de los artículos 1152 a 1155», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV-2, Madrid, 1983.
- ID: «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, pp. 33 ss.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1972, pp. 560 ss.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1993.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xavier: *Estructura básica del préstamo de dinero*, Valencia, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Las obligaciones divisibles e indivisibles», *ADC*, 1973, pp. 507 ss.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 2, Madrid, 1983.
- BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, II, Padua, 1960.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario a los artículos 1152 a 1155», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- «La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *ADC*, 1982, pp. 41 ss.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Comentario a la Disposición Adicional Primera», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dirs.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002.
- CARRASCO, A., CORDERO, E., y MARÍN, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, tomo I, Madrid, 2008.

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Sección de Derecho Civil: *Propuesta para la Modernización del Dereho de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: «Principles of European Contract Law», Parts I and II, edited by Ole LANDO and Hugh BEALE (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000); and Part III, edited by Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM and Reinhard ZIMMERMANN (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2003).
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *Las obligaciones indivisibles*, Madrid, 1991.
- DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid, 2009.
- DE CUPIS, A.: *Il danno*, vol. I, Milán, 1979.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil», en *ADC*, 1988, pp. 1133 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 2008.
- «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid, 2006.
- «Comentario a los artículos 61 a 65», en *Comentario de la compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Dir. y Coord. Luis Díez-Picazo), Madrid, 1998.
- «Condiciones Generales de la Contratación (esbozo de una evolución)», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir.: L. Díez-Picazo y A. Menéndez; Coord.: J. Alfaro), Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., Y MORALES DE MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.
- ESPÍN ALBA, Isabel: *La cláusula penal, especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid, 1997.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. E.: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 145 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, contestado por E. García de Enterría, Madrid, 2004.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ CALERO, Juan: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, 1983.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: El incumplimiento contractual en Derecho español, *InDret*, 3/2007, www.indret.com.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Trad. A. M. Garro), Roma, 2001.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, pp. 603 ss.
- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992.
- *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La deuda de intereses», *AAMN*, tomo XXXV.

- LOBATO, Jesús María: *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, 1994, pp. 5 ss.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra», en *Estudios homenaje a L. Díez-Picazo*, vol. II, Madrid, 2003.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.^a: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII-1, Madrid, 1967.
- MARÍN GARCIA, Ignacio: «La cláusula penal en la propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 2-2009, www.indret.com.
- MARTÍNEZ MAS, Francisco: *La Cláusula Penal en el Contrato de Obra*, Las Palmas de Gran Canaria, 2005.
- MASIDE MIRANDA, José Enrique: «La cláusula penal», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid, 2006.
- MAZEAUD, Denis: *La notion de clause pénale*, París, 1992.
- MAZZARESE, Silvio: *Le obbligazioni penali*, Padua, 1990.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario a la Disposición Adicional Primera», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001.
- MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006.
- MORENO, Fausto: Voz «Cláusula penal», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, Barcelona, 1952.
- NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *Revisita General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, pp. 281 ss.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pp. 1019 ss.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, 1993, pp. 1719 ss.
- PINAZO TOBES, Enrique: «Cláusula penal contractual», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XVI, 1995.
- PINTO MONTEIRO, Antonio: *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1999.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de derecho civil español*, tomo III, Pamplona, 1972.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Comentario a la Disposición Adicional Primera», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. R. Bercovitz), Madrid, 1999.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: «Sobre la cláusula penal en el Código civil», en *ADC*, 1993, pp. 511 ss.
- RUÍZ-RICO RUÍZ, José Manuel: «Comentario a los artículos 1108 y 1109 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV-1.º, Madrid, 1989.

- RUÍZ VADILLO, E.: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RD*, 1975, pp. 374 ss.
- SALVADOR CORDERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, 4/2009, www.indret.com.
- SANZ VIOLA, Ana M.^a: *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, edited by Christian von BAR and Eric CLIVE (Sellier, Munich, 2009).
- TRIMARCHI, M.: *La clausola penale*, Milán, 1954.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid, 2003.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, núm. 536, 1980.
- VERGEZ, Mercedes: *Lecciones de Derecho Mercantil* (Dir. A. Menéndez), Madrid, 2005.
- ZOPPINI, Andrea: *La pena contrattuale*, Milán, 1991.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (Coord.: Ana Cañizares), Madrid, 2006.