

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio y cláusula penal a propósito de la STS de 18 de marzo de 2016

*The unilateral withdrawal by a tenant and the penalty clause concerned the Sentence of the Supreme Court March 18, 2016*

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía  
de la Universidad de La Rioja (UR)

**RESUMEN:** En este trabajo analizamos el desistimiento unilateral del arrendatario de local de negocio y sus consecuencias a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 por la que se establece que, en los arrendamientos de local de negocio, si el arrendatario desiste del contrato antes de su finalización sin que exista cláusula que contemple esta posibilidad y sin que el arrendador acepte el desistimiento, procede el pago de la totalidad de las rentas adeudadas. Considerando, también que al no tratarse de una indemnización de daños y perjuicios, no es posible una moderación judicial de su cuantía.

**ABSTRACT:** This paper analyses the unilateral withdrawal of the tenant of business local and its consequences with regard to the Sentence of the Supreme Court of March 18, 2016 by which states that in leases business premises if the tenant gives up the contract before completion without any clause providing that possibility without the landlord accepts the withdrawal, it must pay all the rents owed. Considering also that since it is not compensation for damages, it is not possible a judicial moderation of the amount.

**PALABRAS CLAVE:** Desistimiento unilateral. Arrendamiento. Cláusula penal. Moderación judicial. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**KEY WORDS:** Unilateral withdrawal. Lease. Penalty clause. Judicial moderation. Supreme Court Case Law.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.— II. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO SEGÚN LA FECHA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—III. LA SENTENCIA DEL TS DE 18 DE MARZO DE 2016: 1. LOS HECHOS. 2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA

**PENAL: 1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154. 4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.**

## I. PLANTEAMIENTO

La cuestión que vamos a estudiar en este artículo ha sido ampliamente debatida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina y se centra en determinar cuáles son las consecuencias en caso de incumplimiento por el arrendatario de su obligación de respetar la duración del contrato; ya sea por el abandono del inmueble, desistimiento, denuncia o terminación y, en todos estos casos, sin traer causa de un incumplimiento por parte del arrendador.

El artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre<sup>1</sup> determinaba, tanto para el arrendamiento de vivienda como de local de negocio, las condiciones en que podía proceder el arrendatario al desalojo del inmueble antes de la fecha fijada para su terminación, lo que se traducía en el reconocimiento de una facultad de desistimiento unilateral no mencionada expresamente como tal en el tenor literal de la ley. El precepto se refería a los supuestos en los que el arrendatario voluntariamente abandonaba el inmueble sin existir la anuencia del arrendador.

En el caso de que tuviera lugar este desistimiento unilateral, el artículo 56 imponía la obligación de notificación por escrito al arrendador o subarrendador así como la de indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta correspondiente al plazo del contrato que quedara por cumplir. Esta última consecuencia se fue matizando por los Tribunales, entendiendo que el arrendador experimentaría un enriquecimiento injusto si, además de la indemnización en los términos indicados, percibiera una renta de un arrendamiento posterior celebrado sobre el mismo inmueble antes de la fecha en que debiera haber concluido el primer contrato. Este segundo arrendamiento podía concertarse gracias a la libre disposición del inmueble obtenida anticipadamente por el desistimiento del arrendatario, siendo sus rentas y la cantidad equivalente a las rentas no satisfechas por el primer arrendatario dos fuentes de ingresos incompatibles entre sí. Por ello, se empezó a considerar que la percepción simultánea de ambas daría lugar a un enriquecimiento injusto del arrendador y para evitarlo, en caso de concertarse este nuevo arrendamiento, la cuantía de la indemnización se reduciría a las rentas que deberían haberse satisfecho hasta la fecha en que comenzase el nuevo contrato<sup>2</sup>.

A diferencia de la LAU 1964, la Ley 24/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, no contiene una regulación expresa sobre esta cuestión. El artículo 4.2 LAU 1994 establece que los arrendamientos de vivienda se rigen por lo dispuesto en el Título II de la presente ley, en su defecto por la voluntad de las partes y, supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil.

Por su parte, el artículo 4.3 LAU dice que los arrendamientos para uso distinto al de vivienda se regirán por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título III de la presente ley y, supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil.

Son escasos los casos en que el derecho común y la legislación especial reconocen un derecho de desistimiento unilateral, entre otros, citamos el artículo 1594 del Código Civil (desistimiento del dueño de la obra en los contratos de ejecución de obra), el artículo 1732 del Código Civil (extinción del mandato por

revocación del mandante o renuncia del mandatario), el antiguo artículo 56 LAU 1964, el artículo 11.2 LAU 1994, así como en la normativa especial en protección de los consumidores y usuarios. En la jurisprudencia se ha venido admitiendo la existencia de esta facultad unilateral en favor de ambos contratantes, solo en contratos de trámite sucesivo en los que no se hubiera fijado plazo de duración con la finalidad de evitar una vinculación perpetua.

## II. EL DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO SEGÚN LA FECHA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Para determinar la viabilidad legal de la facultad de desistimiento del arrendatario hay que conocer la fecha del contrato de arrendamiento en cuestión ya que en función de la misma resultará operante la LAU de 1964, el Real Decreto Ley 2/1985, la LAU de 1994 para contratos celebrados antes del día 6 de junio de 2013 o la Ley 4/2013 para contratos celebrados con posterioridad a esa fecha.

1. Desistimiento unilateral en los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a 1 de enero de 1995. Estos contratos de arrendamiento, sean de vivienda o de uso distinto, continúan rigiéndose por el artículo 56 de la LAU de 1964. En dicho precepto se prevé el vencimiento anticipado del contrato en base a estos requisitos:

- a) El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento en cualquier momento, preaviso al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación.
- b) Abonar una indemnización al arrendador o subarrendador cuya cuantía es la equivalente a indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.

2. Desistimiento unilateral en contratos de arrendamiento celebrados entre el 1 de enero de 1995 y el 6 de junio de 2013. Para estos contratos continúa aplicándose el artículo 11 de la LAU de 1994, en la redacción dada con anterioridad a la reforma de la Ley 4/2013. En este sentido los requisitos para que el arrendatario pueda resolver de forma anticipada el contrato de arrendamiento son los siguientes:

- a) Solo se admite el desistimiento en contrato con una duración superior a cinco años y una vez haya transcurrido ese plazo.
- b) El preaviso al arrendador es de dos meses, debiéndose acreditar la recepción de esta comunicación mediante la utilización de la vía notarial o el burofax.
- c) Resulta lícito pactar una indemnización a cargo del arrendador de un mes de renta por cada año en vigor que reste por cumplir y para períodos inferiores la parte proporcional. Si se ha estipulado una cláusula de vencimiento anticipado sin ningún tipo de cláusula penal, la jurisprudencia tiene declarado que el arrendador puede tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios.
- d) En los contratos de arrendamiento inferiores a cinco años, la ley no contempla la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato por parte del arrendatario y le hace someter su conducta a la obligación del cumplimiento de los contratos. De esta forma, se produce un incumplimiento contractual pues el arrendatario tiene la obligación de cumplir con las

obligaciones pactadas y surgiría un derecho del arrendador a ser indemnizado de conformidad con los artículos 1101, 1124, 1256 y 1556 y otros concordantes del Código Civil. Para los contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda rige la libertad de pactos de conformidad con el artículo 4.3 de la LAU de 1994.

3. Desistimiento unilateral en los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 6 de junio de 2013. La redacción actual del artículo 11, dada por la Ley 4/2013, posibilita el vencimiento anticipado del contrato de arrendamiento de viviendas siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El arrendatario podrá desistir del contrato con independencia de la duración mínima legal que establece el artículo 9 de la LAU, una vez transcurridos seis meses desde la formalización del contrato.
- b) El preaviso al arrendador es de treinta días.
- c) El legislador remite al principio de autonomía de la voluntad para determinar o no el derecho de una indemnización a favor del arrendador y una obligación a cargo del arrendatario. Sin embargo, el precepto sí fija la cuantía máxima de esta indemnización que se calculará en función de computar una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.
- d) De esta forma, las partes no pueden pactar una indemnización cuya cuantía supere este máximo legal, pues esta cláusula sería declarada nula por vulnerar las garantías que tiene el arrendatario en virtud del artículo 6 de la LAU de 1994: «Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice».
- e) En cuanto a los contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda, hay arrendatarios de local de negocio que pretenden aplicar dicho artículo 11 para desistir de su contrato, intentando desligarse del mismo sin pagar indemnización, al no haberse estipulado en el contrato. Pero estos arrendamientos se rigen por lo pactado entre las partes en el contrato y si no se ha pactado nada, habría que acudir a lo establecido en la Ley y supletoriamente al Código Civil.

Si nos basamos en la redacción del artículo 11, vemos que se refiere al derecho de desistir para los contratos de alquiler de vivienda, no diciendo nada para los de uso distinto. Por lo tanto, hay que acudir a lo establecido en el Código Civil (entre otros 1101, 1124 y 1156) y, según estos preceptos, si un arrendatario desiste anticipadamente del contrato de arrendamiento distinto de vivienda de forma unilateral y en el propio contrato no viene pactado nada al respecto, el arrendador podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios. La problemática en estos casos es su cuantificación económica. A diferencia de la LAU 1964, que establecía una indemnización equivalente a la totalidad de las rentas que quedaran por cumplir, la LAU no contiene una regulación expresa, por lo que ya no cabe exigir la totalidad de las rentas, sino que la indemnización se fijará teniendo en cuenta los perjuicios concretos que le ha supuesto a cada propietario esa resolución unilateral, recayendo la justificación de los mencionados perjuicios en el arrendador lo que conlleva muchos problemas de prueba.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2016

#### 1. LOS HECHOS

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia de 18 de marzo de 2016 por la que establece que, en los arrendamientos de local de negocio, si el arrendatario desiste del contrato antes de su finalización sin que exista cláusula que contemple esta posibilidad y sin que el arrendador acepte el desistimiento, procede el pago de la totalidad de las rentas adeudadas. Considerando, también que al no tratarse de una indemnización de daños y perjuicios, no es posible una moderación judicial de la cuantía.

La demanda se interpuso por un arrendador contra su arrendatario de un local para uso distinto de vivienda, que se inició el 1 de julio de 2006 y finalizaba el 30 de junio de 2011 (cinco años).

En procedimiento de juicio ordinario, la arrendadora del local pedía en su demanda que se declarase la subsistencia del contrato de arrendamiento de un local de negocio y se condenase a la parte demandada a continuar dando cumplimiento a las estipulaciones del contrato, y por tanto que los arrendatarios quedasen obligados al pago de las rentas que se han devengado, y todas las que se devenguen durante la tramitación de la sentencia.

La parte demandada se opuso a la demanda y planteó reconvención solicitando que el contrato se declarase resuelto, con efectos de 30 de junio de 2009, por incumplimiento de la arrendadora, incumplimiento alegado por haberse iniciado obras en la calle donde se situaba el local, las cuales fueron de larga duración y dificultaban el acceso, pero que verdaderamente no impedían el ejercicio de la actividad comercial.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, al considerar que las demandadas habían entregado las llaves del local y la arrendadora lo había tenido a su disposición, pudiendo haber dispuesto del local en cuestión y condenándolas a pagar, solidariamente las rentas adeudadas de siete mensualidades, ejerciendo la facultad moderadora. También desestima la reconvención al considerar que no había acreditado ningún incumplimiento por parte de la arrendadora.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial estimó el recurso revocando la sentencia de Primera Instancia y condenando a las demandadas (arrendatarias) al pago de la totalidad de las rentas que las demandadas dejaron de abonar hasta la terminación según contrato de arrendamiento.

Considera que no procede la moderación en cuanto a la suma indemnizatoria solicitada por impago de las rentas, pues no es de aplicación el artículo 1154 del Código Civil, ni nos hallamos ante una responsabilidad que proceda de un incumplimiento negligente del artículo 1103 del Código Civil.

Asimismo argumenta que el hecho de que la arrendadora tuviera el local a su disposición desde agosto de 2009 y pudiera arrendarlo no significa seguridad de que se encuentre algún interesado que lo arriende en condiciones similares a las pactadas con las arrendatarias y, en todo caso, corresponde a las arrendatarias acreditar que el arrendador pudo arrendar y no lo hizo, sin que se haya probado tal extremo.

Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, es desestimado por el pleno de la Sala.

## 2. DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Los arrendatarios demandados interpusieron recurso de casación por considerar infringidos los artículos 1124, 1101, 1103 y 1106 del Código Civil y existir interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de las sentencias de 8 de junio de 1996 y 17 de julio de 2002, que sientan el principio de que el lucro cesante ha de probarse; también cita la sentencia de 9 de abril de 2012 que en un supuesto similar reconoce abiertamente la posibilidad de moderación de la indemnización de los perjuicios con base en que los daños y perjuicios en que consiste el lucro cesante son daños y perjuicios de carácter patrimonial que deben ser indemnizados en caso de incumplimiento contractual con arreglo al artículo 1106 del Código Civil, que tal perjuicio debe ser probado y que la fijación de este tipo de indemnización debe abordarse por los tribunales mediante criterios que busquen un equilibrio que huya tanto del rechazo de lucro cesante como de su admisión incondicional sin prueba alguna, pues debe fijarse su cuantía conforme a la prueba mediante un cálculo razonable y atento a todas las circunstancias concurrentes y a las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento.

La recurrente considera que la sentencia impugnada contradice la doctrina señalada al negar la posibilidad de moderar la cuantía de las rentas, sin que resulte admisible el razonamiento de que debió ser el arrendatario el que probara que el arrendador tuvo ofertas concretas para alquilar el local y fueron rechazadas por el mismo para aplicar dicha moderación, sino que atendiendo al material probatorio de autos no existe indicio o prueba que demuestre las dificultades o impedimentos del arrendador en alquilar el local desde que lo tuvo a su entera disposición.

Sobre las consecuencias del desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, cuando ambas partes aceptan la resolución, ha declarado esta Sala en sentencia de 29 de mayo de 2014:

«La sentencia de 9 de abril de 2012 trata de la extinción anticipada del arrendamiento de uso distinto al de vivienda, conforme a la Ley de 1994 y se reclama indemnización por las rentas dejadas de percibir por dicha extinción (desistimiento del arrendatario) anticipada. Recoge la jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 56 de la Ley de 1964. Dice literalmente:

«La jurisprudencia de esta Sala de los últimos años, en la cual se declara que “para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS de 17 de julio de 2002, 27 de octubre de 1992, 8 de julio y 21 de octubre de 1996, entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes (SSTS de 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003, entre otras muchas), y que únicamente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS de 27 de julio de 2006)” (STS de 14 de julio de 2006).».

Las razones que justifican la moderación de la cláusula penal en los casos de desistimiento de la relación contractual arrendataria son, en primer lugar, que esta pretende una indemnización global por incumplimiento total del contrato, a partir del desistimiento, siendo así que la cláusula penal tiene como función, además de la coercitiva, la liquidadora de daños y perjuicios (art. 1152 del CÓ-

digo Civil y sentencias de 26 de marzo de 2009, 10 de noviembre de 2010, 21 de febrero de 2012) y no cabe aplicarla automática y enteramente, cuando consta que es superior a los que se han producido realmente.

Esta doctrina de la Sala, invocada por el recurrente hace referencia a un supuesto de resolución del contrato, aceptada como tal por el arrendador.

En este caso estamos ante una reclamación de cumplimiento del contrato, dado que el arrendador no aceptó la resolución a instancia de la parte arrendataria, ni existió incumplimiento alguno del arrendador que motivara la resolución pretendida por la arrendataria mediante reconvención. En concreto, en la resolución recurrida no se deduce la aquiescencia del arrendador a la resolución, pese a la entrega de llaves por la arrendataria, ya que cuando el arrendador recibió las llaves se opuso expresamente a la resolución unilateral del contrato, mediante burofax remitido al arrendatario.

El interés del caso está en la distinción entre los tres grupos de casos que se han presentado en la jurisprudencia de la Sala. Son los siguientes:

1. Casos en los que existe en el contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de resolver (*rectius*: desistir unilateralmente) el contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una determinada cantidad de dinero (multa penitencial) (sentencias de 23 de diciembre de 2009, 6 de noviembre de 2013, 10 de diciembre de 2013, y 29 de mayo de 2014).

2. Casos en los que dicha cláusula no existe y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (sentencia de 26 de junio de 2002). Es el caso que ahora analizamos.

3. Casos en los que dicha cláusula tampoco existe pero el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento y el arrendador acepta o acaba por aceptar la resolución del mismo reclamando indemnización de los daños y perjuicios provocados por la resolución (sentencia de 9 de abril de 2012).

La sentencia considera que estamos ante un caso del grupo segundo, razón por la que niega que proceda moderación en la indemnización de daños y perjuicios, pues lo solicitado y concedido no fue una indemnización sino el pago de las rentas adeudadas, al promover el demandante (hoy recurrente), exclusivamente, el cumplimiento del contrato (art. 1124 del Código Civil), unido a que no se aceptó la resolución ni se pactó cláusula penal que permitiese la moderación.

Por tanto, se desestima el recurso de casación, «dado que se condenó al arrendatario al pago de las rentas que se devengaren hasta el término del contrato», sin que conste que el arrendador volviese a alquilarlo, pronunciamiento coherente con la petición de cumplimiento del contrato.

La petición del demandante (arrendador) no excede de los límites de la buena fe, pues si el arrendatario vió mermados sus ingresos por las obras de la calle (como se presume en la sentencia recurrida), también lo debieron ser las posibilidades de obtener un nuevo arrendatario para el arrendador, todo ello por unas obras ordenadas por el Ayuntamiento y que, por tanto, no estaban bajo el dominio del arrendador.

En cualquier caso, el arrendatario no probó que el arrendador volviese a arrendar el local (como se declara en la sentencia recurrida) o que obstruyese

la posibilidad de hacerlo. En concreto se declara en la sentencia recurrida: «No hay prueba alguna de que el demandante desistiese de la firma de un nuevo arrendamiento pese a tener una oferta cierta, real y concreta de arrendarlo».

#### IV. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

##### 1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN

Una de las cuestiones sobre la cláusula penal que mayor interés ha despertado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la moderación de la pena. Su fundamento central es el artículo 1154 del Código Civil dice: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Nuestro Código Civil pese a ser de ámbito latino no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de moderación de la pena excesiva<sup>3</sup> con base en la equidad, sin que haya precepto equivalente al artículo 1152 del Code francés: las partes tienen libertad para establecer la cuantía de la pena, sin necesidad de ajustarse a la de los daños efectivamente causados por el incumplimiento<sup>4</sup>. En cambio, en la moderación judicial por incumplimiento parcial de la obligación principal el artículo 1154 del Código Civil sigue el modelo francés.

Precisamente la naturaleza de la cláusula penal presidida por el principio de autonomía de voluntad de las partes para establecer las modificaciones de la responsabilidad contractual que deseen dentro de los límites legales, nos lleva a entender que la intervención del juez para moderar debe ser restringida a los supuestos contemplados en el artículo 1154 del Código Civil, es decir, a los casos de cumplimiento parcial o irregular, sin que corresponda hacer una interpretación extensiva de dicho precepto<sup>5</sup>.

Siguiendo la línea de restringir la actuación judicial en esta materia propia de los Códigos cercanos al francés, debemos dejar claro que el artículo 1154 del Código Civil no es un cheque en blanco para que el juez discrecionalmente modere la cláusula penal en los casos que le parezca injusta. Para que la moderación sea conforme a derecho tiene que cumplir dos requisitos: que haya existido un cumplimiento parcial o irregular<sup>6</sup> y que la moderación sea equitativa. Otra cosa es que algunos autores hayan echado en falta la existencia de una facultad similar a la del artículo 1154 del Código Civil para aumentar las penas irrisorias o una regla de carácter general que permita la moderación equitativa de las penas teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Ya hemos visto que el artículo 1154 del Código Civil señala que: «El juez modificará equitativamente la pena». La esencia del precepto radica en que la actuación judicial debe regirse por el principio de equidad lo que obliga a que el resultado obtenido con la moderación sea equitativo para ambas partes. Por lo tanto, puede darse el caso en que, existiendo un cumplimiento parcial de la prestación, si se modera la pena se produzca un resultado faltando a la equidad, supuesto en el que el artículo 1154 del Código Civil no obliga al juez a moderar<sup>7</sup>.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la moderación depende del cumplimiento parcial o defectuoso, no de la buena o mala fe del deudor<sup>8</sup>. Intentando conciliar esta doctrina con la sentada por la STS de 8 de enero de 1945, que señala como una de las circunstancias a considerar en la moderación la intensidad de la culpa del deudor, SANCHO REBULLIDA<sup>9</sup> considera que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta a efectos

de concretar el *quantum* de la moderación, pero no para determinar si esta procede o no.

En mi opinión la moderación de la pena *ex artículo 1154 del Código Civil* no depende de la mala fe del deudor sino de la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, otra cosa es en la línea señalada por SANCHO REBULLIDA, que la buena o mala fe del deudor se tengan en cuenta a la hora de cuantificar la moderación judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso con la finalidad de que la moderación sea equitativa.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR *EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL*

Ya hemos visto que este artículo establece la necesidad de que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal para que quiera moderación judicial de la pena. La posición doctrinal mayoritaria<sup>10</sup> entiende que no cabe la moderación judicial de la pena en los casos de incumplimiento total o si en el cumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena.

En la jurisprudencia del TS destacan dos líneas en cuanto a la aplicación del cumplimiento parcial o irregular que prescribe el artículo 1154 del Código Civil, una que podemos denominar laxa que atiende a las circunstancias del caso concreto y otra más respetuosa con la estricta literalidad del precepto que exige taxativamente el requisito del cumplimiento parcial o irregular para que tenga lugar la moderación judicial, ambas posturas aparecen claramente descritas en la STS de 5 de julio de 2006, la cual contempla un contrato de arrendamiento de inmuebles por una empresa a una compañía aérea. El contrato incluye una penalización por el incumplimiento contractual de la arrendataria junto con unos intereses de demora desde la fecha de presentación de la demanda. Está claro el incumplimiento de la compañía aérea que abandonó el local antes del plazo estipulado en el contrato sin abonar las rentas correspondientes al tiempo restante del contrato, lo que es discutible es si cabe la moderación de la pena resultante de dicho incumplimiento. Tanto en primera instancia como en la Audiencia se considera que cabe la moderación y el TS en esta sentencia y siguiendo una de las líneas jurisprudenciales<sup>11</sup> antes mencionadas también considera que cabe la moderación atendiendo a las circunstancias del caso «para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto y consiguiente enriquecimiento injusto». Añade transcribiendo un pasaje de la STS de 3 de febrero de 2002 que «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario, y por eventos de la vida le resulta imposible o muy difícil continuar en la relación contractual».

En la misma línea citamos la STS de 4 de octubre de 2007<sup>12</sup> que restringe el rigor de la doctrina que impide moderar las penas cuando se incumple totalmente la obligación, atendiendo a si se trata de un incumplimiento absoluto o parcial y, sosteniendo que puede relativizarse, atendiendo al conjunto de la obligación.

La otra línea jurisprudencial que es la predominante y por la que me inclino, exige para que proceda la moderación que se haya producido un cumplimiento parcial o irregular. Son muchas las sentencias que siguen esta línea, entre otras la

STS de 15 de octubre de 2008 que considera que el artículo 1154 es inaplicable en los casos de incumplimiento total<sup>13</sup> y en los supuestos en los que el cumplimiento defectuoso o irregular es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como ocurre en los casos de cláusula penal en que se prevé precisamente una sanción para la mora de alguna de las partes con subsistencia del contrato<sup>14</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 15 de febrero de 2012: «Constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total».

Esta tendencia jurisprudencial ha sido tachada por la STS de 5 de julio de 2006 antes analizada como «criterio rigorista de estricta literalidad». Considero que la línea favorable al examen de las circunstancias del caso no es aceptable porque no es respetuosa con el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil y porque generaría una gran inseguridad para los contratantes que tendrían que esperar en cada caso cuál es «la consideración de las circunstancias» que considera oportuna el TS para saber cuál va a ser la solución del litigio. Si queremos ponderar las circunstancias del caso que hacen la pena desorbitada, nos bastaría con aplicar el artículo 1103 del Código Civil que expresamente lo permite, teniendo en cuenta que para poder apreciar esas circunstancias tienen que tener una entidad tal que, de no hacerlo, la equidad quede gravemente dañada.

#### *A) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014*

Esta sentencia fija doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena pactada para el caso de desistimiento unilateral de las partes cuando la cláusula penal se declara abusiva y resuelve un recurso de casación que dimana de un procedimiento en el que una empresa de ascensores solicitó la condena de la parte demandada a abonar el importe previsto en la cláusula penal contenida en un contrato de mantenimiento de ascensores por la resolución unilateral del mismo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que el contrato contenía cláusulas abusivas que comportaban la nulidad de las mismas determinando la improcedencia de la pretensión indemnizatoria con sustento en dichas cláusulas.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz pese a mantener el carácter abusivo de dichas cláusulas y sobre la base de la integración del contrato y de las facultades de moderación que establece la legislación de consumidores, estimó parcialmente la demanda y condenó a la comunidad de propietarios al pago de una indemnización.

El Tribunal Supremo anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

La cuestión de fondo planteada se refiere al alcance de la nulidad de la declaración de abusividad de la pena convencional pactada para el caso de desistimiento unilateral de alguna de las partes y, en particular, sobre la facultad de moderación equitativa de la pena.

Al respecto, la Sala considera que la aplicación de la facultad judicial de moderación equitativa de la pena debe ser valorada en este caso en el ámbito del particular régimen de ineficacia contractual que se deriva de la nulidad de una cláusula declarada abusiva en el marco de la contratación bajo condiciones generales, régimen que encuentra su fundamento de aplicación tanto en lo dis-

puesto por la legislación de consumidores y de condiciones generales a tal efecto, como en la propia naturaleza del fenómeno jurídico de las condiciones generales, como un modo de contratar, claramente diferenciado de la naturaleza y régimen del paradigma del contrato por negociación.

El Tribunal señala que esta función comporta un juicio de eficacia de la relación contractual conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción de enriquecimiento injustificado por alguna de las partes.

Y en base a este criterio, la Sala concluye que no procede la concesión de indemnización a favor del predisponente con fundamento tanto en el juicio o valoración causal de la eficacia contractual, en donde la indemnización pretendida no encuentra asidero en los parámetros de ponderación aplicables, ya en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, o bien, en aras a la sanción de enriquecimiento injustificado del adherente, como en la propia imposibilidad de moderar directamente el contenido de la cláusula declarada abusiva.

El régimen de moderación judicial de la cláusula penal establecido en el artículo 1154 del Código Civil se aplica en aquellos casos en que la obligación principal fuere parcial o irregularmente cumplida, pero no se extiende a los supuestos en que por configuración contractual se haya pactado como indemnización en caso de desistimiento unilateral por alguna de las partes. En estos casos, la moderación judicial queda excluida y «la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse. Todo ello acorde con el principio dispositivo de las partes».

Finalmente, el Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta, sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada.

#### *B) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014*

Como estamos viendo, la jurisprudencia del TS reciente es clara en el sentido de afirmar que el juez puede moderar la pena en el caso de que no se produzca exactamente el incumplimiento o evento previsto en el contrato, pero no podrá hacerlo para moderar el importe de la pena cuando el supuesto de hecho previsto en el contrato haya ocurrido exactamente, dado que este último aspecto se rige por la autonomía de voluntad de las partes.

En este sentido se pronuncia la STS de 3 de diciembre de 2014, las razones de la sentencia recurrida para considerar procedente la moderación consisten, únicamente, en que el aplazamiento del pago del precio total hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública suponía que la incomparecencia del comprador a dicho acto y la consiguiente falta de pago del precio restante debía valorarse como un incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, lo

que por sí solo, considera que amparaba el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 1154 del Código Civil.

Menciona la sentencia de 14 de junio de 2006 la cual manifiesta «que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que como afirma la doctrina, la finalidad del referido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido (sobre ello las sentencias de 15 de octubre de 2008, de 26 de marzo de 2009, de 1 de junio de 2009 y de 31 de marzo de 2010, entre otras)».

Pues bien, la sentencia de apelación no aplica correctamente esta doctrina. La cláusula penal se insertó en el contrato de compraventa en virtud de la autonomía de la voluntad que informa el derecho de la contratación conforme al artículo 1255 del Código Civil, con una doble función punitiva y liquidatoria, según autoriza el artículo 1152, para garantizar el cumplimiento de la obligación principal que no era otra que la de poner en vigor aquel y eximir a la parte favorecida por ella de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos. Y su aplicación resulta en contra de quienes, como los compradores desistieron de forma unilateral y sin justa causa de los contratos de compraventa suscritos negándose a otorgar las escrituras públicas de compraventa y abonar el resto del precio pendiente, que eran precisamente los supuestos de hecho que habilitaban la cláusula penal, con lo que tales obligaciones fueron incumplidas totalmente.

Como en el caso analizado por la sentencia citada, tampoco en el presente caso la sentencia recurrida reparó en que la cláusula penal se pactó libremente por las partes, con doble función punitiva y liquidadora de los daños y perjuicios que se ocasionaran al vendedor, precisamente para el supuesto de que la causa de los mismos estuviera en que los compradores desistieran unilateralmente y sin razón que lo justificase de sus obligaciones contractuales esenciales (es decir, de la obligación de escriturar y pagar en ese momento el precio restante) actuación de los compradores que entrañó un incumplimiento que cabía subsumir en el supuesto de hecho para el que se había establecido la cuestionada penalización, la cual, debía aplicarse en toda su extensión sin que hubiera lugar a moderación. Por tanto, no procedía estimar la pretensión formulada en la demanda con tal propósito, toda vez que la estipulación amparaba a la vendedora para retener íntegramente las sumas percibidas.

### 3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154

En mi opinión la moderación del artículo 1154 es imperativa para el juez siempre que se cumplan los dos requisitos que antes hemos analizado: cumplimiento parcial o irregular y pleno respeto a la equidad<sup>15</sup>. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012 dice: «El artículo 1154 obliga a moderar la pena de forma imperativa al decir que el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, afirmando en su interpretación la sentencia 79/2002, de 7 de febrero que el artículo 1154 prevé la moderación con

carácter imperativo y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia 300/2011, de 4 de mayo en contraposición con el carácter potestativo que se había incorporado al artículo 1805 del Proyecto de 1851 cuando decía: el juez puede modificar equitativamente la pena estipulada». La imperatividad puede también colegirse de la invocación a la equidad que se contiene en el precepto<sup>16</sup>.

En cuanto a si las partes pueden acordar válidamente la no aplicación del artículo 1154 del Código Civil, autores como MÁS BADÍA<sup>17</sup> y DÍAZ ALABART<sup>18</sup> entienden que la respuesta debería ser afirmativa. En un sistema en el que se permite el pacto válido de una pena cumulativa, en la que por definición se acuerda que ante el incumplimiento en base al artículo 1255 del Código Civil, el deudor está obligado a pagar una mayor cuantía de la de los daños causados, no hay razón para prohibir la exclusión de la moderación del artículo 1154, el cual no dice expresamente ni con nuestra regulación de la cláusula penal tendría sentido que lo dijera, que no es admisible el pacto en contra.

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>19</sup> han señalado que es una norma imperativa, por lo que cualquier pacto en contrario sería nulo, es cierto también que los autores parten de la idea de que, aunque nada se diga expresamente, la pena se pacta siempre para supuestos de incumplimiento absoluto, por lo tanto si el incumplimiento producido no lo es, cabe la moderación en base al principio de equidad. Ahora bien, al igual que se puede pactar una cláusula moratoria, cuya naturaleza hace que todo incumplimiento sea total y por lo tanto que el artículo 1154 no sea aplicable, también se puede pactar una pena para un cumplimiento irregular o parcial y si es este el que se produce no habrá lugar a moderación alguna<sup>20</sup>.

Los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL) también parten de la imperatividad de la facultad de moderación cuando la pena pactada fuese manifiestamente excesiva, y ello a pesar de que hubiera alguna previsión en contra en el contrato.

No dice el artículo 1154 si la moderación que estamos analizando ha de ser a petición de parte lo que concuerda con el principio de justicia rogada o si puede realizarse de oficio por el juez como ocurre en el Código francés o belga. Tanto la doctrina<sup>21</sup> como la jurisprudencia<sup>22</sup> se inclinan por la aplicación de oficio.

Finalmente, como indica la STS de 8 de noviembre de 2002 con doctrina reiterada en la 632/2010, de 5 de octubre, la facultad concedida al juez por este artículo no es susceptible de recurso de casación o lo que es lo mismo no es revisable por el TS por tratarse de un juicio de equidad, lo que ratifica la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012.

#### 4. CRITERIOS DE MODERACIÓN

Ya hemos analizado los que establece el artículo 1154, pero cabe preguntarse si pueden existir otras circunstancias que permitan la moderación judicial. PUIG PEÑA<sup>23</sup> dice que la modificación ha de ser equitativa, debiendo tenerse en cuenta los intereses de ambas partes y el beneficio que haya obtenido el acreedor del cumplimiento parcial o irregular. ALBADALEJO señala que el criterio ha de consistir en reducir la pena en proporción a lo que se cumplió, de modo que calculada la pena total para el incumplimiento total, habría que descontar la parte de pena adjudicable a lo que se cumplió como es debido. Otros criterios podrían ser el grado de culpa del deudor incumplidor o la intensidad del perjuicio que se haya ocasionado.

También podríamos considerar como criterio la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, el cambio no previsible de las circunstancias bajo las que se pactó y afectan directamente al equilibrio del contrato.

El criterio jurisprudencial es que aunque el TS haya dicho que no modera el supuesto de cláusulas penales exageradas, de hecho lo hace en algunas ocasiones<sup>24</sup>. Los Principios Europeos de Derecho Contractual siguen como criterio para moderar que el importe resulte manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento, criterio al que se añade con carácter muy amplio «y a las demás circunstancias», lo que permite tener en cuenta las especialidades que concurren en cada caso.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M. (1993). Comentario al artículo 1154, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él y Silvia Díaz Alabart, tomo XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, pp. 481-489.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1992). Comentario a la STS de 21 de mayo de 1991, *PJ*, núm. 25, marzo.
- (1993). *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del TS*, ed. Bosch, Barcelona.
- BLANCO GÓMEZ, J. J. (1996). *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, ed. Dykinson, Madrid.
- COLOMÉ, L. (2003). La indemnización por desalojo del arrendatario en el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda. *Diario La Ley*, núm. 5749, pp. 1 y sigs.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid.
- DE CASTRO VÍTORES, G. (2009). *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, ed. Dykinson, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S., Comentario al artículo 1103 del Código Civil, en *Comentarios al del Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol 1.º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 475 a 584.
- *La cláusula penal*, colección Derecho Español Contemporáneo, ed. Reus, Madrid, 2011.
- DÍEZ PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución del contrato, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 385-408.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1990). Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990, *CCJC*, núm. 24, pp. 1083-1095.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, pp. 1455-1494.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1998). *Principios de Derecho Civil*, tomo 2, Trivium, 5.º ed., Madrid.
- MASIDE MIRANDA, E. (2006). La cláusula penal, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 427-523.
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2004). *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Bosch.
- O'CALLAGHAN, X. (1995). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *ADC*, vol. 46.

VIVES MARTÍNEZ, G. (2000). *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 8 de enero de 1945
- STS de 26 de diciembre de 1990
- STS de 27 de octubre de 1992
- STS de 15 de junio de 1993
- STS de 28 de febrero de 1995
- STS de 25 de enero de 1996
- STS de 8 de junio de 1996
- STS de 21 de octubre de 1996
- STS de 29 de diciembre de 2000
- STS de 23 de mayo de 2001
- STS de 26 de junio de 2002
- STS de 3 de febrero de 2002
- STS de 17 de julio de 2002
- STS de 8 de noviembre de 2002
- STS de 4 de julio de 2003
- STS de 5 de julio de 2006
- STS de 14 de julio de 2006
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 4 de octubre de 2007
- STS de 15 de octubre de 2008
- STS de 26 de marzo de 2009
- STS de 1 de junio de 2009
- STS de 23 de diciembre de 2009
- STS de 31 de marzo de 2010
- STS de 10 de noviembre de 2010
- STS de 15 de febrero de 2012
- STS de 21 de febrero de 2012
- STS de 9 de abril de 2012
- STS de 6 de noviembre de 2013
- STS de 10 de diciembre de 2013
- STS de 11 de marzo de 2014
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 3 de diciembre de 2014
- STS de 18 de marzo de 2016
- SAP de Barcelona de 30 de abril de 2009
- SAP de Asturias de 23 de enero de 2012

## NOTAS

<sup>1</sup> El artículo 56 LAU 1964: «Durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito

al arrendador o subarrendador con 30 días de antelación por lo menos é indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato quedare por cumplir».

<sup>2</sup> Siguen esta doctrina jurisprudencial las SSTS de 15 de junio de 1993, 25 de enero de 1996, 23 de mayo de 2001, 15 de julio de 2002. Contraria a este criterio es la sentencia de 28 de febrero de 1995 la cual no permitió la reducción de la indemnización por arrendamiento posterior apoyándose en que esta circunstancia no se contempla en la ley, que objetiva la indemnización con independencia de los perjuicios realmente causados.

<sup>3</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012 dice: «Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tutiva de los consumidores, también a diferencia de otros ordenamientos que toleran la modificación de las cláusulas penales excesivas y pese a la tendencia que se expresa en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y en el artículo 9:509 de los Principios Europeos de Derecho Europeo de los Contratos, nuestro sistema actualmente no permite al juez moderar la pena exclusivamente por ser excesiva ya que como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior «la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes».

<sup>4</sup> Solo alguna STS aislada destaca el caso de pena excesiva, pero tratándose de un supuesto de cumplimiento parcial o irregular. La sentencia de 26 de diciembre de 1990 incluso, pese a señalar que la pena es excesiva, la mantiene en virtud del principio de autonomía privada.

<sup>5</sup> La STS de 1 de junio de 2009 no admitió la moderación en un caso en el que no existió ningún tipo de cumplimiento ya que la finalidad del artículo 1154 del Código Civil «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».

<sup>6</sup> La STS de 15 de febrero de 2012 dice: «Según la jurisprudencia de esta Sala, para la aplicación del artículo 1154 del Código Civil, constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total (entre otras SSTS de 3 de octubre de 2005 y 10 de mayo de 2001); y asimismo, con relación al artículo 1103 del Código Civil tampoco procede la moderación equitativa cuando el incumplimiento de la obligación sea completo (por todas STS de 6 de mayo de 2002)».

<sup>7</sup> La STS de 28 de febrero de 2001, después de decir que el artículo 1154 del Código Civil es imperativo, añade que hay que tomarlo «según la equidad, por lo que en base de tal principio podía (el tribunal) haber mantenido lo pactado al respecto (SSTS de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981 o modificarlo, indudablemente a menos....». Por su parte, la STS de 5 de diciembre de 2003 en un caso de moderación de la pena acordada, dice que no procede porque el incumplimiento parcial era el previsto en la cláusula y además porque «el comprador que no ha pagado el precio pactado y que aceptó la cláusula penal poseyó la finca desde 1989, es decir, desde hace 14 años». Con el primer argumento ya está claro que no procede la moderación, pero el segundo deja claro que cualquier tipo de moderación sería contraria a la equidad.

<sup>8</sup> SSTS de 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951; en el mismo sentido se pronuncia DÁVILA GONZÁLEZ en *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992, p. 394.

<sup>9</sup> SANCHO REBULLIDA, F. (1994). La pena convencional en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch, pp. 272-284.

<sup>10</sup> En contra de esta idea existe una posición minoritaria seguida por Francisco JORDANO FRAGA, en *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 199 y sigs., y José Miguel RODRIGUEZ TAPIA, en *Sobre la cláusula penal en el Código Civil, ADC*, tomo XLVI, 1993, pp. 582-584, estos autores consideran que «el dato esencial que determina la aplicación del artículo 1154 no es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, sino la existencia de una desproporción en la pena atendidas las circunstancias del caso concreto. El precepto se refiere al supuesto de incumplimiento parcial, por ser un caso en el que se da normalmente esa desproporción, pero ni todo

cumplimiento parcial o irregular da lugar a la moderación de la pena, ni tampoco está prohibida la moderación en casos de incumplimiento total. Por tanto, también en el caso de incumplimiento total procederá la modificación judicial de la pena si es desproporcionada, abusiva o excesiva.

<sup>11</sup> En la sentencia se citan como pertenecientes a esta línea jurisprudencial las SSTS de 2 de julio de 1984, 15 de junio de 1993, 25 de enero de 1996, 17 de octubre de 1998, 25 de marzo de 1999, 23 de mayo de 2001, 15 de julio de 2002, 11 de noviembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004.

<sup>12</sup> La cual es citada por la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 14 de febrero de 2012.

<sup>13</sup> SSTS de 30 de marzo de 1999, 7 de febrero de 2002, y 8 de octubre de 2002.

<sup>14</sup> SSTS de 10 de mayo de 2001, 7 de febrero, y 8 de octubre de 2002.

<sup>15</sup> La jurisprudencia también ha seguido este criterio en SSTS de 6 de octubre de 1976, 8 de febrero de 1993, 31 de mayo de 1994, 2 de noviembre de 1994. En contra, SSTS de 26 de mayo de 1980, 11 de mayo de 1982, 23 de mayo de 1990, entre otras.

<sup>16</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, pp. 1455-1494.

<sup>17</sup> MÁS BADÍA, M. D. (1995). *La revisión judicial de las cláusulas penales*. Valencia, p. 77.

<sup>18</sup> DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 118.

<sup>19</sup> STS de 211/2009 de 26 de marzo.

<sup>20</sup> STS de 20 de julio de 2005. En el mismo sentido la STS de 29 de diciembre de 2009 considera que no procede la moderación porque el incumplimiento producido era precisamente el supuesto contemplado para la eficacia de la pena.

<sup>21</sup> DÍAZ ALABART, S.: La cláusula penal y las arras en *El contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Judicial., XXI, CGPJ, 1993, p. 297; Cabanillas Sánchez, A.: «Comentario al artículo 1154 del Código Civil» del Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pp. 160 y 161. La postura contraria de que solo cabe moderar a instancia de parte la sigue DÍEZ-PICAZO L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 402 aunque en coautoría con GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, p. 383 se muestra partidario de la aplicación de oficio.

<sup>22</sup> SSTS de 6 de noviembre de 1987, 12 de diciembre de 1996.

<sup>23</sup> PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, tomo III, p. 137.

<sup>24</sup> SSTS de 2 de diciembre de 1988, 1 de octubre de 1990, 28 de septiembre de 2006, 10 de diciembre de 2009.