

Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos

Isabel Arana de la Fuente

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

*Abstract**

Estas páginas recogen algunas observaciones formuladas a la ponencia “Aciertos y desaciertos de la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil”, presentada por el profesor Ignacio Marín García en la I Conferencia Anual de la Asociación Española de Derecho y Economía. Las cuestiones abordadas se refieren a algunos de los aspectos más relevantes de la citada Propuesta en relación con el régimen jurídico de la cláusula penal, en especial, a la diferencia entre indemnización convenida y pena convenida, a la introducción de la facultad judicial de moderación de la pena por razones de equidad (artículo 1150) y a la posibilidad o no del acreedor de exigir, junto con la pena, el cumplimiento específico de la obligación principal o la resolución del contrato (artículo 1149).

These pages contain the comments made to the paper titled “Strengths and Weaknesses of the Penalty Clause Reform in the Proposal for the Modernization of the Spanish Civil Code”, presented by lecturer Ignacio Marín García during the I Annual Conference of the Spanish Association of Law and Economics, hold at the Universidad Autónoma of Madrid, on July 1st and 2nd, 2010. The papers analyse the regulation of the Proposal paying special attention to the difference between liquidated damages clause and penalty clause, the introduction of the judicial review of the clause on the grounds of equity (article 1150) and the creditor’s right to claim the stipulated amount as well as the specific performance or the termination of the contract (article 1499).

Title: Some comments on the Penalty Clause Reform in the Tentative Draft Bill for the Modernization of the Spanish Contract Law.

Palabras claves: Cláusula penal, Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, Indemnización convenida, Pena convenida, Cumplimiento específico, Resolución del contrato, Moderación de la pena.

Keywords: Stipulated Payment for Non-performance, Tentative Draft Bill for the Modernization of the Spanish Civil Code on Contracts, Liquidated Damages Clause, Penalty Clause, Specific Performance, Termination of the Contract; Judicial Review.

* Comentarios formulados como *discussant* a la conferencia impartida por el profesor Ignacio Marín García durante la I Conferencia Anual de la Asociación Española de Derecho y Economía, celebrada en la Universidad Autónoma de Madrid los días 1 y 2 de julio de 2010. El contenido de la ponencia se puede encontrar en un [número anterior de InDret](#).

Sumario

1. Introducción
2. La distinción entre “indemnización convenida” y “pena convenida”
3. La exigibilidad de la cláusula penal
4. Resolución del contrato y cláusula penal
5. Acción de cumplimiento y cláusula penal
6. La moderación judicial de la cláusula penal
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Anexo: Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978

1. Introducción

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, la Propuesta), elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Boletín de Información del Ministerio de Justicia en enero de 2009, entre muchos otros cambios significativos, modifica sustancialmente, en sus arts. 1146 a 1152, el vigente régimen jurídico de la cláusula penal (arts. 1152 a 1155 del Código civil).

Al examen de la regulación de la cláusula penal contenida en la Propuesta dedicó el profesor Ignacio Marín García la ponencia titulada "[Aciertos y desaciertos de la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil](#)", presentada durante la I Conferencia Anual de la Asociación Española de Derecho y Economía, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid los pasados días 1 y 2 de julio de 2010.

En su ponencia, el profesor Marín analiza los citados artículos 1146 a 1152 de la Propuesta, haciendo especial hincapié en el examen, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, de los dos puntos de la Reforma que considera sus "principales desaciertos", a saber: "la moderación de la pena por razones de equidad (artículo 1150) y la pérdida del derecho del acreedor a exigir la pena por la mera reclamación de la prestación principal (artículo 1149)". Entre otros extremos, el profesor Marín García afirma:

- a) En el art. 1148 de la Propuesta, "queda patente una diferenciación artificial en nuestro Derecho entre *indemnización previamente convenida* y *pena convencional*, que arranca del *common law* y que se repetirá en las disposiciones posteriores, si bien su régimen jurídico se bifurca solamente aquí: los títulos de imputación que hacen exigible la *indemnización previamente convenida* difieren de los que hacen exigible la *pena convencional*". Y también que: "en ambos párrafos, el artículo 1149 de la Propuesta reitera una diferenciación terminológica extraña en nuestro Derecho como es distinguir entre *pena convencional* e *indemnización convenida*, o *indemnización pactada*, sin ningún motivo aparente, puesto que el término jurídico al uso en Derecho español es *cláusula penal*, con independencia de que no haya agravación de la responsabilidad por incumplimiento del deudor".
- b) Respecto de la facultad que la Propuesta atribuye a los jueces para moderar la pena por razones de equidad (art. 1150), el profesor Marín pone de relieve que "representa la mayor novedad de la Propuesta y su inclusión alinea al Derecho español con el resto de ordenamientos europeos". Con esta regla, añade, se pondría fin al sistema vigente, regulado por el art. 1154 del CC, que no admite la moderación judicial de penas excesivas o desproporcionadas en relación con el daño efectivo derivado del incumplimiento, sino que únicamente autoriza a los tribunales a modificar la pena cuando haya existido un "cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal". Sin embargo, la opinión del profesor Marín no es favorable a la norma proyectada, pues, según resume en sus conclusiones, "La regla de la inmutabilidad de la pena (art. 1154 CC) es preferible a la moderación judicial de la pena por razones de equidad (art. 1150 de la Propuesta), puesto que las cláusulas penales persiguen finalidades económicas legítimas que con frecuencia pasan desapercibidas a los jueces. El Derecho español y el resto de ordenamientos

comunitarios disponen de mecanismos alternativos a la revisión judicial de la pena para la protección de aquellos intereses dignos de protección, entre otros, el de los consumidores y la defensa de la libre competencia. Por ello, la moderación judicial de la pena por razones de equidad sería innecesaria y, además, distorsionaría la contratación entre privados por sus efectos sobre la litigación y la formación del contrato, sin mencionar la pérdida de las ganancias de eficiencia asociadas a este remedio”.

- c) En cuanto a la posibilidad del acreedor de exigir la pena junto con el cumplimiento de la prestación principal, estima el profesor Marín que el art. 1149 de la Propuesta privaría al acreedor de tal derecho y concluye afirmando que esta regla: “tampoco es la solución socialmente más deseable, ya que la solicitud de cumplimiento devuelve al acreedor perjudicado al régimen ordinario de responsabilidad contractual bajo la forma del equivalente pecuniario. En consecuencia, esta solución comportaría los mismos efectos negativos que la medida anterior, aunque en menor grado, porque el acreedor podría exigir la pena desde un inicio”.

Como *discussant* de la citada ponencia, y tras felicitar al profesor Marín García por su excelente exposición, paso a formular algunas observaciones, desde una perspectiva más jurídica que económica, en torno a los tres aspectos de la Propuesta que acabo de señalar.

2. La distinción entre “indemnización convenida” y “pena convenida”

Al regular la cláusula penal, los arts. 1146 a 1152 de la Propuesta emplean reiteradamente las expresiones: “indemnización convenida” y “pena convenida”. Pese a lo que a primera vista pudiera parecer, entiendo que esta dualidad no constituye una repetición superflua de expresiones equivalentes. Por el contrario, más bien parece que la Comisión General de Codificación utiliza sendas expresiones, y atribuye un distinto significado a cada una de ellas, con la intención de configurar dos modalidades de cláusula penal. En suma, dentro del concepto general de cláusula penal, la Propuesta diseña dos especies y establece ciertas diferencias en sus respectivas regulaciones.

No pensemos, sin embargo, que la Propuesta crea en rigor nuevos tipos de cláusula penal, puesto que, en realidad, recoge las ya previstas en los arts. 1152 y 1153 del Código Civil bajo el nombre unitario de “pena” y a las que la doctrina denomina:

- a) Pena “sustitutiva” o “liquidatoria” de la indemnización de daños: Es la que únicamente sustituye a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento fijada conforme a las normas generales sobre responsabilidad contractual. Mediante esta pena convencional, los contratantes estiman y liquidan anticipadamente los daños que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o cumplimiento retrasado o defectuoso del contrato. Este tipo de pena constituye la regla general en el sistema del Código civil, de manera que, a falta de pacto expreso de los interesados, la ley presume que la pena pactada es meramente sustitutiva de los daños y perjuicios (art. 1152-1º CC).

- b) Pena “cumulativa”, o “en sentido estricto”: Es la que se acumula con la indemnización de daños fijada conforme a las normas legales, agravando así la responsabilidad del deudor. Tiene carácter excepcional, dado que sólo opera cuando así lo acuerden expresamente los interesados (arts. 1152-1º y 1153-2º CC).

Pues bien, la Propuesta mantiene la categoría genérica de “cláusula penal” e incluye en ella esas dos especies de pena, si bien introduce las siguientes modificaciones:

1ª) Establece la denominación “legal” de ambas figuras. La Propuesta denomina “indemnización convenida” a la pena sustitutiva o liquidatoria; y “pena convenida”, a la cumulativa o pena *stricto sensu*. Estas denominaciones coinciden con el primero de los principios contenidos en la Resolución del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, relativa a la “Cláusulas Penales en Derecho Civil”, que 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 indemnización¹.

2ª) Atribuye diferentes efectos a una y otra modalidad de cláusula penal (arts. 1148 y 1149-2º). En la actualidad, el Código civil reconoce a las partes la facultad de optar entre la pena convencional sustitutiva y la cumulativa, pero no atribuye distintos efectos a una y otra. La única diferencia entre ellas es la mayor o menor cuantía de la indemnización pactada por los interesados. La Propuesta, sin embargo, prevé ciertas diferencias entre los efectos de la “indemnización convenida” y de la “pena convenida”, que se concretan, fundamentalmente, en el establecimiento de mayores cautelas para la “pena pactada” debido, precisamente, a su carácter punitivo o sancionador. Tales diferencias se contemplan en los arts. 1148 y 1149 de la Propuesta, que seguidamente analizo.

Por lo demás, también en la Propuesta, a falta de acuerdo expreso de las partes, la cláusula penal tendrá el carácter de “indemnización convenida” (art. 1146-1º).

3. La exigibilidad de la cláusula penal

Conforme al vigente art. 1152-2º CC, la cláusula penal sólo podrá hacerse efectiva cuando fuere “exigible conforme a las disposiciones del presente Código”. Dado que el Código civil no contiene una norma especial al respecto, debemos remitirnos a las reglas generales sobre responsabilidad contractual por incumplimiento (arts. 1101 y ss CC), sin distinguir entre la cláusula penal liquidatoria de los daños y la cumulativa.

¹ La Resolución (78) 3, de 20 de enero de 1978, relativa a las Cláusulas Penales en Derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (que se transcribe en el Anexo de este trabajo), dispone en su art. 1: “A efectos de la Resolución, se considerará cláusula penal toda cláusula que figure en un contrato en virtud de la cual el deudor, si no ejecuta la obligación principal, deberá pagar una cantidad de dinero como pena o como indemnización”.

El art. 1148 de la Propuesta modificaría esta norma, pues establece distintos requisitos de exigibilidad para cada una de las modalidades de cláusula penal que regula. De este modo:

- a) La “indemnización convenida” (pena sustitutiva o liquidatoria) será exigible cuando al incumplimiento sea “imputable al deudor” (art. 1148-1º). Y, ¿cuándo es el incumplimiento imputable al deudor? Para responder a esta cuestión, hemos de acudir al art. 1209 de la Propuesta, según el cual, el deudor responde de los daños causados por el incumplimiento salvo que concurran las circunstancias siguientes: “1. Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control; y, 2. Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias”. Por tanto, la exigibilidad de la “indemnización convenida” se vincula a un incumplimiento del deudor determinado con arreglo a criterios objetivos, sin necesidad de que éste incurra en culpa o negligencia.
- b) Para exigir la “pena convenida” (pena cumulativa), sin embargo, la Propuesta establece un requisito añadido: la culpa del deudor en el incumplimiento (art. 1148-2º). La Comisión General de Codificación, dado que esta especie de cláusula penal no se limita a sustituir la indemnización legal de daños, sino que impone una sanción pecuniaria al incumplidor, opta por un criterio de imputación subjetivo, la culpa, cuya prueba queda a cargo del acreedor. A falta de dicha prueba, parece que no sería exigible la “pena pactada” y la indemnización habría de fijarse conforme a las reglas legales relativas a la responsabilidad contractual.

4. Resolución del contrato y cláusula penal

En caso de incumplimiento del deudor, si el acreedor optare por la resolución del contrato, el art. 1149-2º de la Propuesta prevé un distinto régimen para cada tipo de cláusula penal: la “indemnización convencional” (pena sustitutiva) es compatible con la resolución del contrato, sin restricciones; la “pena convencional” (pena cumulativa) no es compatible con la resolución, salvo que se trate de una pena moratoria.

El Código civil, sin embargo, no contiene tal distinción. En consecuencia, la cláusula penal es compatible con la resolución del contrato, ya sea pena liquidatoria o cumulativa y tanto si fue estipulada para el caso de resolución como para el supuesto de retraso en el cumplimiento.

Ninguna modificación introduciría la Propuesta en el sistema vigente respecto de la “indemnización pactada”, pues permite reclamarla en todo caso, junto a la resolución del contrato, por cuanto dicha cláusula se limita a cubrir los perjuicios derivados del incumplimiento.

La novedad que presenta la Propuesta consiste en excluir la acumulación de resolución y

“pena pactada”, pues ésta tiene verdadero carácter punitivo y permitiría al acreedor, al mismo tiempo que se libera de su obligación, obtener una indemnización igual a la totalidad del interés que el cumplimiento le habría proporcionado. Admite, sin embargo, el art. 1149-2º de la Propuesta, hacer valer la “pena pactada” y resolver el contrato cuando se haya estipulado aquélla para el supuesto de retraso en el cumplimiento, es decir, cuando se trate de una pena moratoria, que sólo indemniza los daños derivados del retraso.

La introducción de esta regla permitiría solucionar el problema de la denominada “pena comisoría”, que permite al acreedor: resolver el contrato, retener la parte de la prestación ya realizada por el deudor y recibir la pena convencional, aun cuando ésta sea cumulativa, es decir, no se limite a cubrir los daños efectivamente producidos por el incumplimiento; todo ello, sin que el acreedor deba ejecutar su contraprestación y, si la hubiera realizado, la resolución le permitiría recuperarla. La pena comisoría, pues, puede quebrar, en beneficio del acreedor, la reciprocidad propia de las obligaciones sinalagmáticas, en cuyo caso faltaría una causa real que justifique *en su totalidad* la atribución patrimonial que la pena conlleva. Pese a ello, de acuerdo con el Código civil e independientemente de la concreta regulación de esta figura en leyes especiales (por ejemplo, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a plazos de bienes muebles [BOE nº 167, de 14.7.1998]), la pena comisoría es en principio válida, salvo que pueda ser declarada nula por usuraria o abusiva (en la contratación con consumidores).

5. Acción de cumplimiento y cláusula penal

A la posibilidad del acreedor de exigir la pena junto con el cumplimiento específico de la prestación principal, se refiere la norma contenida en el art. 1149-1º de la Propuesta, a cuyo tenor:

“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”.

No distingue aquí la Propuesta entre “indemnización” y “pena” convenidas. Si el acreedor ejercita la acción de cumplimiento en forma específica, no podrá reclamar ninguna de ellas, salvo que se trate de una pena moratoria o que el cumplimiento *in natura* resulte imposible. Para el recto entendimiento de esta norma, tal vez convenga diferenciar el plano sustantivo del procesal.

- a) Desde el punto de vista del Derecho sustantivo, la Propuesta impide acumular la pretensión de cumplimiento específico y el pago de cláusula penal. Por tanto, modificaría el vigente art. 1153 CC, que permite el pacto en tal sentido como modalidad de pena cumulativa.

Parece perfectamente justificado que la Propuesta prohíba acumular cumplimiento específico y cláusula penal, pues ambos remedios no son acumulables. En efecto, 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 conjuntamente el cumplimiento específico de la prestación principal y el pago de la pena. 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 no plantea problemas. En este sentido, conviene hacer una precisión: la redacción del art. 1149-1º de la Propuesta, al compatibilizar de manera expresa el ejercicio de la acción de cumplimiento con la pena moratoria, pero no con penas pactadas para otro tipo de cumplimiento defectuoso, es poco acertada, pues la mencionada acción es también compatible con las penas que cubran partidas indemnizatorias distintas a la mora.

- b) Desde una perspectiva procesal, la cuestión es: ¿impediría la regla del art. 1149-1º al acreedor, que opta por reclamar con carácter principal el cumplimiento específico, pedir subsidiariamente el abono de la cláusula penal tanto si el cumplimiento resulta imposible como si el deudor no lo efectuara en tiempo y forma razonable?

Creo que no lo impediría, porque el hecho de que cumplimiento y pena no sean remedios compatibles, no priva al acreedor del derecho a reclamar la efectividad de la cláusula penal si la solicitud de cumplimiento no es atendida debidamente. De este modo, además, la regla del art. 1149-1º resulta compatible con lo dispuesto en los arts. 1190, 1194 y 1205 de la Propuesta².

6. La moderación judicial de la cláusula penal

El art. 1154 del Código civil únicamente concede al Juez la posibilidad de modificar equitativamente la pena cuando “la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

El art. 1150 de la Propuesta contiene una modificación de gran calado en el actual régimen jurídico de la cláusula penal, ya que introduciría la posibilidad de que los jueces modificarán “equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las

² Art. 1190: “En caso de incumplimiento, podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”.

Art. 1194: “El acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiese obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce.”

Art. 1205 CC: “El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause. Este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento”.

indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”.

La modificación judicial de las cláusulas penales excesivas o desproporcionadas no está contemplada en nuestro Código civil, pero sí en muchos otros Ordenamientos jurídicos. La cuestión es si existen razones suficientes para incorporarla al nuestro con carácter general. En contra de tal incorporación, se dice que la moderación judicial de la cláusula penal por razón de lo excesivo de su cuantía distorsiona el principio *pacta sunt servanda*, introduce inseguridad jurídica, pone en jaque la finalidad económica de cláusula penal, aumenta la probabilidad de litigiosidad, etc.

No carecen de fundamento estas afirmaciones. Las facultades judiciales de carácter discrecional entrañan, en general, un factor que puede distorsionar la fuerza vinculante de los contratos y generar importantes dosis de incertidumbre. En definitiva, no tengo clara la conveniencia de modificar en este sentido el vigente art. 1154 del Código civil. Ahora bien, todo ello no impide reconocer la existencia de razones de peso favorables a la regla contenida en el art. 1150 de la Propuesta, cuales son:

1^a) Procurar el acercamiento de nuestra normativa a la predominante en Europa. En efecto, nuestro Código civil es excepcional en este punto, ya que admite la cláusula penal cumulativa o punitiva, pero no autoriza a los jueces para moderar las cláusulas excesivamente onerosas, sino únicamente para modificar la pena cuando la prestación principal haya sido parcial o irregularmente cumplida. Por el contrario, la facultad judicial de moderar las penales excesivas o desproporcionadas, en relación con el daño efectivamente causado por el incumplimiento, está reconocida en la mayor parte de los Ordenamientos europeos continentales, como el italiano, alemán, belga, portugués o francés, entre otros. Se recoge, asimismo, en Textos internacionales, como la citada Resolución del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, relativa a las Cláusulas Penales en Derecho Civil (art. 7-1^o), a cuyo tenor: “*La cantidad estipulada podrá ser rebajada por el juez si fuera claramente excesiva*”; los Principios UNIDROIT, sobre Contratos Comerciales Internacionales (art. 7,4,13)³; los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9:509)⁴;

³ Art. 7, 4, 13 de los Principios UNIDROIT de 2004, sobre los contratos comerciales internacionales, a cuyo tenor:

1. Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar la suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.
2. No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

⁴ Conforme al artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos:

1. 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.
2. Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias.

o la Propuesta de Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:710)⁵.

2ª) La necesidad de solucionar supuestos extremos de penas manifiestamente excesivas, que puedan proporcionar un beneficio desproporcionado al acreedor en detrimento del deudor, ya que el art. 1154 CC no prevé la moderación de la cláusula penal por elevada que sea su cuantía.

Ante la falta de una norma codificada que otorgue a los tribunales la facultad de moderar este tipo de penas, en la doctrina se han propuesto diversas vías, como la aplicación analógica, o la interpretación extensiva, del artículo 1154 CC; la aplicación de la facultad moderadora reconocida a los tribunales, con carácter general, por el artículo 1103 CC para casos de incumplimiento no doloso; o la aplicación del principio general que prohíbe el abuso del derecho, recogido en el artículo 7-2º CC. En mi opinión, con el vigente art. 1154 CC en la mano, ninguna de estas vías tiene fundamento suficiente. Salvo que dicho precepto se modifique, la pena convencional, por excesiva o desproporcionada que sea, no es susceptible de moderación. Otra cosa es que, como quedó dicho anteriormente, pueda ser calificada de usuraria, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908 (Gaceta de Madrid 2006/1908, de 24 de julio), o de abusiva, en la contratación con consumidores, cuando sea contraria a la legislación protectora del consumo, en especial al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios de 2007 (BOE nº 287, de 30.11.2007), dando lugar a las consecuencias previstas en dichas normas.

3ª) Evitar la inseguridad que provoca la moderación judicial admitida por un sector jurisprudencial. No plantea este problema la doctrina mayoritaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a la cual, las partes son libres de pactar el importe de la pena que tengan por conveniente y que el art. 1154 CC no permite al Juez rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada.

Sin embargo, existe una línea jurisprudencial discrepante, minoritaria pero no excepcional, que, remitiéndose a principios de justicia y equidad, modera penas consideradas excesivas afirmando que el art. 1154 CC 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” (STS, 1ª, 1.10.1990, (ED 1990/8813,

⁵ Los “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference”, establecen en su Libro III, artículo 3:710:

(1) Cuando los términos que regulan una obligación establecen que el deudor que incumple debe pagar una determinada suma al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a esa suma con independencia de la pérdida efectiva.

(2) Sin embargo, a pesar de una estipulación en contrario, la suma así estipulada en el contrato puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notablemente excesiva en relación con la pérdida ocasionada por el incumplimiento y las demás circunstancias.

MP: Jaime Santos Briz)⁶. En este mismo sentido, otras sentencias reducen la cuantía pactada como penalidad declarando 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*” (STS, 1ª, 5.11.1956 [Ar. 3805, MP: Francisco Eyre Varela])⁷.

⁶ STS, 1ª, 1.10.1990 (ED 1990/8813): La actora, 'Inmobiliaria MOJÁCAR, S.A' (comitente), en su demanda contra 'Fomento de Obras y Construcciones, S.A' (contratista), solicitaba la condena de la demandada a abonar la suma de 97.000.000 de pesetas por los siguientes conceptos: encarecimiento por la demora en la ejecución de la obra; corrección de defectos; cláusula penal, a razón de 100.000 pesetas por día de retraso (en el texto de la sentencia no consta cuántos días se retrasó la demandada en el cumplimiento); gastos generales bancarios y de comunidad; e indemnización por lesiones al buen nombre comercial de la empresa demandante. La sentencia recurrida, con estimación parcial de la demanda y de la reconvenición, sólo condenó a Fomento de Obras y Construcciones a pagar 3.540.614 pesetas, importe del encarecimiento de los trabajos, 4.764.100 pesetas, importe de los trabajos de subsanación de defectos, y 4.000.000 pesetas en concepto de penalización por retraso en la terminación de las obras contratadas. En cuanto a la aplicación del art. 1154 CC, la Audiencia fundamenta la moderación de la pena moratoria afirmando que: "en cualquier caso", es decir, incluso prescindiendo del número de días laborales que faltaban cuando cesó el trabajo para la terminación de la obra, la repetida suma sería la “adecuada dadas las circunstancias que concurren en el supuesto de hecho que se analiza para indemnizar el retraso”. Recurrida esta sentencia en casación por la actora, el TS declara no haber lugar al recurso. En lo que aquí interesa, la desestimación del motivo deriva de las siguientes consideraciones (FD 3º): “Primero.- 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 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 (sentencias, entre otras muchas, de 13 de abril de 1971, 4 de julio de 1981, 30 de marzo de 1983 y 18 de octubre de 1995), por verificar con ello un juicio de equidad que no está sometido a reglas, ni a cálculos como los que pretende utilizar el recurso. Segundo.- De ahí que los documentos que alega este motivo nada pueden indicar en torno a perfilar o limitar o ampliar la facultad moderadora del Tribunal, que atendió como expresamente señala "a las circunstancias que concurren en el supuesto de hecho que analiza", toda vez que la cláusula penal, reiterando lo dicho, está sujeta únicamente como todas las de su orden a la moderación equitativa de la pena por parte del juzgador. Tercero.- En definitiva, no puede tratarse este punto como hace el recurso a base de sentar unos hechos que, según afirma, no han sido atendidos por el juzgador, ni pretender con ello deducir un error en la apreciación de la prueba, dado que 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", concepto distante de la función de apreciación de la prueba y de si en esta última operación se incurrió o no en el error de hecho que señala el artículo 1692, número 4.º de la Ley Procesal Civil”.

⁷ STS, 1ª, 5.11.1956 (RJ 3805): Celebrado entre doña Herminia y don José un contrato por el que la primera se comprometía a vender al segundo varias fincas, libres de todo gravamen, por el precio de 250.000 pesetas, suma que el demandado entregaría en el acto de firmarse la definitiva escritura de venta. Se pactó asimismo que el contratante que rehuyese el cumplimiento, “cualquiera que fuese la causa alegada”, indemnizaría la cantidad de 50.000 pesetas. Los contratantes comparecieron ante Notario para otorgar escritura de venta el día señalado, pero conociendo entonces el demandado la existencia de diversas

-La cláusula penal producía un “*resultado económico que en la conciencia del propio Tribunal le parece excesivo*” (STS, 1ª, 2.12.1998 [ED 1998/30746, MP: Luis Martínez-Calcerrada Gómez])⁸.

Además, en no pocos casos, esa moderación se produce sin explicar las razones que la motivan, pues la Sala Primera del Tribunal Supremo confirma sentencias de instancia en las que se reduce el importe de la cláusula penal sin justificación suficiente de tal modificación (STS, 1ª, 27.2.2004, [ED 2004/6999, MP: Luis Martínez-Calcerrada Gómez]),

cargas sobre las fincas, que éstas estaban inscritas a nombre de otro y que no era seguro que estuvieran presentes todos los condueños de las fincas, el demandado se negó al otorgamiento de la escritura. Doña Herminia demandó a don José solicitando el pago de la pena, el cual contestó y formuló reconvencción, pues estimando que los actores eran los causantes del incumplimiento del contrato, solicitaba el pago de las 50.000 pesetas pactadas. La sentencia recurrida, revocando la de Primera Instancia, desestimó la demanda y, estimando la reconvencción, condenó a doña Herminia, por haber desistido de la venta, a pagar al demandado la pena acordada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la actora y desestima tanto la demanda como la reconvencción. En sus “considerandos”, la Sala 1ª declara que no fue doña Herminia, sino don José quien incumplió el contrato. Sin embargo, no condena a éste abonar la pena pactada por considerar justificada su negativa a otorgar la escritura (debido a las cargas y demás circunstancias de las fincas) y por aplicación de la facultad de moderación de la pena *ex art. 1154 CC*. La STS exime a ambos contratantes de la pena contractual y finaliza afirmando (CDO 6º): “Que la recurrente y primitiva demandante está reconocido que siempre estuvo dispuesta a cumplir su promesa, la cual jamás rehuyó; y como tal promesa era preparatoria del contrato de compraventa, es indudable que debiendo desenvolverse su actividad a tal fin dentro de los términos de la misma que obligaba a no rehusar el contrato bajo motivo alguno, lo cumplió en la forma que le era dado cumplirla, prestándose a otorgar la escritura, en los términos que en el momento de comparecer ante el Notario dentro del plazo fijado le era dado cumplir, sin que pueda apreciarse como rehusa el que no hubiera accedido a las exigencias del otro contratante, entre otras razones, porque ello no dependía de su sola voluntad y lo que, en todo caso podría determinar otras consecuencias, pero jamás la culpabilidad por rehusa que procede única y exclusivamente de la otra parte, siquiera con justificación que le exima de pena y que obliga a esta Sala a estimarlo así, tanto por las razones expuestas, en síntesis concretadas al sentido que debe darse a la cláusula penal y a la ineficacia sobrevenida de la promesa, como por la facultad que a aquélla compete de moderar la aplicación de la pena no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos (...)”.

⁸ STS, 1ª, 2.12.1998 (ED 1998/30746): Al amparo de un contrato de obra y después de haber vencido el plazo previsto para su ejecución (el 31-12-1992), el comitente (don Bruno) interpuso demanda frente al contratista (don Abelardo) reclamando la terminación de las obras y la pena moratoria acordada, consistente en el abono de 100.000 pesetas por mes de retraso desde el 31-12-1992 hasta la entrega de la obra. La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda íntegramente, pero fue revocada parcialmente por la Audiencia Provincial, que moderó la pena convenida reduciendo su importe a 1.600.000 pesetas. El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso y confirma la condena al contratista a terminar las obras (cinco años después de interpuesta la demanda), así como la reducción de la pena moratoria efectuada en la sentencia recurrida, afirmando (FD 2º): “(...) 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 5º, 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”

que confirma la reducción de la pena en más de un 60%)⁹.

En definitiva, la situación implica un nivel de inseguridad jurídica superior al que se produciría si el Derecho positivo admitiera la moderación judicial de penas excesivas. En tal caso, como mínimo, las partes estarían en condiciones de conocer, al celebrar el contrato, la facultad judicial de modificar el monto de la cláusula penal pactada y podrían actuar en consecuencia.

Seamos realistas. Cuando el Ordenamiento no proporciona un criterio legal para solventar ciertos problemas, los Tribunales tienden a buscar soluciones que no siempre resultan idóneas. Todo ello, tal vez justifique que el legislador establezca un estándar de moderación, que deja al juez un radio de acción considerable, como hace la Propuesta. Lo cierto es que se trata de un supuesto en el que legislador difícilmente puede establecer una regla, pues la solución más apropiada en cada caso depende de circunstancias imposibles de prever por aquél.

Por otra parte, no creo que el problema fundamental resida en la atribución de un poder discrecional de moderación a los tribunales de instancia, sino en la forma de ejercitarlo y, sobre todo, de controlarlo. Tal ejercicio debe estar sometido a un estricto control del Tribunal Supremo 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 Tomás Ramón FERNÁNDEZ en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (*Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, 2004). El problema es que el Tribunal Supremo, en demasiados casos, se lava las manos y no realiza dicho control, pues, calificando de soberana la facultad moderadora de los jueces, declara que dicha facultad no es susceptible de revisión casacional, por tratarse de una cuestión fáctica de libre apreciación por los Tribunales de instancia (STS, 1ª, 27.4.2005, [ED 2005/65551, MP: Alfonso Villagómez Rodil Gómez])¹⁰.

⁹ STS, 1ª, 27.2.2004 (ED 2004/6999): Los litigantes habían celebrado dos contratos de obra en cuya ejecución la constructora no cumplió los plazos previstos. Al ser requerida la comitente para la recepción de las obras, ante lo inacabado de éstas y el retraso en su realización, opta por la resolución de los contratos. La constructora interpuso demanda solicitando que se declare injustificada dicha resolución, la devolución del aval, el pago del precio pendiente e indemnización de daños y perjuicios. Reconviene la demandada y pide el mantenimiento de la resolución por retraso en la ejecución de la obra y el pago de la pena moratoria pactada. La Audiencia Provincial declara justificada la resolución de los contratos y, en lo que ahora interesa, condena a la constructora a abonar la pena moratoria, si bien la modera, reduciendo su importe de 312.000.000 pesetas a 100.000.000. Recurrida esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y, respecto de la moderación de la pena, declara: "(...) la Sala con criterio loable, flexibilizó en su monto actuando por la facultad conferida por el art. 1154 Código civil (...)" (FD 4º).

¹⁰ STS, 1ª, 27.4.2005 (ED 2005/65551): Entre los litigantes se había suscrito un contrato, por el que la demandada se comprometía a construir una nave industrial para la actora, en el que se insertó una cláusula del siguiente tenor: "A partir del 20 de abril de 1992 cada día que se retrase la terminación de la nave y la oficina se penaliza con 300.000 pesetas/día, salvo paralización por falta de personal o fuerza

En todo caso, la moderación judicial de cláusulas penales excesivas debería realizarse sin desnaturalizar la función preventiva y represiva que las partes les hubieran atribuido, como sucede si se reduce a la cobertura estricta del perjuicio real sufrido por el acreedor a causa del incumplimiento (reducción que admite la STS, 1ª, 8 .2.1989, [ED 1989/1200, MP: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa])¹¹. La Propuesta respeta este principio, pues el art. 1150 no dice que el monto de la cláusula penal deba reducirse para ajustarlo a los daños efectivos, sino sólo que se tengan éstos en cuenta para determinar si es excesiva o desproporcionada. Sólo así la cláusula penal podrá cumplir su doble función, como medida convencional tendente a reforzar las obligaciones, ya que:

-Propicia el cumplimiento de los contratos: el deudor es más proclive a cumplir

mayor". La obra fue entregada con retraso y adolecía de ciertos defectos; la comitente aceptó la entrega, pero reclamó indemnización por los defectos constructivos y el abono de la pena moratoria, que ascendía a 100.000.000 de pesetas. El Juzgado, con las facultades moderadoras del artículo 1154, rebajó la pena a 18.000.000 pesetas, reducción que fue confirmada por la sentencia de apelación. Recurrida ésta por el actor, que solicitaba el pago íntegro de la pena, el TS declara no haber lugar al recurso y afirma (FD 1º): "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 10-3-1995 y 22-9-1997). No procede la impugnación en vía casacional de la cuestión de si el juzgador obró o no equitativamente (Sentencias de 28-6 y 19-12-1991, 29--1992, 8-2-1993 y 19-6-1994)".

¹¹ STS, 1ª, 8.2.1989 (ED 1989/1200): Las entidades litigantes celebraron la compraventa de un complejo urbanístico y convinieron las partes que el impago de una o todas las cambiales, entregadas por la compradora para el pago del precio, daría derecho a la vendedora a la resolución del contrato y a hacer suyas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las cantidades hasta entonces pagadas. Tras ser declarada la compradora en suspensión de pagos, dejó de abonar las cambiales pendientes. La vendedora declaró resuelto el contrato, recuperó el inmueble e hizo suyas las cantidades hasta entonces recibidas en pago del precio. La compradora, estimando que dichas cantidades excedían con mucho de los efectivos daños sufridos por la vendedora como consecuencia del impago, interpuso demanda contra ésta reclamando la entrega de 25.000.000 de pesetas. El Juzgado considera que la cláusula penal incorporada al contrato tenía una misión liquidatoria de los perjuicios, por lo que no puede ser modificada judicialmente y desestima la demanda. La Audiencia Territorial, sin distinguir entre pena sustitutiva (o liquidatoria) y cumulativa (o penal en sentido estricto), revoca la sentencia y condena a la demandada a entregar 11.000.000 de pesetas a la actora. La demandada recurre en casación, alegando -entre otros extremos- la aplicación indebida del art. 1154 CC. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Tras considerar que la convencional de autos era de carácter puramente liquidatorio, afirma (FD 4º): "(...) Por lo dicho, no cabe apreciar, cual se pretende en el primer motivo, que la Sala "a quo" infringiese por inaplicación el párrafo primero del artículo 1152, al ser de ver que la sentencia recurrida lo admite expresamente (primer considerando), lo que ocurrió fue que en función de la posibilidad de moderación, amparada en el artículo 1154, cuya observancia estimó de aplicación en todo caso que fuese aconsejable, y partiendo del hecho acreditado de resultar cuantitativamente menores los daños producidos a la sociedad vendedora que las sumas por ella recibidas de la compradora, llegó a la conclusión de que por esa circunstancia debía entrar en juego la facultad moderadora... no cabe, tampoco, apreciar la infracción denunciada en el motivo tercero respecto al artículo 1154 del Código, por aplicación indebida, máxime, además, cuando la redacción del indicado precepto permite extender la eficacia de la facultad moderada a cualesquiera de los supuestos de funcionamiento de la cláusula penal: "coercitivo", "penal" y "sustitutivo", sin que deba estimarse' excluido el tercero de ellos, "sustitutorio o liquidatorio", que es el de autos".

voluntariamente cuando ello sea más barato que pagar la pena.

-En caso de no lograr ese objetivo primario, permite al acreedor exigir la 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. Finalmente, señalar que la Propuesta no contempla expresamente la modificación judicial de la pena en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal (prevista en el vigente art. 1154 CC), pero ello no supone que el supuesto no sea susceptible de encuadrarse en el ámbito de aplicación de su art. 1150. Por el contrario, el cumplimiento parcial o irregular de la prestación podrá dar lugar a la aplicación de dicho precepto siempre, claro está, que dicho cumplimiento determine, como normalmente sucederá, el carácter excesivo o desproporcionado de la pena pactada respecto del daño efectivo.

7. *Tabla de jurisprudencia citada*

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ref.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> | <i>Partes</i> |
|-------------------------------|----------------------|-------------------------------------|--|
| STS, 1ª, 5.11.1956 | Ar. RJ 3805 | Francisco Eyre Varela | Herminia R. F. c. José P. C. |
| STS, 1ª, 8.2.1989 | ED 1989/ 1200 | Alfonso Barcala Trillo- Figueroa | "Ofitec Almería de Construcciones, S.A." c. 'Ofitec Almería de Construcciones, S.A." |
| STS, 1ª, 1.10.1990 | ED 1990/ 8813 | Jaime Santos Briz | "Inmobiliaria Mojácar, S.A. c. "Fomento de Obras y Construcciones, S.A." |
| STS, 1ª, 2.12.1998 | ED 1998/ 30746 | Luis Martínez- Calcerrada Gómez | Bruno c. Abelardo |
| STS, 1ª, 27.2.2004 | ED 2004/ 6999 | Luis Martínez- Calcerrada Gómez | "A.C.S. <i>Actividades de Construcción y Servicios S.A.</i> " c. " <i>Explotaciones Turísticas de Galicia, S.A.</i> " |
| STS, 1ª, 27.4.2005 | ED 2005/ 6551 | Alfonso Villagómez Rodil | "Bollería López Ortiz, S. L." c. "Construcciones Jesús Villar Santana, S. A." |

8. Anexo: Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978

RESOLUCIÓN (78) 3

(Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de enero de 1978)

RELATIVA A LAS CLÁUSULAS PENALES EN DERECHO CIVIL

El Comité de Ministros,

Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es lograr una unión más estrecha entre sus miembros, en particular, mediante la adopción de normas comunes en el ámbito del Derecho;

Considerando que resulta indispensable prever un control judicial sobre cláusulas penales en Derecho civil en que la pena sea claramente excesiva;

Considerando que las cláusulas penales aplicables en caso de incumplimiento de contrato son la forma más típica y más frecuente de cláusulas penales y que, en consecuencia, es conveniente prever normas comunes para las cláusulas de este tipo;

Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros:

1. Que, al elaborar una nueva legislación en la materia, tengan en cuenta los principios relativos a las cláusulas penales en Derecho Civil que figuran en el Anexo de la presente Resolución.

2. Que examinen en qué medida los principios que figuran en el Anexo pueden aplicarse, "*mutatis mutandi*", a otras cláusulas que tengan el mismo objetivo o el mismo efecto que las cláusulas penales.

3. Que den a conocer la presente Resolución, su Anexo y la exposición de motivos que la acompañan a las autoridades competentes y a otros organismos interesados de su país.

ANEXO A LA RESOLUCIÓN (78) 3

Artículo 1

A efectos de la Resolución, se considerará cláusula penal toda cláusula que figure en un contrato en virtud de la cual el deudor, si no ejecuta la obligación principal, deberá pagar una cantidad de dinero como pena o como indemnización.

Artículo 2

El acreedor no podrá obtener al mismo tiempo la ejecución de la obligación principal estipulada y la cantidad fijada, a no ser que dicha cantidad se hubiera acordado por un retraso en la ejecución. Toda estipulación en contrario será nula.

Artículo 3

La cláusula penal como tal no impedirá que el acreedor pueda perseguir la obligación principal en lugar del pago de la cantidad estipulada.

Artículo 4

No podrá exigirse la cantidad estipulada si el deudor no fuera responsable del incumplimiento de la obligación principal.

Artículo 5

El acreedor no podrá obtener además o en lugar de la cantidad estipulada daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación principal.

Artículo 6

Salvo estipulación en contrario, el acreedor no podrá obtener una cantidad que exceda ya sea del

importe de la cláusula penal, ya sea de los daños y perjuicios fijados por incumplimiento de la obligación principal.

Artículo 7

La cantidad estipulada podrá ser rebajada por el juez si fuera claramente excesiva. En particular, podrá efectuarse la reducción cuando la obligación principal se hubiera ejecutado en parte. La cantidad no podrá rebajarse por debajo de los daños y perjuicios fijados por incumplimiento de la obligación. Toda estipulación contraria a lo dispuesto en el presente artículo será nula.

Artículo 8

Lo dispuesto en los artículos precedentes no será obstáculo para las normas que regulen un tipo determinado de contrato por el carácter específico del mismo.