

Cláusula penal: la facultad moderadora del juez

Comentario a la STS, 1ª, 17.10.2007 (RJ 7307; MP: Encarnación Roca Trías)

Ignacio Marín García

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

La STS, 1ª, 17.10.2007 (RJ 7307) resuelve un caso en que se plantea la facultad de moderación del juez de la cláusula penal establecida en un convenio regulador de separación, según la cual la esposa debía abonar el marido 90,15 € por cada día de retraso en el abandono de la vivienda familiar (un total de 72.211,60 €). El TS no modera la pena convencional en aplicación de una jurisprudencia consolidada sobre el art. 1154 CC, que sólo permite la moderación en el supuesto que el incumplimiento sea de menor entidad que el previsto.

The Spanish Supreme Court Judgment October 10th 2007 decides a case regarding the judicial review of a liquidated damages clause included in a separation agreement, according to which the wife had to compensate her husband with 90,15 € per day she delays departing from the family home (72.211,60 €). The Supreme Court does not moderate this clause applying a consolidated case law about the section 1154 of the Civil Code: a liquidated damages clause can only be reduced if the breach of contract has less entity than the one anticipated.

Title: Liquidated Damages Clause and the scope of its judicial review

Keywords: Contract law; Liquidated Damages Clause; Judicial Review

Palabras clave: Derecho de contratos; Cláusula penal; Revisión judicial

Sumario

1. **Introducción**
2. **Cláusula penal: definición y funciones**
3. **Facultad moderadora del juez**
 - 3.1. **Reducción de la pena en caso de incumplimiento parcial**
 - 3.2. **Revisión judicial de la pena por razones de equidad**
 - 3.3. **Otras vías para la moderación de la pena**
 - a. **El art. 1103 CC**
 - b. **El art. 1.258 CC**
 - c. **Inexistencia o ilicitud de causa**
 - d. **Abuso de derecho**
 - e. **Cláusula *rebus sic stantibus***
 - 3.4. **La solución del Derecho estadounidense**
 - 3.5. **Análisis económico de la moderación judicial de la pena**
4. **Conclusiones**
5. **Tabla de sentencias**
6. **Bibliografía**

1. Introducción

La actora demandó a su ex esposo en ejercicio de una acción de reclamación de cantidad (75.126,51 €). El demandado formuló demanda reconvenzional en que exigía el pago de 72.211,60 € en concepto de indemnización por el retraso en el abandono del domicilio conyugal, pues en convenio regulador de 8.3.1991 habían estipulado una cláusula penal bajo la cual Rebeca debía abonar a Romeo 90,15 € diarios por el tiempo que permaneciese en la referida vivienda después del 30.9.1991. La esposa permaneció en el domicilio hasta el 10.12.1993, por lo que transcurrieron 801 días de incumplimiento.

El JPI núm. 1 de Vigo, en Sentencia de 21.1.1999, moderó la pena pactada reduciéndola a 30,05 €/día y declaró que ambas deudas podían compensarse. La SAP Pontevedra, Civil, Sec. 1ª, 15.5.2000 aumentó la pena a 42,07 € diarios. En primera instancia el juzgador redujo la pena inicialmente pactada en dos tercios y en segunda instancia lo hizo en torno a la mitad.

Romeo recurrió en casación invocando la infracción del art. 1154 CC, el relativo a la facultad de moderación de la cláusula penal por el juez:

“El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

La STS, 1ª, 17.10.2007 (RJ 7307; MP: Encarnación Roca Trías) estima su recurso y reconoce en su favor la indemnización resultante de aplicar una pena diaria de 90,15 € a los días de retraso. El TS afirma:

“En este caso, ha habido un incumplimiento total de la obligación de abandonar el antiguo domicilio conyugal, (...) por lo que no debe mantenerse la moderación ejercida por la sentencia recurrida” (FD 4º).

2. Cláusula penal: definición y funciones

El Código Civil no ofrece un concepto de cláusula penal en los preceptos que le dedica (arts. 1152 a 1155). Sin embargo, éste ha sido formulado por la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS, 1ª, 11.3.1957 (RJ 751) la definió como:

“[E]stipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero”.

También la STS, 1ª, 21.2.1969 (RJ 967; MP: Manuel Taboada Roca):

“La cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor”.

Ahora bien, el art. 1152 CC sí que da cuenta en su primer párrafo de la función principal de la cláusula penal: liquidar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (“la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiese pactado”). Esta *función liquidatoria* es supletoria, pues no requiere un pacto expreso de las partes. No obstante, además de esta función esencial, la cláusula penal puede cumplir otras dos más: la coercitiva y la cumulativa.

La *función coercitiva* es aquella estrictamente punitiva, consistente en una agravación del resarcimiento, ya que normalmente la pena estipulada supera el *quantum* exigible conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC). Su fundamento no sólo es fijar con antelación el importe de los daños, sino fijarlo por encima de la reparación integral con la finalidad de castigar al deudor por el incumplimiento.

La *función cumulativa* acontece sólo en el caso de pacto expreso en virtud del cual el acreedor puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena (art. 1153 CC, inciso 2º), pues la regla general otorga al acreedor la posibilidad de optar entre la pena o el cumplimiento de la obligación. Regla general a la que escapa el establecimiento de una pena moratoria, supuesto en que la exigencia del cumplimiento de la obligación y de la pena son perfectamente compatibles.

3. Facultad moderadora del juez

En cuanto a la moderación de la cláusula penal por el juez hay que distinguir dos cuestiones:

- 1) La reducción de la pena convencional en caso de incumplimiento parcial.
- 2) La revisión judicial de la cláusula penal por razones de equidad.

3.1. Reducción de la pena en caso de incumplimiento parcial

El art. 1154 CC alude al deber del juez de modificar la pena cuando haya existido un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. No obstante, tal y como señala ALBALADEJO (1983, p. 486): el criterio para moderar la pena consiste en valorar la proporción entre lo cumplido y el total de lo que se debió cumplir para no resultar penado. Por tanto, no cabrá tampoco moderación si la pena convencional se previó para un supuesto de

incumplimiento parcial. Así lo establece la STS, 1ª, 10.5.2001 (RJ 6191; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz):

“Cuando la cláusula penal está prevista específicamente para un determinado incumplimiento parcial (o cumplimiento irregular o defectuoso, que es lo mismo) no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial” (FD 4º).

Es decir, únicamente corresponde al juez moderar la cláusula penal cuando ésta prevea un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento efectivo del deudor, no en el resto de casos.

La jurisprudencia más reciente considera que el deber del juez de modificar la pena tiene carácter imperativo, aunque con anterioridad se mostró vacilante¹. El hecho que la redacción del Proyecto de Código Civil de 1851 fuera radicalmente distinta refuerza este carácter imperativo, pues su artículo 1085 rezaba “El Juez puede modificar (...)”. Si bien hay mayor discrepancia a la hora de afirmar que dicha modificación procede de oficio. Posicionamiento mayoritario en la jurisprudencia², pero no en la doctrina. DÍEZ-PICAZO (1996, p. 403) y ORTÍ VALLEJO (1982, p. 318) apuntan que la moderación *ex officio* escapa al principio de justicia rogada que debe regir los intereses privados.

Esta cuestión era problemática en Derecho francés hasta que la reforma del *Code Civil* de 1985 dio una nueva redacción al art. 1152.II: “*Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue (...)*”³. En defecto de regulación expresa, según DE AMUNÁTEGUI (1993, p. 93), la doctrina italiana y la portuguesa entienden que la reducción debe ser pedida por el deudor.

Asimismo, según el TS el ejercicio de la facultad moderadora no es revisable en casación, ni tampoco la cuantía en que debe moderarse la pena⁴. La revisión casacional de la pena exige el cambio previo de calificación de la conducta del deudor, esto es, calificarla de incumplimiento parcial en lugar de total o viceversa.

En cuanto a la admisibilidad del pacto en contra de las partes, aunque SANTOS BRIZ (2000, p. 297) defiende que no, QUESADA GONZÁLEZ (2003, p. 38), con buen criterio, opina lo contrario, puesto

¹ A favor del carácter imperativo, las SSTS, 1ª, 7.2.2002 (RJ 2887); 10.5.2001 (RJ 6191); 12.12.1996 (RJ 8976); 8.2.1993 (RJ 690); 20.10.1988 (RJ 7592); y 13.7.1984 (RJ 3981). En contra, las SSTS, 1ª, 30.6.1981 (RJ 2622); y 20.11.1970 (RJ 4825).

² STS, 1ª, 12.12.1996 (RJ 8976; MP: Alfonso Villagómez Rodil): “Las cláusulas contractuales penales si bien son imperativas, su moderación puede acordarse de oficio, según reiterada jurisprudencia civil (Sentencias de 21 mayo 1948, 3 enero 1964, 13 julio 1984 y 19 febrero 1990 y otras muchas)”.

³ “No obstante, el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida (...)”.

⁴ Entre otras, las SSTS, 1ª, 20.12.2006 (RJ 388); 17.6.2004 (RJ 3625); 5.12.2003 (RJ 8786); y 8.11.2002 (RJ 9691).

que las partes pueden establecer qué pena asignan a un incumplimiento parcial determinado. No obstante, no cabe una exclusión genérica de esta facultad.

3.2. Revisión judicial de la pena por razones de equidad

En el s. XVIII POTHIER ya defendió en su *Traité des Obligations* (1761) que las penas convencionales excesivas debían ser reducidas por el juez con base en la equidad y el equilibrio de las prestaciones. Además, POTHIER argumentaba que el consentimiento del deudor estaba necesariamente viciado de error.

“[e]l consentimiento que él [el deudor] da a la obligación de una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado en un error y en una ilusión que se ha hecho, no es un consentimiento válido; es por esto que estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir lo más alto los daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la obligación primitiva”⁵.

Prima facie el art. 1154 CC es inaplicable ante un incumplimiento total. Ésta ha sido la interpretación tradicional y la que actualmente mantiene el TS. En este sentido se han pronunciado las SSTS, 1ª, 5.12.2007 (JUR 361346); 17.10.2007 (RJ 7307); 4.10.2007 (RJ 6797); 14.9.2007 (RJ 5307); 23.7.2007 (RJ 4702); y 20.6.2007 (RJ 3861). Sin embargo, esta línea jurisprudencial convivió con otra –ahora abandonada– que GÓMEZ POMAR (2007, p. 29) identifica: “[a]sí, según la postura tradicional del Tribunal Supremo, si el contratante incumplidor (...) había hecho algo en la realización de la prestación, entonces el cumplimiento ya sería calificable de parcial y procedería la moderación”.

El TS ha recordado en diversas ocasiones que el hecho que la pena resulte desproporcionada o abusiva es irrelevante a efectos de la moderación⁶. La consolidación de esta postura se vio atacada por pronunciamientos del Alto Tribunal que siguen los postulados de la STS, 1ª, 5.11.1956 (RJ 3805), por ejemplo las SSTS, 1ª, 1.10.1990 (RJ 7460); y 26.12.1990 (RJ 10374).

La STS, 1ª, 5.11.1956 (RJ 3805): “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”.

Históricamente los sistemas jurídicos latinos no permitían la rebaja judicial de la pena por razones de equidad, en contraposición a los sistemas germánicos. El § 343 BGB adopta el principio de mutabilidad de la pena: “[i]st eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie

⁵ POTHIER (1993, p. 213).

⁶ Entre otras, SSTS, 1ª, 29.11.1997 (RJ 8441); y 13.7.1984 (RJ 3981).

*auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden (...)*⁷. No obstante, el § 348 HGB excepciona en Derecho alemán este principio para los contratos mercantiles, la cual no podrá ser reducida⁸. Por su parte, el art. 163-3 del *Code des obligations* suizo también: “[l]e juge doit réduire les peines qu’il estime excessives”⁹. Hay una diferencia: en Derecho alemán la moderación opera a instancia de parte y en Derecho suizo de oficio.

El *Code Civil* napoleónico (1804) en su art. 1152 fijaba la inmutabilidad de la pena: “[l]orsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre”¹⁰. El Código Civil italiano de 1865 brindaba en su art. 1230 idéntica solución. Sin embargo, tras la reforma del *Code Civil* de 1985 y la aprobación del Código Civil italiano de 1942¹¹ tanto el ordenamiento francés como el italiano fueron reformados, de manera que ambos permiten la disminución de la pena por el juez si ésta es manifiestamente excesiva. El Código Civil portugués de 1966 en su art. 812 posibilita igualmente la rebaja judicial de la pena por razones de equidad: “[a] pena convencional pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva”.

Asimismo, el art. 9:509 (2) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) establece la moderación de la cláusula penal excesiva en relación con la cuantía del daño efectivo:

*“[T]he specified sum 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”*¹².

En consecuencia, el Derecho español es el único ordenamiento latino¹³ que no ha dado entrada a la equidad como motivo para la reducción de la pena convencional. En caso contrario, la cláusula

⁷ “En el caso de que una pena sea desproporcionadamente alta, podrá ser reducida por sentencia a la cantidad adecuada, a instancia del deudor”.

⁸ “Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt” (“Una cláusula penal, pactada por un empresario en el ejercicio de su actividad, no podrá ser reducida en aplicación del § 343 del BGB”).

⁹ “El juez debe reducir las penas que estime excesivas”.

¹⁰ “Cuando la convención establezca que el que la incumpla pague una cierta suma a título de indemnización, no puede concederse a la otra parte una cantidad mayor o menor”.

¹¹ Art. 1384 Codice Civile: “La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”.

¹² “[D]icha 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”.

¹³ Según señala SANZ VIOLA (1994), en Bélgica no ha habido reforma legal alguna, pero la jurisprudencia considera nulas las penas convencionales exorbitantes por ser contrarias al orden público.

penal habría perdido su función coercitiva, pues la rebaja judicial conduciría a la imposición de penas menores que las previstas por las partes.

En Derecho civil navarro, incluso la [Ley 518 del Fuero Nuevo](#) establece expresamente que “la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”.

En España parte de la doctrina, JORDANO FRAGA (1992, pp. 199 y 200) y RODRÍGUEZ TAPIA (1993, pp. 582-584), se ha pronunciado a favor de la revisión judicial de la pena por razones de equidad. El primero de ellos sostiene que la finalidad del art. 1154 CC es corregir todas aquellas cláusulas penales abusivas o desproporcionadas, incluso en caso de incumplimiento total, ya que la alusión al incumplimiento parcial o irregular que hace el precepto es a título ejemplificativo. RODRÍGUEZ TAPIA coincide con la postura de JORDANO FRAGA y señala que “es [la] desproporción el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena”.

Contra la moderación de la pena convencional basada en la equidad la doctrina esgrime el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y que el contrato es ley entre las partes (arts. 1091 y 1258 CC). Entre otros, MAS BADÍA (1995, p. 212) se opone a cualquier aplicación analógica del art. 1154 CC a supuestos distintos del incumplimiento parcial.

3.3. Otras vías para la moderación de la pena

a. El art. 1103 CC

El art. 1103 CC¹⁴ es empleado como fundamento legal para aquéllos que apuestan por la facultad moderadora del juez al margen del incumplimiento parcial, ya que permite al juez moderar la responsabilidad procedente de negligencia. Obviamente, esta vía impide la moderación en caso de dolo o mala fe.

La jurisprudencia ha aplicado muy excepcionalmente este artículo para moderar la pena convencional, aunque contamos con dos ejemplos: la STS, Sala Contencioso-Administrativa, 15.12.1978 (RJ 4609); y la STS, 1ª, 19.2.1990 (RJ 700). Esta vía sí que goza de cierta aceptación entre la doctrina, a pesar de que supone la aplicación de una regla general sobre el incumplimiento contractual, prescindiendo de la voluntad de las partes. Esta extensión del art. 1103 CC encuentra su apoyo principal en la referencia que realiza el propio precepto a “toda clase de obligaciones”. Así, DÍAZ ALABART (1988, pp. 1215-1216) y LACRUZ (1990, p. 533) acogen esta tesis. También DÁVILA GONZÁLEZ (1992, p. 473), dada la ausencia de prohibición de alteración de la pena pactada, a diferencia de lo ocurría en el ya derogado art. 1152 del Código Civil francés.

¹⁴ “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

b. El art. 1.258 CC

El art. 1258 CC¹⁵ es invocado por entender que la imposición de penas excesivas o desorbitadas es de mala fe, tal y como hace SANTOS BRIZ (2000, pp. 296-297), pero el principio de buena fe se predica de la ejecución de las obligaciones, no de su estipulación. Es por ello que, acertadamente, QUESADA GONZÁLEZ (2003, p. 45) rebate esta postura argumentando que si en nuestro ordenamiento la fijación de la pena convencional es libre, no puede ser contrario a la buena fe reclamar la totalidad de su importe, con excepción de los contratos de adhesión celebrados por consumidores. En estos supuestos el juez puede *ex arts. 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (BOE núm. 287, 30.11.2007) declarar la nulidad de la cláusula por abusiva y moderar los derechos y obligaciones de las partes.

c. Inexistencia o ilicitud de causa

El argumento del enriquecimiento injusto o sin causa a favor del acreedor en caso de una pena convencional excesiva no encuentra acomodo en la doctrina. Aunque este exceso de la pena no está justificado por su función genérica de garantía, sí lo está por la función coercitiva que unánimemente se le atribuye. La jurisprudencia rechaza el argumento del enriquecimiento injusto, así lo hace en las SSTs, 1ª, 19.2.1985 (RJ 1985); y 26.12.1990 (RJ 10374).

d. Abuso de derecho

El art. 7.2 CC ha sido invocado para lograr la minoración de penas convencionales desorbitadas. MAS BADÍA (1995, p. 237) se muestra a favor. Ahora bien, el TS no ha estimado la alegación del abuso de derecho para disminuir una pena convencional superior al valor del daño en dos ocasiones: las SSTs, 1ª, 26.12.1990 (RJ 10374); y 4.2.1991 (RJ 704).

e. Cláusula *rebus sic stantibus*

RUIZ VADILLO (1975, p. 411) sostiene que puede desprenderse de la interpretación del contrato que la cláusula penal no pudo abarcar un acontecimiento determinado por su carácter imprevisible. En tal caso, cabría elevar o disminuir la pena convencional si concurren los otros requisitos jurisprudenciales para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

“a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción

¹⁵ “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones” STS, 1ª, 25.1.2007, FD 3º (RJ 592).

QUESADA GONZÁLEZ (2003, p. 47) admite la viabilidad teórica de aplicación de esta cláusula, pero advierte sobre la escasa probabilidad de que concurran los requisitos mencionados. La STS, 1ª, 17.3.1986 (RJ 1256) no hace alusión expresa a dicha cláusula, aunque suele citarse como ejemplo de su aplicación porque el Alto Tribunal anuló la cláusula penal estipulada “por no responder ya a la realidad de lo libremente convenido”.

3.4. La solución del Derecho estadounidense

El Derecho estadounidense, al igual que el resto de ordenamientos de *Common Law*, no permite la moderación de la pena, sino que distingue entre las *liquidated damages clauses* y las *penalty clauses*. Las primeras son válidas, pero las segundas son anuladas por los tribunales, porque consideran que el acreedor no puede acudir a instrumentos de coerción para obtener el cumplimiento.

Para valorar si la estipulación de una suma de dinero para el caso de incumplimiento constituye una *penalty clause*, los tribunales no realizan un juicio de equidad, sino de razonabilidad. Así, el *Restatement of Contracts, Second*, § 356 (1) requiere para que la suma pactada sea exigible que su cuantía sea razonable *ex ante* (en el momento de contratar) o *ex post* (en el momento del incumplimiento), sin perder de vista la dificultad de cuantificar el daño:

“*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss*”¹⁶.

De este modo, un daño fácilmente liquidable estrecha la orquilla de la cantidad exigible bajo una *liquidated damages clause*. A su vez, un daño difícil de valorar blindo la autonomía de voluntad de las partes.

El *Uniform Commercial Code*, en su § 2-718(1), brinda una solución idéntica, la cual permite a la parte que sufre el incumplimiento obtener una compensación superior al daño efectivo siempre y cuando ésta fuera razonable *ex ante*.

3.5. Análisis económico de la moderación judicial de la pena

La literatura económica ha apuntado dos razones a favor de la revisión judicial de la pena (GÓMEZ POMAR, 2007, p. 28). En primer lugar, el control judicial de la cláusula penal evita su utilización como barrera de entrada frente a futuros competidores. En segundo lugar, la

¹⁶ “Las partes pueden acordar la liquidación de los daños por incumplimiento en una cantidad razonable a la luz de pérdidas anticipadas o efectivas y de su dificultad de prueba”.

intervención judicial sortea un exceso ineficiente de señalización contractual en entornos de información asimétrica entre las partes¹⁷.

4. Conclusiones

El pronunciamiento contenido en la STS, 1ª, 17.10.2007 (RJ 7307) contribuye a consolidar una línea jurisprudencial ya establecida en torno a la interpretación restrictiva del art. 1154 CC. El TS entiende que debe realizarse una interpretación literal de dicho precepto y sólo debe permitirse la moderación judicial de la pena en caso que se haya producido el cumplimiento parcial o irregular.

El TS no ha dado un giro que permita, como ocurre en la mayoría de sistemas jurídicos, la moderación judicial de la pena convencional por razones de equidad si ésta es excesiva. Así, en el supuesto de hecho resuelto por la Sentencia comentada, la esposa deudora está obligada a entregar a su ex marido 72.211,60 € por haber retrasado el abandono del hogar conyugal dos años y tres meses. Esta pena convencional podría parecernos excesiva o desorbitada, pero no admite rebaja alguna por este motivo. Por otro lado, atendiendo a criterios de mercado, la pena de 90,15 €/día tampoco es necesariamente excesiva, en función claro está de las características de la vivienda.

5. Tabla de sentencias

Sentencias del Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 5.11.1956	RJ 3805	-
1ª, 11.3.1957	RJ 751	-
1ª, 21.2.1969	RJ 967	Manuel Taboada Roca
1ª, 20.11.1970	RJ 4825	José Beltrán de Heredia y Castaño
Sala Contencioso-Administrativa, 15.12.1978	RJ 4609	Félix Fernández Tejedor
1ª, 30.6.1981	RJ 2622	Antonio Sánchez Jáuregui
1ª, 13.7.1984	RJ 3981	José Beltrán de Heredia y Castaño
1ª, 19.2.1985	RJ 816	Jaime De Castro García
1ª, 17.3.1986	RJ 1256	Antonio Fernández Rodríguez
1ª, 20.10.1988	RJ 7592	Adolfo Carretero Pérez
1ª, 19.2.1990	RJ 700	Ramón López Vilas
1ª, 1.10.1990	RJ 7460	Jaime Santos Briz
1ª, 26.12.1990	RJ 10374	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 4.2.1991	RJ 704	Matías Malpica González-Elípe
1ª, 8.2.1993	RJ 690	José Almagro Nosete

¹⁷ Para un análisis de mayor profundidad, véase EDLIN y SCHWARTZ (2003).

1ª, 12.12.1996	RJ 8976	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 29.11.1997	RJ 8441	Francisco Morales Morales
1ª, 10.5.2001	RJ 6191	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 7.2.2002	RJ 2887	Jesús Corbal Fernández
1ª, 8.11.2002	RJ 9691	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
1ª, 5.12.2003	RJ 8786	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 17.6.2004	RJ 3625	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
1ª, 20.12.2006	RJ 388	Juan García-Ramos Iturralde
1ª, 1ª, 25.1.2007	RJ 592	Clemente Auger Liñán
1ª, 20.6.2007	RJ 3861	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 23.7.2007	RJ 4702	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 14.9.2007	RJ 5307	Clemente Auger Liñán
1ª, 4.10.2007	RJ 6797	Antonio Salas Carceller
1ª, 17.10.2007	RJ 7307	Encarnación Roca Trías
1ª, 5.12.2007	JUR 361346	Clemente Auger Liñán

6. Bibliografía

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) (2006), *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1991), “Comentarios a los artículos 1152-1155 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis DIEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (dir.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.

Javier DÁVILA GONZÁLEZ (1992), *La obligación con cláusula penal*, Montecorvo, Madrid.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993), *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Editor, Barcelona.

Silvia DÍAZ ALABART (1988), “La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 41, núm. 4, pp. 1133-1224.

Luis DIEZ-PICAZO (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, “Las relaciones obligatorias”, 5ª ed., Civitas, Madrid.

Aaron EDLIN y Alan SCHWARTZ (1993), “Optimal Penalties in Contracts”, 78 *Chicago-Kent Law Review*, pp. 33-54.

Fernando GÓMEZ POMAR (2007), “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret* 3/2007 (www.indret.com).

Francisco JORDANO FRAGA (1992), *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencia I del artículo 1504 del Código Civil*, Civitas, Madrid.

José Luis LACRUZ BERDEJO (1990), *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed., Bosch Editor, Barcelona.

María Dolores MAS BADÍA (1995), *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Samuel A. REA Jr. (1998), "Penalty doctrine in contract law", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres.

José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (1993), "Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 2, pp. 511-587.

María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003), "Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional", *Aranzadi Civil* núm. 14/2003.

Jaime SANTOS BRIZ (2000), "Comentario a los arts. 1152 a 1155 CC", en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo 6, Bosch Editor, Barcelona.

Ana María SANZ VIOLA (1994), *La cláusula penal en el Código Civil*, Bosch Editor, Barcelona.

Antonio de Padua ORTÍ VALLEJO (1982), "Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.