

1.5. Obligaciones

La cláusula penal y la protección de los consumidores

The penalty clause and the protection of the consumers

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La cláusula penal refuerza la obligación principal, permitiendo al acreedor en caso de incumplimiento, exigir aquella sin necesidad de probar la existencia y cuantía del daño. Cumple una función liquidatoria, además de coercitiva o disuasoria que, coincide con una amplia y compleja tipología de cláusulas que, difieren en su contenido y efectos. Opera en distintos tipos de contratos de tracto sucesivo —como los relativos al servicio de mantenimiento y conservación de ascensores—, planteando problemas de interpretación, aplicación práctica y, especialmente de validez, máxime cuando se trata de un contrato bajo condiciones generales, donde entran en juego los mecanismos de control de transparencia y abusividad. El presente estudio se va a centrar en un análisis de la cláusula penal, su operatividad en la contratación bajo condiciones generales frente a la contratación por negociación y, en la posibilidad o no de su moderación judicial.

ABSTRACT: *The penal clause reinforces the principal obligation, allowing the creditor in case of breach, that one demands without need to prove the existence and quantity of the hurt. A function fulfills indemnification, besides coercive that, it coincides with a wide and complex typology of clauses that they differ in his content and effects. It operates in different types of successive contracts of treatment—as the relative ones to the maintenance and conservation of elevators—, raising problems of interpretation, practical application and, specially of validity, especially when it is a question general conditions as a low contract, where they enter game the mechanisms of control of transparency imbalance. The present study is going to centre on an analysis of the penal clause, his operability on the contracting under general conditions opposite to the contracting for negotiation and, on the possibility or not of his moderation.*

PALABRAS CLAVES: Cláusula penal. Incumplimiento de contrato. Consumidores. Cláusula abusiva. Moderación judicial.

KEY WORDS: *Penalty clause. Breach of contract. Consumer. Disproportionate clause. Moderation*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA CLÁUSULA PENAL: CONCEPTO, FUNCIONES, CARACTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO.—III. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ABUSIVIDAD Y TRANSPARENCIA.—IV. LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En sede de contratación, el contenido del contrato puede ser redactado para ser utilizado por uno de los contratantes —empresario o profesional— en una pluralidad de contratos del mismo tipo, ya sea y principalmente con consumidores, ya sea con otros profesionales. En este caso, salvo en lo que se refiere a las prestaciones esenciales objeto del contrato —consentimiento, objeto (precio) y causa— respecto de las que puede existir cierta negociación, el otro contratante —consumidor— se limita a aceptar las condiciones previamente establecidas. Se habla entonces de contrato de adhesión o de contrato en masa o de contratación por medio de condiciones generales de la contratación. En estos casos, la intervención de la voluntad de quien se adhiere al contrato se limita a su adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional, y respecto de la que no está en condiciones razonables ni de influir ni de negociar. Estamos, entonces, ante un consentimiento puramente formal del clausulado contractual.

En aras de una adecuada protección del consumidor, son varias las fuentes legales existentes: por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), y las disposiciones que la desarrollan. Esta Ley es consecuencia de la Directiva 93/13/CEE, 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores. Junto al régimen legal aplicable a las condiciones generales de la contratación, esta Ley 7/1998 modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a fin de establecer un régimen de protección específico y más intenso, cuando el adherente es un consumidor. Este régimen de protección se encuentra ahora regulado en los artículos 80 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprueba, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). Sin embargo, este régimen no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente (art. 82.1), es decir, predisuestas e impuestas. De forma que, las condiciones generales de la contratación como cláusulas predisuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. El artículo 1.1 de la LCGC dispone precisamente que, son condiciones generales de la contratación: *«las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*. Por lo que, constituyen requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente: 1. La contractualidad: Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que, imponga su inclusión; 2. La predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio

empresario o por terceros, siendo su caracterización no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de contratos de adhesión; y, 3. La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes; de tal forma que, el bien o servicio sobre el que versa el contrato, nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. En todo caso, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; y, tratándose de condiciones generales, se añade además que, se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos o estar destinada a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar de manera uniforme los contratos, que se va a realizar —generalidad—. Por otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y, b) Que el adherente sea un profesional o consumidor. Asimismo, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, y de hecho para el empresario muy probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Otra cosa es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar, son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario.

De este modo, el régimen de la LCGC, por un lado, es más amplio que el del TRLGDCU, puesto que, se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor. Por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado que el del TRLGDCU, pues, solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el TRLGDCU, incluye, además de estos, los contratos particulares que, hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente.

En este contexto, el artículo 82 del TRLGDCU introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato (número 2); y, 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que, ha sido negociada (art. 82.2 párrafo segundo).

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas: 1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que —incluye el control de transparencia— establecen los requisitos previos que, deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (arts. 5 y 7 a 10 de la LCGC y el art. 80.1 del TRLGCU). En relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato; 2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales contienen criterios de interpretación favorables al adhe-

rente (arts. 6 de la LCGC y 80.2 del TRLGDCU); y, 3. Por último, las reglas de control de contenido se dirigen a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley. Nuestro Derecho establece solo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (art. 80 y 82 del TRLGDCU). De forma que, no hay un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino solo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor.

De no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del artículo 7 de la LCGC; y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, exige que el contenido de las mismas responda a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» [art. 80.1 c] del TRLGDCU). Además, el artículo 82.1 establece que: *«se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*; y, por último, se consideran abusivas en todo caso, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido. De calificarse una cláusula de abusiva conlleva la nulidad parcial con integración del contrato, (art. 1258 del Código Civil) o la nulidad total de este. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del TRLGDCU son, en todo caso, abusivas las cláusulas que: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o, f) contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable¹ (CARBALLO FIDALGO, 2013, 96).

Asimismo, el artículo 62.3 del TRLGDCU prohíbe en relación a los contratos «de prestación de servicios o suministros de productos de tracto sucesivo o continuado», plazo de duración excesivos y las cláusulas que excluyan o obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. El mismo precepto garantiza que, el consumidor ha de poner fin al contrato sin ningún tipo de sanción o de carga onerosa o desproporcionada; de modo que, no se admiten ni la pérdida de cantidades abonadas por adelantado ni el abono de cantidades penales fijadas contractualmente, ni la fijación de indemnización que no se corresponde con los daños estrictamente causados. Por su parte, el artículo 82.6 califica de abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que, no cumpla sus obligaciones». También el artículo 87.6 dispone que son abusivas las estipulaciones impuestas unilateralmente por el empresario que, impongan *«obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado»*, entre lo que se incluye la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales, que se hubieran fijado contractualmente o la fijación unilateral de *«indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados»*. El artículo 88 en

esta línea al referirse a las «cláusulas abusivas sobre garantías» señala que «en todo caso se consideran abusivas las cláusulas que supongan: «1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido», si bien excluye de esta regla, presumiendo que no existe desproporción, en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras, que se ajusten a su normativa específica. Por lo que estas normas de protección de consumidores en la medida que se refieren a cláusulas que, imponen una indemnización al consumidor que no cumple, debe relacionarse con los artículos 1151 a 1155 del Código Civil.

De forma que, se podrá considerar abusiva una cláusula penal tanto si es sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios —función liquidatoria—, como si es coercitiva o cumulativa, siempre que se la califique de «desproporcionadamente alta» —en relación con el daño real efectivo—. Si bien, conviene precisar que, no toda la pena por el mero hecho de tener un importe superior al valor de los daños reales efectivamente producidos, se ha de considerar abusiva, pues, con ello se puede privar de sentido a la pena. En todo caso, a falta de parámetros dispuestos legalmente, habrá de tomarse como referencia el daño contractual efectivamente producido al consumidor para determinar el carácter abusivo o no de la cláusula penal.

Sobre esta base normativa, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha sido totalmente dispar y con diversos argumentos ha considerado en unos casos válidos y en otros abusivos distintos plazos de duración, prórrogas, o las cláusulas penales que resulten aplicables por resolución, denuncia o desistimiento unilateral del consumidor o usuario en contratos de tracto sucesivo.

Al respecto y en relación a un contrato de mantenimiento de ascensores se ha pronunciado con interés casacional la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 11 de marzo de 2014² en la que se asume la consideración de abusiva de la duración y prórroga del contrato y se considera nula la cláusula penal, a la vez que se fija la doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena pactada para el caso de desistimiento unilateral de las partes cuando la cláusula penal precisamente se declara abusiva. Sobre los mecanismos de control relativos a la abusividad y transparencia de la cláusula penal y la eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad en torno a la posibilidad o no de la moderación de la pena o su integración, se va a centrar el presente estudio. Si bien, con carácter previo nos parece oportuno referirnos al concepto, funciones, caracteres y régimen jurídico de la cláusula penal, al ser la institución sobre la que vamos a operar.

II. LA CLÁUSULA PENAL: CONCEPTO, FUNCIONES, CARACTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO

DÍEZ-PICAZO (2008, 457) denomina pena convencional a «aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal»³. Por su parte, DÍAZ ALABART (2011, 59) la define incluyendo todas las funciones de la cláusula penal y de forma genérica como «obligación accesoria que solamente será eficaz cuando se dé el tipo acordado de incumplimiento de la obligación principal y cuyo objeto es una prestación que satisface el interés del acreedor en el modo y medida prefijado por los pactos»⁴. ARANA DE LA FUENTE (2009, 1588-1589), asimismo, la conceptúa como «la obligación accesoria que, las partes añaden a una obligación principal para garantizar su cumplimiento, consistente

por lo regular en el pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal»⁵. GÓMEZ CALERO (1983, 51-51), después, de señalar que, hay que diferenciar aquellas definiciones que se centran en su naturaleza de estipulación o pacto; las que se detienen en sus efectos, y, que se caracterizan, esencialmente, por ofrecer una formulación estricta o amplia, dispone que la cláusula penal es «una estipulación contractual, de la que nace una obligación accesoria, que sirve a las partes para predeterminar las consecuencias del incumplimiento de un contrato mercantil mediante la fijación de una pena de carácter indemnizatorio contra el que no lo cumpliera, con lo cual —y dada la posibilidad de que la pena prescrita sea exigida por la parte perjudicada si el contrato no se cumple— se estimula al cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, se sanciona al contratante que no cumpliera y se satisface a la parte perjudicada»⁶.

Sobre tales bases conceptuales, la cláusula penal constituye una medida acordada por los contratantes para asegurar la efectividad de un crédito, en cuanto que su existencia aumenta la posibilidad de cumplimiento y, de no lograrse este, facilita la exigibilidad de la indemnización por incumplimiento (DÍEZ-PICAZO 2008, 457)⁷. De forma que, la pena produce una ampliación objetiva de la deuda, desplazando el régimen indemnizatorio a la esfera de cumplimiento del contrato, pues, agrava la posición del deudor y mejora la del acreedor; en comparación con el régimen legal de responsabilidad contractual (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1587-1588)⁸. Así, cuando la garantía genérica que representa la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del Código Civil) y, en general, el mecanismo resarcitorio previsto por el ordenamiento jurídico son por sí solos insuficientes para satisfacer los intereses del acreedor en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, se admiten la constitución de una serie de garantías, destinadas a asegurar el exacto cumplimiento de la obligación entre las que se encuentran la cláusula penal o pena convencional con una doble funcionalidad «por un lado, propician el cumplimiento de los contratos mediante la amenaza al deudor de una indemnización mayor en caso de incumplimiento; y, por otro, y para el caso de no cumplir ese objetivo primario, permitir al acreedor exigir la indemnización prevista sin soportar los gastos y demoras que conlleva la prueba del daño y su valoración» (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1585-1586)⁹. Por lo que, la pena convencional debe incluirse entre los medios de protección del acreedor tendentes a asegurar el cumplimiento de la prestación por el deudor, respondiendo a una función de garantía (DÍEZ-PICAZO 2008, 457)¹⁰.

La cláusula penal se regula en los artículos 1152 a 1155 del Código Civil bajo la rúbrica. «De las obligaciones con cláusula penal» que forman parte de las normas relativas a las distintas clases de obligaciones; y, en el artículo 56 del Código de Comercio dentro del Título IV «Disposiciones generales sobre contratos de comercio». También se contiene referencia normativa relativa a la misma en el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales bajo el epígrafe «Pago estipulado para el incumplimiento»; en el artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos bajo el título «Pago convenido para el caso de incumplimiento»; en el artículo 3:710 en el Libro III de la Propuesta de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo; en el artículo III-3:712 «Pago estipulado en caso de incumplimiento» del DRAFT (*Draft Common Frame of Reference*); y la Propuesta de Anteproyecto de la ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación que, se ocupa de la cláusula penal en los artículos 1146 a 1152.

Ahora bien, la cláusula por la que se estipula la pena puede estar incorporada en el contrato original o pactarse posteriormente, pero siempre con anterioridad al vencimiento de la obligación principal, esto es, antes de que se produzca el incumplimiento del deudor que se sanciona. Al ser la cláusula penal parte integrante de un contrato está sometida al régimen que a estos efectos rige en materia contractual, es decir, el principio de libertad de forma. Resulta irrelevante la denominación con que la cláusula figure en el contrato, por lo que la pena convencional existe no solo cuando se pacta expresamente con este nombre¹¹, sino también cuando se conviene cualquier otra estipulación que, en esencia, conlleve el mismo resultado, pues, no resulta necesaria ninguna forma negocial, sino que basta que sea querida claramente por las partes¹². De ahí que, sea preciso que, tenga el carácter de pena pactada¹³. Asimismo, según consolidada jurisprudencia, la cláusula penal ha de ser interpretada restrictivamente en cuanto a su existencia y alcance, basándose en el carácter sancionador de la cláusula y en la idea de «*odiosa sunt restringenda*»¹⁴.

Por otra parte, el contenido de la cláusula puede ser libremente fijada por las partes y suele tener carácter pecuniario. Efectivamente, por lo regular consiste en el pago por el deudor de una suma de dinero al acreedor (carácter pecuniario), pero ello no impide que consista en la entrega de una cosa determinada o hacer algo; si bien, puede plantear en este caso problemas la moderación de la pena prevista en el artículo 1154 del Código Civil (DÍEZ-PICAZO 2008, 457)¹⁵.

Ahora bien, la suma pactada como pena convencional puede determinar su nulidad cuando las partes no hayan respetado los límites legales de la autonomía de la voluntad, en concreto, si el monto de la pena se califica de usuario o abusivo, atendiendo al momento de celebración del contrato, ya que la validez de la cláusula penal exige la aplicación de la normativa de consumidores, cuando forma parte de un contrato de adhesión.

Respecto a los caracteres atribuibles a la cláusula penal se puede señalar los siguientes expuestos por la doctrina (ARANA LA FUENTE 2009, 1590-1592; ROSANA PÉREZ GURREA, 2012, 1690-1691)¹⁶: 1. Obligación accesoria respecto de la obligación principal de la que depende. Es, en consecuencia, una obligación accesoria a cargo del deudor y a favor del acreedor que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual¹⁷. La prestación penal solo sería válida en tanto existe y es válida la obligación principal garantizada (art. 1155 del Código Civil). Asimismo, resulta necesario que, la pena en sí mismo considerada sea válida y esté vigente en el momento de su aplicación. Si bien, la nulidad de una cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal, aunque si al contrario; 2. Obligación subsidiaria, pues, solo es exigible para el caso de falta de cumplimiento voluntario de la obligación garantizada por el deudor. Así, pues, salvo pacto expreso en contrario, incumplida la obligación principal no puede reclamarse conjuntamente la pena y el cumplimiento específico de la obligación principal (arts. 1152 y 1153 del Código Civil); 3. Es una garantía personal al conceder al acreedor la facultad de actuar contra el propio deudor en caso de incumplimiento de la obligación principal; si bien, el garante no es un tercero sino el propio deudor; 4. Está sometida a los límites genéricos impuestos a la autonomía de la voluntad y libertad de pactos (art. 1255 del Código Civil); y, 5. Del carácter accesorio de la pena, como señala FELIÚ REY se desprenden las características de especificidad y subsidiariedad, significando la primera que lo que se garantiza es una obligación concreta y no todo el contrato (FELIÚ REY 2014, 175)¹⁸.

En cuanto a las funciones de la cláusula penal¹⁹, nos encontramos con una función sustitutiva o liquidatoria de la indemnización de los daños y perjuicios

que, es considerada por la jurisprudencia, como «función esencial o básica» de aquella —así lo manifiestan los artículos 1152 del Código Civil y 56 del Código de Comercio— y que viene a garantizar al acreedor una mayor facilidad para el cobro de la indemnización por daños y perjuicios sin necesidad de acreditar la existencia y cuantía del daño (DÍAZ-ALABART, 2011, 68)²⁰. Es, pues, una excepción al régimen normal de las obligaciones que, sustituye la indemnización procedente por aquella cantidad que, como función liquidadora previa del daño futuro, valora anticipadamente los perjuicios, sin necesidad para el acreedor de tener que probar los daños y perjuicios²¹; también cumple una función coercitiva y disuasoria que, opera cuando el importe de la pena sea superior al que se obtendría a través de la indemnización fijada con arreglo al régimen ordinario de responsabilidad por incumplimiento contractual (DÁVILA GONZÁLEZ, 1992, 58; ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1594)²²; y, actúa cuando se hubiera pactado de forma expresa²³. Con ello se persuade al obligado al cumplimiento de la obligación reforzada con la cláusula penal o le disuade de su incumplimiento²⁴. Ambas funciones, como precisa, (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1594) son producto de la confluencia de dos corrientes de ideas distintas. Así la idea primitiva de sanción opera en sentido estricto que, busca presionar al deudor para que cumpla; y, por otra, la idea de la valoración y liquidación anticipada de la indemnización de daños y perjuicios²⁵.

Ahora bien, la función coercitiva se observa claramente en la denominada «pena cumulativa» que, prevé un *plus* indemnizatorio que se suma al *quantum* exigible por aplicación de las reglas generales del incumplimiento (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA, 2009, 1364-1364)²⁶. Y, la función compensatoria o liquidatoria del daño incluye tanto el supuesto donde la cantidad prevista como pena sobrepase el daño real estimado conforme al artículo 1101 del Código Civil (ALBALADEJO GARCÍA, 1983, 461)²⁷, como la pena liquidatoria en sentido estricto, cuando esta actúa como simple compensación anticipada del daño que el incumplimiento hubiera ocasionado (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA, 2009, 1365)²⁸. En todo caso, como se ha señalado, una de las consecuencias jurídicas del carácter sustitutorio o liquidatorio realmente atribuido por el Código Civil es la de que, no es necesario probar los daños realmente acaecidos para la exigencia de la pena²⁹. De forma que, la opción entre uno u otro tipo de función depende de la voluntad de las partes. Al respecto los artículos 1152 y 1153 del Código Civil contemplan las distintas clases de cláusula penal y sus respectivos efectos y, al tener el carácter de dispositivas, pueden ser modificadas en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Sobre tales bases normativas, caben las siguientes clases de cláusula penal:

1. La pena sustitutiva de la indemnización de daños (art. 1151.1 del Código Civil y art. 56 del Código de Comercio) en la que la pena sustituye la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado. Opera, pues, la pena como mecanismo modificativo de las reglas de responsabilidad contractual para agravarla. Para que este tipo de cláusula penal cumpla como medida coercitiva, además de la función de garantía que propicia el cumplimiento de la obligación principal, resulta necesario que el importe de la pena sea superior al valor previsible de los daños derivados del incumplimiento; de modo que, el cumplimiento voluntario sea menos gravoso para el deudor que el pago de la pena estipulada (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1597)³⁰. Por lo que la pena convencional sustitutiva cumple una función liquidatoria al cuantificar, de forma previa, los posibles perjuicios que el incumplimiento causará al acreedor, quedando la indemnización absorbida por la pena pactada. Si se incumple la obligación principal, el acreedor podrá exigir el

pago de la pena en su totalidad, con independencia de que coincida o no con la valoración de los daños efectivamente producidos, aunque esta sea distinta de la cuantía de la pena, o incluso cuando del incumplimiento no se ha derivado daño alguno³¹. Por lo que de exigirse la pena, el acreedor no puede reclamar una mayor indemnización en concepto de daño, aunque este sea superior a la pena estipulada (DÍEZ-PICAZO, 2008, 465)³². Si bien, algún sector doctrinal ha considerado la posibilidad de exigir el daño excedente, cuando el incumplimiento sea doloso (DÁVILA GONZÁLEZ, 1992, 359-360)³³; 2. La pena cumulativa o punitiva, solo opera cuando existe acuerdo expreso de los interesados. El artículo 1153 párrafo segundo del Código Civil establece la regla general consistente en otorgar al acreedor la opción de exigir la pena, o bien el cumplimiento de la obligación principal; pero en modo alguno se haya facultad para exigir conjuntamente ambas pretensiones, salvo pacto en contrario. De forma que, cabe la acumulación de la pena y la indemnización de daños y perjuicios mediante pacto expreso³⁴. Por lo que las partes puede convenir que la pena no excluya la indemnización de daños y perjuicios y el abono de los intereses en caso de falta de cumplimiento por el deudor de su obligación. El acreedor, siempre y cuando se haya pactado, puede exigir al deudor, además de la pena estipulada, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, cumpliendo la pena una función sancionadora o punitiva.

Ahora bien, además de la expuesta, cabe plantear otra forma de acumulación, la que operaría entre la pena y la exigencia de cumplimiento de la prestación principal. La doctrina se encuentra dividida entre aquellos que se muestran favorables (DÍEZ-PICAZO, 2008, 466, ESPÍN CANOVAS 1946, 161)³⁵; y los que consideran que el efecto cumulativo solo se produce respecto de la indemnización (RODRÍGUEZ TAPIA 1993, 579-580)³⁶. En todo caso, la facultad de acumular el cumplimiento y la pena solo podría ser prevista para el cumplimiento defectuoso o retrasado de la prestación principal, respecto del cual, la doble exigencia del cumplimiento exacto y pena convencional puede estar justificado (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1600)³⁷; 3. La cláusula penal facultativa. El artículo 153 en su primer párrafo permite a los interesados pactar que el deudor puede eximirse de cumplir la obligación principal pagando la pena. A falta de pacto el deudor no puede elegir entre ambas opciones. Como regla general el deudor no tiene un derecho de opción entre cumplimiento y la indemnización de daños, sino que está obligado a cumplir. El pacto previsto en el citado precepto le concede una facultad de elegir, excepcionando la regla general de cumplimiento de la obligación (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 160)³⁸. La exigencia de su reconocimiento expreso en virtud de pacto tiene su fundamento en que si se dejase al arbitrio del deudor al eximirse del cumplimiento de la obligación pagando la pena estipulada, tal conducta contravendría lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil. De ahí, la función liberatoria que se le concede al deudor de eximirse del cumplimiento de la obligación principal, pagando la pena, cuando expresamente se reconoce, supone para la doctrina su consideración como obligación facultativa y no como cláusula penal, ya que no se está sancionando, propiamente, dicho incumplimiento, sino que se le está permitiendo optar al deudor entre cumplir o pagar (RODRÍGUEZ TAPIA, 1993, 581)³⁹. Al respecto, se ha considerado, asimismo, que estaríamos ante una pena propiamente dicha, sino ante una multa penitencial «que es el dinero de arrepentimiento o desistimiento, que puede haber sido abonado en forma de arras o no y que permite al penitente apartarse del contrato, y extinguir la relación obligatoria» (DÁVILA GONZÁLEZ, 1992, 43-44)⁴⁰. Ahora bien, si por aplicación del artículo

1153 párrafo segundo del Código Civil el acreedor exige el cumplimiento de la pena, luego no podrá pretender el cumplimiento de la obligación. Si, por el contrario, se decide por exigir el cumplimiento de la obligación principal, puede reclamar la pena, en el supuesto de que dicho cumplimiento devenga imposible —procediendo a la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil—⁴¹; y, 4. La pena moratoria. Se trata de una pena prevista para el supuesto de retraso en el cumplimiento de la obligación que garantiza. Tiende a liquidar por anticipado el daño que, puede originarse si el deudor se constituye en mora⁴². Puede configurarse como el abono de una cantidad alzada de dinero o por el pago de una cantidad determinada por el deudor por días, semanas, meses de retraso en el cumplimiento de la obligación principal. Ahora bien, la reclamación de la pena cuando se configura como moratoria no implica que no pueda exigirse el cumplimiento de la obligación principal (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 160)⁴³. En cualquier caso, la pena moratoria cumple una función sustitutiva y liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios derivados del retraso. El acreedor, en consecuencia, no tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía de los daños ocasionados por el retraso, pues, le basta con probar que el deudor ha incurrido en mora respecto a la obligación principal (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1649)⁴⁴. Lo que sí parece claro es que, la pena moratoria puede sustituir a la indemnización por mora (art. 1108 del Código Civil) (FELIÚ REY, 2014, 187)⁴⁵.

En este contexto, la cláusula penal siendo válida y estando vigente la pena convencional, surte efectos si concurren dos factores: el incumplimiento para el que fue estipulado (art. 1152.1 del Código Civil); y, su exigibilidad «conforme a las disposiciones del presente Código» (art. 1151.2 del Código Civil). Respecto del primero, puede estipularse la cláusula penal para cualquier tipo de incumplimiento contractual que, implique insatisfacción del interés del acreedor (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1605)⁴⁶. Por otra parte, si la pena es efectiva desde que es «exigible» conforme a las disposiciones del Código Civil para determinar este extremo, habrá que atender en cada caso al tipo de incumplimiento al que las partes han vinculado la aplicación de la pena convencional. Por lo que sin incumplimiento no hay pena convencional; lo que deriva, asimismo, del carácter accesorio de la misma respecto de la obligación principal⁴⁷. De ahí que, la jurisprudencia insista en que el incumplimiento sancionado con la pena sea imputable al deudor para que aquella sea exigible⁴⁸. En todo caso, si la obligación principal está sometida a condición suspensiva (art. 1113 del Código Civil), o a término inicial (art. 1125 del Código Civil), será necesario que haya cumplido aquella o vencido el plazo; cuando la obligación principal consiste en un no hacer solo será exigible desde que se haya realizado el acto prohibido (art. 1099 del Código Civil); y tratándose de obligaciones recíprocas la jurisprudencia a la vista de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil aplica la doctrina sobre la *exceptio non adimpleti contractus* y niega al acreedor que no haya cumplido sus propias obligaciones, la obligación de exigir la prestación penal al deudor incumplidor⁴⁹.

Ahora bien, para que el acreedor pueda reclamar al deudor la prestación penal resulta necesaria la validez tanto de la obligación principal como de la propia cláusula penal, así como la subsistencia de ambas. En relación con la cláusula penal, partiendo que estamos ante una excepción al régimen normal de las obligaciones y contratos, es inaplicable cuando las partes han alterado los supuestos de base para los que se pactó la pena convencional⁵⁰. En todo caso, la modificación por los contratantes de las bases que las partes tuvieron presente al estipular la pena, no debe confundirse con los supuestos de

alteración de las circunstancias existente al tiempo de convenirse la pena, derivada de causas ajenas a la voluntad de los contratantes, que podría dar lugar a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1604)⁵¹.

III. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ABUSIVIDAD Y TRANSPARENCIA

Como señalábamos en líneas precedentes, la ineficacia contractual derivada de la nulidad de las cláusulas predispuestas, tiene un régimen específico que, tiene su fundamento tanto en lo dispuesto en la legislación de protección de consumidores, como en el propio fenómeno de la contratación en masa, esto es, bajo condiciones generales de la contratación y el relativo a las cláusulas abusivas. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014 aborda precisamente el examen de la abusividad de una cláusula penal inserta en un contrato de servicio de mantenimiento y conservación de ascensores y se refiere a las consecuencias que tiene la declaración de abusiva de la cláusula penal en el marco del desarrollo contractual o de la eficacia contractual resultante. Sin duda el fondo del planteamiento doctrinal de la citada resolución reside en diferencia, por un lado, entre lo que representa el juicio de abusividad que, supone el examen de lo que representa el control de contenido que, no es más que un control de la legalidad de la reglamentación contractual establecida, teniendo en cuenta entre otros parámetros la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones; y, por otro, un juicio posterior sobre la eficacia contractual resultante que, opera en la posterior ejecución contractual que, resulta necesario para evitar que la declaración de abusividad de una cláusula y su imposible moderación o integración, comporten situaciones de absoluta irresponsabilidad del empresario adherente o de un posible enriquecimiento injustificado, por ejemplo, haciendo efectiva la cláusula penal u otras indemnizaciones «desproporcionadas». Sobre tales bases, se abordan en la mencionada sentencia dos grandes cuestiones, la primera relativa a la nulidad de la cláusula que establece la duración del contrato, su prórroga y la de la cláusula penal para el caso de desistimiento unilateral, y la segunda, en relación a una posible moderación de la pena liquidatoria tras declararla abusiva y, operando sobre la base de la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Viene a confirmar, como así se ha hecho en las dos instancias judiciales anteriores, el carácter abusivo tanto de la duración y prórrogas automáticas del contrato de mantenimiento de ascensores —plazos sucesivos de diez años—, como de la cláusula penal cifrada en una indemnización en concepto de daños y perjuicios del cincuenta por ciento del importe de la facturación pendiente de emitirse hasta la finalización del plazo contractual, mediante una interpretación sistemática de tal clausulado que, determina la existencia de un resultado desequilibrante y desproporcionado para el adherente en el marco de un clausulado predispuesto.

En este contexto, el reconocimiento de la contratación en masa o bajo condiciones generales de la contratación como auténtico modo de contratar diferenciado de la contratación tradicional por negociación regulado en nuestro Código Civil que, incide en un importante y novedoso sector del tráfico económico, delimitador de multitud de relaciones económicas de intercambio de bienes y servicios, lo que ha sido una constante en la jurisprudencia más actual de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El punto de partida tiene lugar con la sentencia

de 18 de junio de 2012⁵², y se ha proyectado en sucesivas sentencias como la de 9 de mayo de 2013, 10 de marzo de 2014⁵³, referida también a un contrato de mantenimiento de ascensores, si bien en el ámbito de un contrato de negociación, y, de 7 de abril de 2014⁵⁴, también en un contrato por negociación. De forma que, la contratación bajo condiciones generales tiene un régimen jurídico propio y específico que, no se centra en la relevancia y validez del consentimiento real del adherente desde el plano del error vicio, ni en el principio de *pacta sunt servanda* (art. 1255 del Código Civil), ni en el fenómeno integrador de la voluntad (art. 1258 del Código Civil), pues, el papel de aquel se ve reducido ante la imposición o predisposición de las cláusulas contractuales, fruto de su no negociación. Lo que contrata con el régimen general de negociación que atiende, primordialmente, a la voluntad manifestada por las partes, como principio rector del orden valorativo e interpretativo del contrato (art. 1281 del Código Civil), sin posibilidad de extrapolar en dicha interpretación el control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones. Por lo que, frente a la imposición, predisposición y no negociación de las cláusulas contractuales y en aras de lograr la máxima protección del consumidor, se exige al predisponente el cumplimiento de una serie de deberes de información que, actúan en la fase precontractual, en orden a procurar el necesario equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de las condiciones generales y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predispuesta en sí misma considerada. La verificación del cumplimiento de estos deberes por parte del predisponente tiene lugar en el ámbito del contrato a través de dos mecanismos de control: uno tendente a lograr un adecuado equilibrio de prestaciones —control de contenido o de abusividad—, y el otro destinado a lograr la comprensibilidad real de las cláusulas contractuales o la carga económica o jurídica del contrato —control de transparencia—. Precisamente en relación con este último control, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, sostiene que cabe un doble control de transparencia: el control de inclusión que, supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de manera que, las cláusulas generales han de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que, el adherente ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles, y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden EHA/2899/2011; y, una vez incorporadas las condiciones al contrato, han de superar el control de transparencia —del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato—, es decir, que la cláusula ha de ser clara y comprensible. Este último, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que, supone un control sobre el caso concreto y se identifica con el control de contenido, teniendo por objeto que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Y, asimismo, que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto el significado y alcance del clausulado contractual. Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada, permite al consumidor determinar si

se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que, incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). A diferencia de la anterior resolución, la sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2014⁵⁵ —también referida a cláusulas suelo— no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que opera únicamente sobre el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo— implícita en el marco del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la falta de transparencia de la cláusula desaparece.

Ahora bien, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y por extensión en el desarrollo general del control de inclusión, se caracteriza, en primer lugar, por ser uno de los mecanismos de control de la contratación seriada, junto con el control de contenido, cuyo fundamento legal descansa en el artículo 5 de la Directiva 93/13, artículo 5.5 y 7 b) de la LCGC, y artículo 80.1 del TRLGDCU; y, en segundo lugar, queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta referida directamente a la comprensibilidad real que, no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, supone que el consumidor y usuario ha de conocer y comprender las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que, realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como a la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014). De acuerdo con la anterior caracterización debe señalarse que en el ámbito del derecho de la contratación, particularmente en la contratación bajo condiciones generales de la contratación, el control de transparencia viene a responder a un previo y especial deber contractual de transparencia que, impone al predisponente el deber de configuración contractual plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Tal control es ajeno al error vicio y en consecuencia a la validez del consentimiento otorgado. Por lo que el control de transparencia se proyecta de modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende de esta forma que el control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, como opera fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no va a tener por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, sino que va a descansar en la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 y 14 de marzo de 2013, y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014).

Sobre tales bases, cuando se habla de un control de contenido de las condiciones generales y de las cláusulas predispuestas, se alude, como hemos señalado, a un control de la legalidad que comprueba su validez por contraste con unas normas específicas más exigente, que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales (MIQUEL GÓNZÁLEZ, 2011, 714)⁵⁶. Este control de contenido debe distinguirse del control de inclusión y también de la interpretación, y, por supuesto, de puntuales limitaciones a la libertad contractual.

Asimismo, se explica este control al no haber sido establecidas las condiciones generales por un acto de autonomía privada suficiente para legitimar su contenido (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 717)⁵⁷. Los parámetros elegidos en el artículo 82.1 del Real Decreto 1/2007 para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales no negociadas son la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, y, en general que defrauden las expectativas razonables que se derivan de la justa reciprocidad de las prestaciones⁵⁸. Buena fe que se erige como patrón general de conducta del empresario-predisponente en sus relaciones contractuales con consumidores a la hora de presentar su oferta y predeterminar el contenido del clausulado (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2009, 957)⁵⁹. Se trata, como dice (DÍEZ-PICAZO, 2002, 71) —de buena fe en sentido objetivo— pues, «para el profesional es un objetivo modelo de comportamiento leal y para el consumidor, el conjunto de expectativas que consumidores con criterios razonables pueden formar sobre el tipo contractual propuesto»⁶⁰. El resultado negativo de ese control otorga a la condición general o cláusula predispuesta la calificación de abusiva. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1993⁶¹ considera como cláusulas abusivas «aquellas que no se han negociado individualmente, cuando se han redactado previamente y el consumidor no puede influir sobre su contenido en particular en los contratos de adhesión». Y, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala de 5 de julio de 1997⁶² establece que el contrato de adhesión «es aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas, ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar, —libertad de celebrar o no el contrato—, pero no la libertad contractual —libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente—. No se discute la validez del contrato de adhesión inherente a la realidad actual, pero sí es indudable la necesidad de su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que, no debe tolerarse en derecho... y ello justifica la existencia de un importante cuerpo legislativo en Europa, no para coartarlas e impedir las, sino para controlarlas y regularlas, impidiendo abusos». De todas formas, cláusula abusiva como señala (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 714) es un concepto que viene definido por varios elementos: «1. Ha de tratarse de contratos entre empresarios y consumidores. En los contratos entre empresarios rigen los límites de la autonomía privada (art. 1255); 2. Ha de tratarse de condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente. Los acuerdos individuales están sometidos a los límites generales de la autonomía privada (art. 1255); y, 3. Son cláusulas abusivas las que no superan el control de contenido que establece el artículo 812 y los artículos 85 a 90»⁶³.

Ahora bien, estos mecanismos de control de la contratación seriada, como hemos señalado, nada tienen que ver con los que sanciona la ineficacia estructural de los contratos derivados de la relevancia y validez del consentimiento, esto es, del error vicio. Por lo que respetando la validez estructural de la contratación en general, la finalidad de tales controles consiste en tener por no puesta o eliminar de la contratación por condiciones generales, aquellas cláusulas predispuestas que no respeten el necesario equilibrio, o no permitan conocer la carga económica o jurídica del contrato, ocasionando un resultado perjudicial e injustificado para los derechos y legítimos intereses del consumidor. De forma que, tales mecanismos de control no pretenden sancionar una ineficacia derivada de la existencia de un vicio del consentimiento que, conduce a la anulación del contrato, sino que su función reside en la depuración de esta modalidad de contratación a través del

necesario análisis de sus cláusulas desde el necesario equilibrio y transparencia; eliminando de la reglamentación contractual aquellas cláusulas que no cumplan con los estándares de transparencia y no abusividad en interés del adherente (SÁNCHEZ MARTÍN, 2014, 3-4)⁶⁴. De ahí que, para garantizar una contratación eficiente tengan sentido las previsiones legislativas contenidas en los artículos 9.2 y 10 de la LCGC y en el artículo 83 del TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que permite al juez «aclarar la eficacia del contrato» o «integrar el contrato», y no la cláusula nula cuya integración o moderación se prohíbe, limitando la declaración de nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecta a un elemento esencial (art. 1261 del Código Civil), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que, no puede ser subsanada. Este planteamiento es, por lo demás, concordante con la relevancia que la Sala Primera del Tribunal Supremo, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*favor contractus*) no solo como canon hermenéutico, sino como principio general (sentencias de 15 y 17 de enero de 2013).

De forma que, declarada abusiva una cláusula o condición general es cuando opera la labor de integración contractual o juicio de eficacia resultante del contrato. Excepcionalmente, si nos encontramos ante una situación jurídica no equitativa en la posición resultante de las partes que, no puede ser subsanada por la interpretación integradora del contrato, ha de procederse a la ineficacia total del contrato, con los consiguientes efectos restitutorios y liquidatorios. Precisamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014 en el examen de este juicio de eficacia contractual que, señala que, excede de la mera interpretación integrativa del contrato, como complemento o extensión de los acordado por la partes, pues, «supone una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable 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 buen fe contractual y a la sanción de enriquecimiento injustificado por alguna de las partes».

En este contexto, y centrados en la materia sobre la que opera esta sentencia de 11 de marzo de 2014, en concreto sobre el contrato de mantenimiento de ascensores, debemos señalar que, es un contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1542 y 1544 del Código Civil), ya que en el arrendamiento de servicios una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto y especialmente dentro del contenido del artículo 1583. Sin embargo, la dificultad surge al tener que definir conceptualmente, si tal contrato es únicamente de servicios o participa del denominado contrato de obra (arts. 1544 y 1588 del Código Civil); lo que lleva a considerar que tiene elementos que lo hacen subsumible en ambas modalidades, siendo un contrato complejo⁶⁵. En todo caso, este contrato se refiere a un servicio de consumo común, ordinario y generalizado⁶⁶.

Ahora bien, las comunidades de propietarios tienen el deber legal de concluir tales contratos para asegurar la revisión, conservación y reparación de estos aparatos de acuerdo con las especificaciones técnicas estatuidas. El artículo 62 del TRLGDCU consagra la prohibición de una «duración excesiva» en este tipo de contratos, o el derecho a resolver o desistir unilateralmente del contrato «sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas». No se prohíbe la duración prolongada o negociada de un contrato de tracto sucesivo, ni se

veta todo tipo de penalizaciones o indemnizaciones —cláusula penal, arras— por resolución, denuncia o desistimiento unilateral del consumidor o usuario, sino tan solo aquellas cláusulas que sean «excesivas», «onerosas o desproporcionadas». Sobre la base del tenor literal del citado precepto, los Tribunales en este supuesto, bien en un examen conjunto del contrato⁶⁷ o, bien analizando autónomamente las diferentes cláusulas contractuales, centran el contenido de sus pronunciamientos en: la duración del contrato, la prórroga o renovación automática, plazo de preaviso, notificación o denuncia para evitar la prórroga, y la cláusula penal o indemnización previstas en el contrato para el caso de desvinculación unilateral del consumidor antes del término fijado, o sin cumplir las condiciones previstas para evitar la continuación del contrato. Esto es, con frecuencia se cuestiona la validez de las cláusulas contenidas en los contratos de conservación y mantenimiento de ascensores que, someten el contrato a un sistema de prórrogas automáticas sucesivas tras una duración inicialmente pactada, o lo que, es lo mismo, a un sistema de prórrogas tácitas por iguales periodos sucesivos al inicial pactado, si el contrato no se denuncia o preavisa con un determinado plazo al vencimiento, o en fin se sanciona con cláusula penal el desistimiento o resolución unilateral de contrato por el consumidor. En todo caso, la validez de tales cláusulas no puede negarse por el hecho de tratarse de un contrato de adhesión, ya que este tipo de cláusulas no son extrañas al régimen de obligaciones del Código Civil, sino cuando son desproporcionadas o excesivamente onerosas, y por tanto calificables de abusivas. Respecto a la duración del contrato, se muestran algunas resoluciones proclives a la validez de las cláusulas de duración prolongada de diez años⁶⁸, o incluso de cinco años⁶⁹ o menos⁷⁰, mientras que otras son contrarias a esos plazos⁷¹, o incluso inferiores o superiores (CÁMARA LAPUENTE, 2011, 550)⁷². Normalmente, las sentencias que entienden que, la duración pactada es excesiva (cinco o diez años) suelen también considerar abusivas las prórrogas automáticas por igual periodo, y a veces entran en consideración sobre la forma de fijar el preaviso para desistir como circunstancia añadida para determinar el desequilibrio —máxime cuanto mayor es el plazo de preaviso—, y otras veces no se detiene en estos extremos. Asimismo, este grupo de sentencias por lo general priva de eficacia a la cláusula penal fijada en el contrato, bien totalmente por considerarla también abusiva, o por entender que al no existir prórroga alguna que vincule al consumidor, tampoco se debe indemnización alguna —esencialmente por su carácter accesorio—. De todas formas, no existe un tratamiento uniforme sobre la posible validez o no de las cláusulas penales en estos contratos de tracto sucesivo, debido principalmente a las diferentes cláusulas existentes en el mercado —así el pago del importe de todas las mensualidades hasta que finalice el contrato o su prórroga, las que fijan una cantidad variable en función de los meses que restan para el vencimiento del plazo final, pasando por la más frecuente que, es el importe del cincuenta por ciento del coste del servicio hasta la finalización del periodo contractual, y es la que se convino en el contrato que es objeto de análisis en la sentencia de 11 de marzo de 2014⁷³—.

En cuanto a las prórrogas automáticas o renovaciones tácitas del contrato, se parte de una tendencia en los tribunales en admitir este tipo de cláusulas, pues, el consumidor o usuario tiene el mismo derecho a poner fin al contrato durante el periodo inicial como en los nuevos periodos que se acuerden, y además son un mecanismo conocido en el Código Civil a través de la tácita reconducción en el arrendamiento; de ahí que, la mera automaticidad de la continuidad del contrato mediante prórroga no debe entenderse en principio abusiva⁷⁴. A tal efecto, se consideran abusivas tales prórrogas cuando sobre la base del artículo

85.2 del TRLGDCU «se fije una fecha límite al consumidor o usuario que no le permita de manera efectiva manifestar su voluntad de no prorrogarlo»⁷⁵. Asimismo, relacionados con la duración y prórroga se consideran no válidos los plazos de preaviso alejados al momento del vencimiento del contrato (180, 120 y 90)⁷⁶; a los plazos excesivamente cortos o con excesivas formalidades⁷⁷.

Respecto a las cláusulas penales, hay sentencias que estiman su validez sin mayores argumentos a partir de los artículos 1152 y 1153 del Código Civil, sin proceder a ningún tipo de moderación⁷⁸; otras acuerdan la moderación del artículo 1154 del Código Civil⁷⁹; no faltan, por supuesto, las que consideran abusivas estas cláusulas, procediendo o no a su moderación⁸⁰; o, simplemente declaran la nulidad de la cláusula o indemnizaciones previstas sin reconocer ningún tipo de indemnización basada en dichas cláusulas contractuales⁸¹; u optan por cierta moderación atendiendo a otras reglas o principios (abuso del derecho o mala fe del consumidor)⁸²; o apelan a otras consideraciones (art. 1103 del Código Civil); y, en fin, las que solo indemnizan de los daños ocasionados al empresario que, este consiga probar como efectivamente causados⁸³.

No obstante, conviene precisar que, puede ser abusiva la cláusula penal, pero válido el plazo de duración pactado. Ahora bien, si este se considera abusivo, también lo será la cláusula penal prevista para el incumplimiento del plazo por la accesoriedad de aquella (art. 1155 del Código Civil)⁸⁴. Asimismo, hay que señalar que, el precio pactado en el contrato puede ser un elemento a tomar en consideración para enjuiciar el carácter abusivo del plazo de duración pactado, cuando se ha condicionado a una rebaja del precio del servicio o beneficios adicionales para el consumidor o usuario. De forma que, no se habrá de considerar abusivo el plazo de duración acordado o la cláusula penal establecida, si como señala PLANAS ARNALDO (PLANAS ARNALDO, 2014, 537) responde a un reequilibrio de la situación en el que, además, se responde a los daños efectivamente producidos⁸⁵.

En todo caso, sobre tales bases, en los contratos de duración determinada el consumidor está vinculado como todo contratante por el tiempo de duración acordada. Por lo que el derecho a resolver el contrato sin penalización solo tiene lugar cuando concorra causa que justifique tal pretensión como: 1. Incumplimiento del contrato por la otra parte y, 2. La modificación unilateral de las condiciones del servicio o los caracteres de la prestación (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2009, 1101)⁸⁶. Cuando no concurren cualquiera de las dos causas mencionadas, será de aplicación el régimen de responsabilidad contractual (arts. 1101 y 1124 del Código Civil) ante resolución unilateral injustificada por una de las partes⁸⁷; si bien, los artículos 62.3 y 87.6 del Real Decreto 1/2007 que, reconocen al consumidor o usuario el derecho a poner fin al contrato, pero modulan en beneficio de aquel las sanciones, al establecer que la pena ha de ser razonable, ni onerosa ni desproporcionada; y, ha de corresponderse con los daños realmente causados o con los servicios efectivamente prestados (CÁMARA LAPUENTE, 2011, 548)⁸⁸.

IV. LA MODERACIÓN DE LA PENA

El artículo 1154 del Código Civil atribuye la facultad de moderación de la pena en los casos de cumplimiento parcial o irregular, sin que pueda, en consecuencia, operar en los supuestos de incumplimiento total (DÍAZ-REGAÑÓN

GARCÍA, 2009, 1367)⁸⁹ o cuando se incurre en el cumplimiento sancionado con la pena (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 160)⁹⁰, ni puede ampliarse a otros supuestos, como las penas desproporcionadas, excesivamente elevadas o abusivas, ni aumentar las irrisorias —pues, en estos casos se dilucida un problema previo de validez de la cláusula—⁹¹. Ni tampoco procede en el caso de pena moratoria⁹². De forma mayoritaria, la doctrina y jurisprudencia optan por la naturaleza dispositiva de la norma, dado que se funda en la autonomía de las partes (DÍAZ-ALABART, 2011, 118; ESPÍN ALBA, 1997, 70)⁹³. Si bien, no faltan quienes se inclinan por su naturaleza imperativa que, debe aplicarse incluso de oficio (DÍEZ-PICAZO, 2008, 468)⁹⁴. Por otra parte, no indica el citado precepto si la moderación ha de ser a instancia de parte o de oficio. La doctrina se encuentra, igualmente, dividida entre los que optan por la aplicación de oficio⁹⁵, y, los que se consideran que, el juez no puede intervenir en las relaciones contractuales, si no hay petición de parte en este sentido (ESPÍN ALBA, 1997, 679)⁹⁶.

En este contexto, el artículo 1154 del Código Civil habla de «modificar equitativamente», lo que implica que la moderación ha de ser equitativa para ambas partes⁹⁷, y consiste en reducir la pena, no aumentarla ni tampoco suprimirla⁹⁸. También resulta posible que lo equitativo sea precisamente no moderar la pena⁹⁹. A tal fin, en cuanto los criterios de moderación necesarios para realizar el juicio de equidad, señala ALBALADEJO (ALBALADEJO, 1983, 486) que ha de consistir en valorar la proporción entre lo cumplido bien y el total de lo que se debe cumplir para resultar no penado¹⁰⁰. Aunque no faltan quienes se inclinan por atender al perjuicio sufrido por el acreedor (ORTI VALLEJO, 1982, 317)¹⁰¹. Ahora bien, alguna antigua sentencia ha considerado posible otra forma de realizar la moderación mediante la concesión de un plazo al deudor para ponerse al corriente de sus obligaciones¹⁰². Finalmente, la facultad que concede el artículo 1154 del Código Civil corresponde en exclusiva a los tribunales de instancia, cuyo criterio no puede ser revisado en casación¹⁰³. Y, asimismo, la facultad de moderación es independiente de la buena o mala fe del deudor, de la intensidad del perjuicio ocasionado y del grado de culpa del incumplidor (ALBALADEJO, 1983, 486)¹⁰⁴.

Sobre tales bases conceptuales, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014, después de declarar la abusividad de la cláusula penal prevista para el caso de desistimiento unilateral del contrato de mantenimiento de ascensores, dispone la imposibilidad de moderación de la pena conforme con la jurisprudencia europea —sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 junio 2012—, y el actual marco legislativo tras la reforma operada en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que, impide cualquier moderación o integración de la cláusula declarada abusiva. De forma que, la cuestión se centra entonces en el juicio de valoración de la eficacia del contrato, y, en concreto, si el predisponente tiene derecho a una indemnización, y la respuesta de la sentencia es negativa, pues, atendiendo a un examen de conjunto y, al caso en concreto, el contrato se había cumplido durante casi siete años lo que compensaba el gasto o inversión que el predisponente hubiera realizado. Asimismo, la indemnización de daños pretendida por aquel tampoco encuentra apoyo en los parámetros de ponderación aplicables al caso, ya sea en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, ya en aras a la sanción de enriquecimiento injustificado del adherente. Por lo que el Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que, si bien no es posible la moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta, si es posible

un contenido indemnizatorio a favor del predisponente que, según los casos, y en aras a los parámetros de ponderación citados, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada conforme a las normas generales (BALLUGERA GÓMEZ, 2014, 3)¹⁰⁵.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, Fasc. IV, octubre-diciembre, pp. 1579-1686.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comentarios a los artículos 1152 a 1155 del Código Civil. En: C. Paz Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario al Código Civil*. T. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*. Madrid: Montecorvo.
- DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Reus.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. (2009). Comentarios a los artículos 1152 a 1155 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters (pp. 1364-1369).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons.
- FELIÚ REY, J. (2014). Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVII, Fasc. I, enero-marzo, 169-218.
- MAS BADÍA, M.^a D. (1995). *La revisión judicial de las cláusulas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PLANAS ARNALDOS, M.^a C. (2014). Facultades de moderación de los Tribunales de la pena convencional por desistimiento unilateral en un contrato de mantenimiento de servicios de ascensores, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96, septiembre-diciembre, 523-541.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 2, 511-587.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala 1.^a, 4 de junio de 1979
- STS, Sala 1.^a, 27 de marzo de 1982
- STS, Sala 1.^a, 8 de febrero de 1989
- STS, Sala 1.^a, 16 de noviembre de 1995
- STS, Sala 1.^a, 12 de enero de 1998
- STS, Sala 1.^a, 30 de junio de 2000
- STS, Sala 1.^a, 4 de abril de 2003
- STS, Sala 1.^a, 17 de noviembre de 2004
- STS, Sala 1.^a, 18 de septiembre de 2008
- STS, Sala 1.^a, 21 de noviembre de 2012
- STS, Sala 1.^a, 6 de noviembre de 2013

- STS, Sala 1.^a, 10 de marzo de 2014
- STS, Sala 1.^a, 11 de marzo de 2014
- STS, Sala 1.^a, 7 de abril de 2014
- STS, Sala 1.^a, 3 de diciembre de 2014
- SAP Sevilla, secc. 6.^a, 15 de octubre de 1999
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, 4 de marzo de 2003
- SAP Ciudad Real, secc. 2.^a, 12 de abril de 2011
- SAP Valladolid, secc. 1.^a, 2 de octubre de 2012
- SAP Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013
- SAP Badajoz, secc. 3.^a, 10 de julio de 2014
- SAP Alicante, secc. 8.^a, 25 de septiembre de 2014

NOTAS

¹ CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch, p. 96.

² *La Ley* 2014/45575.

³ Díez-PICAZO L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II. La relaciones obligatorias, sexta edición, Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 457.

⁴ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*, Madrid: Reus, p. 59.

⁵ ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, Fasc. IV, octubre-diciembre, 1588-1589. Asimismo, PÉREZ GURREA, R. (2012). Análisis jurisprudencial de la cláusula penal: funciones y su moderación judicial ex artículo 1154 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVIII, núm. 731, mayo-junio, 1690 señala que «se trata de una obligación accesoria que las partes añaden a una obligación principal para asegurar su cumplimiento, consistente generalmente en el pago de una cantidad de dinero, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal»; y FELIÚ REY, J. (2014). Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVII, Fasc. I, enero-marzo, p. 173, como «la estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que, el deudor de la prestación que se trata de garantizar, viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero». Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, 8 de enero de 1945 (*RJ* 1945, 7); y, de 25 de enero de 2008 (*RJ* 2008/223) la conceptúan como «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad precedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece, además, un régimen de privilegio a favor del acreedor». Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala de 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6071), señala que «es un pacto accesorio cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la obligación convenida, sustituyendo en la previsión de las partes, a la indemnización de daños y perjuicios, si se produce el incumplimiento, constituyendo una excepción al régimen normal de las obligaciones»; y la de 16 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3173) como «obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual».

⁶ GÓMEZ CALERO, J. (1983). *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2.^a ed., Madrid: Civitas, pp. 51-52.

⁷ Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 457.

⁸ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, op. cit., pp. 1587-1588.

⁹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, op. cit., pp. 1585-1586; PÉREZ GURREA, R. Análisis

jurisprudencial de la cláusula penal: funciones y su moderación judicial *ex* artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1687.

¹⁰ Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 457; asimismo, en nuestro Derecho Histórico se contiene esta función de garantía en la ley 34, Título XI, Partida V. En contra, se manifiesta RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *Anuario de Derecho Civil* 1993, p. 526. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 2851); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 24 de enero de 2006 (*JUR* 2006, 93328); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 8 de junio de 2006 (*AC* 2006, 2180), que precisan que, la finalidad de la cláusula penal es obviamente, la de asegurar el cumplimiento de la obligación.

¹¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1270), necesidad de pacto expreso.

¹² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 1956 (*RJ* 1956, 1141); y 7 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 9900); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 8 de enero de 1999 (*AC* 1999, 2879).

¹³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 1956 (*RJ* 1956, 1141); y de 4 de noviembre de 1958 (*RJ* 1958, 3432).

¹⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de junio de 1969 (*RJ* 1969, 3358); 4 de junio de 1979 (*RJ* 1979, 2844); 27 de marzo de 1982 (*RJ* 1982, 1507); 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6071); 14 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 10376); 8 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 690); 2 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 510); 12 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 8976); 6 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3237); 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 5917); 8 de octubre de 2002 (*RJ* 20037358); 18 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 5480); 18 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 5522); 30 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 7261); y, 6 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 8333). Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 24 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 2796); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, 1 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1874); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 15 de octubre de 1999 (*AC* 1999, 8645); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 4 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 123190).

¹⁵ Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 457.

¹⁶ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, pp. 1590-1592; PEREZ GURREA, R. Análisis jurisprudencial de la cláusula penal: funciones y su moderación judicial *ex* artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 1690-1691.

¹⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3173); 23 de mayo de 1997 (*RJ* 1997, 4322); 4 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 1868); 18 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 1802); 25 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 6403); 25 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 223); 18 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 5522); y 30 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 193).

¹⁸ FELIÚ REY, J., Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 175.

¹⁹ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 759); y 7 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2007) señalan como funciones de la pena la coercitiva o de garantía, penal y sustitutiva o liquidatoria de los daños. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.^a, 7 de abril de 2000 (*AC* 2000, 3605), señala al respecto que «la finalidad de la cláusula penal no se limita a fortalecer y garantizar el cumplimiento de la obligación principal, ni a sustituir aquella por una simple indemnización de daños y abonos de intereses predeterminados en el contrato, sino que su verdadero objeto está constituido por un conjunto de funciones coordinadas, entre las que, además de las expresadas, ocupa un lugar preeminente, salvo pacto en contrario, la estrictamente punitiva reflejada, bien mediante una posible agravación del resarcimiento, o por la necesidad de la inejecución de lo convenido sea imputable al deudor». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.^a, 8 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 163760), dispone que «tiene una doble función reparadora y punitiva; la primera tiene carácter liquidatorio y de cobertura del riesgo. En todo caso, su alcance depende de

la voluntad de las partes. También se denomina «pena convencional» porque se establece voluntariamente en un contrato para que produzca efectos sobre el mismo y tiene carácter garantizado y sustituye la indemnización de daños y abono de intereses en cuanto no se haya pactado otra cosa».

²⁰ DÍAZ ALABART, S. *La cláusula penal*, *op. cit.*, p. 68, precisa, asimismo que «para que cumpla verdadera y únicamente esta función es preciso que la evaluación de los posibles daños que se hizo al pactarla se corresponda en lo esencial con los que se hayan producido en el caso». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de enero de 1998 (*RJ* 1999, 36); 17 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 7239); 18 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 5480); y, 28 de septiembre de 2006 (*RJ* 200676390). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, 29 de marzo de 1993 (*AC* 1993, 297), que precisa al respecto que «se pacta en sustitución de la indemnización por incumplimiento, no en calidad de valoración anticipada de daños, puesto que, habrá de pagarse aunque no existan o sean más reducidos, sino como un «fortfait» que, en caso de incumplimiento, evita tener que investigar más, pues, sustituye, no a la indemnización simplemente, sino la discusión sobre ella, con la ventaja de dispensar al acreedor de probar los daños y su cuantía»; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 18 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 313); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 31 de diciembre de 1997 (*AC* 1997, 2446); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 2.^a, 31 de marzo de 1988 (*AC* 1998, 5130); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 30 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 84823); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 147220).

²¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.^a, 23 de enero de 2001 (*AC* 2001, 510).

²² ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1594.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 1969 (*RJ* 1969, 967), entiende que el artículo 1152.1 del Código Civil establece la presunción general de la función substitutiva frente a otras posibles. Sin embargo, un sector de la doctrina insiste en adoptar como preferencia la función coercitiva antes que la liquidatoria, por todos DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*, Madrid: Montecorvo, p. 58.

²³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 7239).

²⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4284), señala que «conforme el artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que, actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un *plus* más oneroso, viniendo a operar como sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios».

²⁵ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1594. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 464, por su parte, entiende que, parece más razonable mantener la unidad institucional, aunque reconociendo la posible dualidad o pluralidad de funciones que, se pueden cumplir.

²⁶ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. (2009). Comentario al artículo 1152 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 1364-1365.

²⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). Comentario al artículo 1152 del Código Civil, En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 2, Madrid: Edersa, p. 461 lo califica de «pena absorbente» pero con cierto matiz punitivo.

²⁸ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Comentario al artículo 1152 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1365. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8429).

²⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6071).

³⁰ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1597.

³¹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1596.

³² DíEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 465; FELIÚ REY, J. Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 180.

³³ DÁVILA GONZÁLEZ, J. *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 359-360; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (1993). *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch, pp. 59-60.

³⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de enero de 1998 (*RJ* 1999, 36); y 3 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 8859); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 10 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 135634); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, 20 de noviembre de 2002 (*AC* 2003, 728).

³⁵ DíEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 466; ESPÍN CANOVAS, D. (1946). La cláusula penal en las obligaciones contractuales, *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo, p. 161.

³⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *op. cit.*, pp. 579-580.

³⁷ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1600.

³⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comentario al artículo 1153 del Código Civil. En: C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 159. Asimismo, *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 28 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 247189).

³⁹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1601; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *op. cit.*, p. 581; FELIÚ REY, J. Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁰ DÁVILA GONZÁLEZ, J. *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁴¹ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Comentario al artículo 1153 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1366.

⁴² La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8411) señala que «(...) Junto a dicha cláusula penal, cuya aplicación presupone el incumplimiento —total o parcial— de la obligación, se halla la llamada cláusula penal moratoria, la cual está estipulada exclusivamente para el supuesto de retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación, a dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que esta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación —en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal— pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver su eficacia sancionadora por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación». Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, 23 de julio de 1998 (*AC* 1998, 1231); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 13 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 92478).

⁴³ CABANILLA SÁNCHEZ, A., Comentario al artículo 1153 del Código Civil, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁴ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1649. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 223).

⁴⁵ FELIÚ REY, J. Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁶ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1605 adopta un concepto unitario de in-

cumplimiento entendido como «cualquier inejecución de las obligaciones que conforme a las reglas contractuales, incumbe al deudor». *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007, 388), comprende no solo el doloso o culposo, sino también el moroso o causado por otra contravención; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, 15 de febrero de 2005 (*AC* 2005, 278).

⁴⁷ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 9155), y 21 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 2403) disponen que «la libertad de pactos sobre la que se asienta nuestro Ordenamiento, de forma similar a otros próximos, permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante un pacto accesorio por el que el incumplidor se obliga a ejecutar una prestación consistente en general en el pago de una determinada cantidad de dinero, con la finalidad en ocasiones liquidatoria de los daños y perjuicios, en otras liberatoria, y en otras puramente punitiva o cumulativa, siendo preciso para la exigibilidad de la pena que concurren los siguientes requisitos: 1. Existencia de una obligación principal válida; 2. Existencia de una cláusula penal; 3. Incumplimiento de la obligación principal; y, 4. Que el incumplimiento coincida con la previsión contractual».

⁴⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5556); y 3 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 8859).

⁴⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 1868); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 12 de abril de 2011 (*JUR* 2001, 199034).

⁵⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8400); 5 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 4084); 18 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 5522); 22 de abril de 2009 (*RJ* 200974730); 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 9155); y 6 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 8333), en las que expresamente se dispone que las cláusulas penales «como excepción al régimen normal de las obligaciones, merecen una interpretación restrictiva (...) y desde luego no resultan exigibles cuando se han producido una alteración de las bases conforme a las cuales se pactó», por lo que no resulta aplicable cuando las bases sobre las que se estipuló la pena se alteran por causa imputable al incumplidor.

⁵¹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1604.

⁵² *RJ* 2012, 8857.

⁵³ *RJ* 2013, 3088; y *La Ley* 2014, 21267.

⁵⁴ *RJ* 2014, 2184. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 23 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 203876).

⁵⁵ *RJ* 2014, 4660.

⁵⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentario al artículo 82 del Real Decreto 1/2007. En: S. Cámara Lapuente, *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores*, Madrid: Colex, Madrid, p. 714.

⁵⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. Comentario al artículo 82 del Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 717.

⁵⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 8457); de 2 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9044); y de 24 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6491).

⁵⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009). Comentario al artículo 82 Real Decreto 1/2007. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, p. 957.

⁶⁰ Díez-PICAZO, L. (2002). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. En: A. Menéndez Menéndez, y L. Díez-Picazo (dir.), Madrid: Civitas, p. 71. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 113515).

⁶¹ *RJ* 1993, 6476.

⁶² *RJ* 1997, 6151. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 5 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 1655), conceptúa el contrato de adhesión como «el que contiene cláusulas, estipulaciones, o condiciones de carácter general redactadas de forma

previa por una empresa para aplicarlas a todos los contratos que la misma celebre y cuya aplicación no pueden evitar el consumidor o usuario, si desea obtener el bien o servicio de que se trate».

⁶³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. Comentario al artículo 82 del Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 714.

⁶⁴ SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). La «contratación bajo condiciones generales de la contratación», frente a la «contratación por negociación». Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad, *La Ley*, núm. 8333, sección Tribuna, 16 de junio, pp. 2 y 3 (www.laley.es).

⁶⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 9933); y de 30 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2306); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, 23 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 316710).

⁶⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 29 de enero de 1992 (*AC* 1992, 365), y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 8 de enero de 2001 (*AC* 2001, 703).

⁶⁷ *Vid.*, en este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 3967); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 14 de noviembre de 2002 (*AC* 2002, 1928); y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, 24 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 270945).

⁶⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 2.ª, 23 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 2517); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.ª, 5 de febrero de 2002 (*JUR* 2003, 40470); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 8 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 345201); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 50969); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, 3 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 198614); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.ª, 17 de febrero de 2010 (*AC* 2010, 522); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 2 de octubre de 2012 (*AC* 2012, 1954).

⁶⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 22 de noviembre de 2000 (*AC* 2001, 1411); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.ª, 2 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 163959); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, 11 de octubre de 2007 (*AC* 2008, 205); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.ª, 1 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 259481); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 27 de octubre de 2010 (*AC* 2011, 7910); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, 3 de mayo de 2011 (*AC* 2011, 1208); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.ª, 21 de octubre de 2013 (*JUR* 2014, 148143).

⁷⁰ Se considera válido el plazo de duración de *tres años*, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 9 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 510); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, 22 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 271033); y, el de *dos años*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 22 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63677); y, el de *un año*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.ª, 10 de marzo de 2011 (*JUR* 2011, 430721).

⁷¹ Se considera nulo el plazo de duración de *diez años* en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, 7 de octubre de 1995 (*AC* 1995, 2150), en la que se indica que, se trata de una cláusula impuesta, cuando no sorpresiva para la otra parte suscribiente del contrato; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.ª, 5 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 1655); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 28 de julio de 1998 (*AC* 1998, 1462) se considera desorbitado el plazo de diez años, pues, se compagina mal con la naturaleza del arrendamiento de servicios, basado en la confianza como los demás celebrados *intuitu personae* y con la reglamentación administrativa de dichos contratos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 1.ª, 8 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 661), igualmente, considera abusivo un plazo tan prolongado como es el de diez años que perjudica de manera desproporcionada al consumidor al tiempo que atenta al principio de libre competencia; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 3967); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.ª, 11 de mayo de 2000 (*AC* 2000, 2446), supone un plazo de duración excesivo además de la prórroga automática de renovación igualmente excesiva ya que viene a ser totalmente contraria al criterio

que nuestro ordenamiento en materia de arrendamientos establece que, contraviene la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios y de obra del que participa el de conservación y mantenimiento de ascensores; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.^a, 27 de mayo de 2000 (AC 2000, 1708); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.^a, 21 de junio de 2000 (AC 2000, 1751); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 10 de enero de 2001 (AC 2001, 109); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 16 de abril de 2003 (JUR 2003, 204145), por no ser negociada expresamente, sino venir impresa en el contrato, y no acompañarla de una contraprestación beneficiosa para la otra parte; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.^a, 10 de septiembre de 2003 (AC 2004, 254); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 11 de octubre de 2006 (JUR 2006, 257026); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 30 de abril de 2008 (JUR 2008, 331712); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 17 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 471171); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 7 de diciembre de 2010 (AC 2011, 10), con 90 días de preaviso; de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.^a, 21 de diciembre de 2011 (AC 2012, 258); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, 9 de julio de 2012 (AC 2012, 1187); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 26 de febrero de 2013 (JUR 2013, 204511); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 7 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 49202); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 6 de marzo de 2014 (JUR 2014, 94446); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 205648); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.^a, 15 de julio de 2014 (JUR 2014, 258601).

Por otra parte, se considera nulo el plazo de duración de *cinco años* en las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, 23 de junio de 1994 (AC 1994, 1036); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.^a, 3 enero 1996 (AC 1996, 94); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, 8 de enero de 2001 (AC 2001, 703); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 19 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 53559); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 5133); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 5 de octubre de 2006 (JUR 2006, 251311); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 1 de octubre de 2007 (JUR 2008, 79351), plazo excesivamente largo que contradice el natural derecho de desistimiento de los arrendamientos de obras y servicios; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 2 de septiembre de 2010 (AC 2010, 2264); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013 (AC 2013, 2316); y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 12 de marzo de 2014 (JUR 2014, 164634).

⁷² Así se considera nulo el plazo de *tres años*, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.^a, 20 de junio de 2001 (AC 2001, 1397). Para otros la duración no puede superar *el año*, *Vid.*, la sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 9 de enero de 2007 (JUR 2007, 255401); y, de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.^a, 28 de octubre de 2009 (AC 2009, 2355).

Los argumentos que *justifican* una duración prolongada se indican: 1. Que responde a las normas generales de la contratación, y a la autonomía de la voluntad y se consideran que se trata de unas cláusulas negociadas en las que no entra la normativa sobre cláusulas abusivas. Así no se consideran desproporcionadas por existir diversas ofertas entre los prestadores de servicios y libre competencia y ausencia de monopolio; 2. La notable inversión en medios técnicos y humanos; 3. La naturaleza del bien o la prestación, 4. Las características del contrato de mantenimiento y de asistencia técnica lo hacen participe de los contratos de tracto sucesivo en el sentido de que las obligaciones de la empresa de mantenimiento no se agotan con la realización de una sola prestación, sino en varias que se desarrollan periódicamente en el tiempo. En cuanto los argumentos *en contra* de la duración prolongada: 1. La existencia de cláusulas a favor del empresario; 2. El traslado del riesgo injustificado del riesgo empresarial al cliente; 3. La incoherencia con la normativa que prevé la autorización administrativa para el prestador de los servicios de mantenimiento; 4. Atentan el principio de libre competencia el establecer tiempos amplios de duración —diez años—; 5. La comparación con otra actividad de tracto sucesivos de bienes o servicios; 6. La ausencia de prueba real de daños que ocasione una duración menor. *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). Comentario al artículo 62 del Real Decreto

1/2007, En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores*, Madrid: Colex, p. 550.

⁷³ Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, 8 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 345201); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013 (*AC* 2013, 2316); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 10 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 205648), y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, 25 de julio de 2014 (*AC* 2014, 1801).

⁷⁴ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.^a, 27 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 217341).

⁷⁵ Se considera nula la prórroga de *cinco años*, *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 8.^a, 31 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 145925); nula la prórroga de *diez años*, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 24 de octubre de 2003 (*AC* 2004, 61); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 5 de abril de 2010 (*AC* 2010, 429); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 28 de octubre de 2010 (*JUR* 2011, 65233). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 11 de septiembre de 2009 (*AC* 2009, 1997), prórroga por diez años, si bien, señala que el establecimiento de un plazo de 90 días para la denuncia del contrato, manifestando cualquiera de las partes su voluntad de prorrogar, no supone cercenar el derecho del consumidor a manifestar su deseo de no prorrogar el contrato.

⁷⁶ Plazo de preaviso de *90 días*, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 11 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 115221); y de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 20 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 32252); sin embargo, considera válido dicho plazo la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, 9 de marzo de 2010 (*AC* 2010, 1392); plazo de preaviso de *180 días*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, 8 de enero de 2001 (*AC* 2001, 703); plazo de preaviso de *tres meses*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2105). Igualmente, se considera válido este plazo de tres meses, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.^a, 6 de noviembre de 2007 (*AC* 2008, 270). Por otra parte, se considera válido un plazo de preaviso de *seis meses* en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 19 de mayo de 2008 (*JUR* 2008, 322269).

⁷⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.^a, 13 de febrero de 2009 (*AC* 20097430), con un plazo de preaviso de 120 días de antelación a la fecha de vencimiento o la prórroga por carta certificada; y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 5 de abril de 2010 (*AC* 2010, 429) contrato de diez años y con prórroga tácita y automática por iguales periodos sucesivos, mientras alguna de las partes no lo denuncie por carta certificada con noventa días de antelación a su fecha de vencimiento.

⁷⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 22 de noviembre de 2000 (*AC* 2001, 1411); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2004, 693); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, 13 de octubre de 2006 (*AC* 2007, 211); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 8.^a, 15 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 209837); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 26 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2361); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, 2 de octubre de 2012 (*AC* 2012, 1954); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, 25 de julio de 2014 (*AC* 2014, 1801).

⁷⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 6 de junio de 1999 (*AC* 199971273); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.^a, 26 de abril de 2000 (*AC* 2000, 1487); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 19 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 53559); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.^a, 14 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 200892); Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 31 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 208362); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, 10 de febrero de 2010 (*AC* 2010, 822); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 15 de octubre de 2010 (*AC* 2010, 1794).

⁸⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 29 de enero de 1992 (*AC* 1992, 365); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, 23 de junio de 1994 (*AC* 1994, 1036); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 5 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 1655); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.^a, 21 de junio de 2000 (*AC* 2000, 1751); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, 10 de enero de 2001

(AC 2001, 109); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, 20 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 135565); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.^a, 2 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 163959); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 11 de septiembre de 2009 (AC 2009, 1997); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 12 de enero de 2010 (AC 2010, 321); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 23 de febrero de 2011 (AC 2011, 449); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.^a, 21 de diciembre de 2011 (AC 2012, 258); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 29 de marzo de 2012 (AC 2012, 1671); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, 18 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 126938); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013 (AC 2013, 2316); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 20 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 32252); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 12 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 16434); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 25 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 272493).

⁸¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.^a, 10 de septiembre de 2008 (AC 2008, 1726).

⁸² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.^a, 20 de febrero de 2009 (AC 2009, 356); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 17 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 471171).

⁸³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 12 de enero de 2010 (AC 2010, 321).

⁸⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 26 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 4038); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, 15 de mayo de 2006 (AC 2006, 920).

⁸⁵ PLANAS ARNALDOS, M.^a del C. (2014). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96, septiembre-diciembre, p. 537.

⁸⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. Comentario al artículo 87 Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 1101. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, 6 de julio de 2010 (*JUR* 2011, 73837), resolución anticipada del contrato por imposibilidad sobrevenida del objeto. Necesidad de sustituir el objeto de los ascensores por su mal estado.

⁸⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.^a, 5 de febrero de 2002 (*JUR* 2003, 40470), ausencia de incumplimiento del arrendador en la prestación del servicio; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2004, 693) resolución unilateral, pero hay falta de acreditación de que la causa de resolución fuera por un incumplimiento contractual, bien parcial o deficitario en su prestación por la empresa; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 10 de julio de 2002 (AC 2002, 1307) que da derecho a indemnización; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 22 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63677) resolución unilateral que no da derecho a indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de tal resolución; y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, 16 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 85108).

⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. Comentario al artículo 62 del Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 548. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 1 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001, 163606); y, de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 23 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 16710), indemnización establecida para el caso de resolución unilateral del cliente consistente en el 50% de las cuotas pendientes.

⁸⁹ DÍAZ-REGANÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1367. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1718); de 10 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6191); de 20 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007, 388); 4 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6797); de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2008, 8008); y 15 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 2043). En contra, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *op. cit.*, p. 582.

⁹⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 160; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 120. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6797); de 13 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2666); 10 de marzo de 2014 (*La Ley* 2014, 21267) dispone que, en los

contratos por negociación, la producción del evento específicamente previsto —en este caso el desistimiento unilateral de las partes— determina la aplicación de la pena, no pudiendo esta ser objeto de la facultad judicial de moderación, pues, se trata de una cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes; 10 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3416); y 3 de diciembre de 2014 (*JUR* 2014, 287242).

⁹¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de julio de 1984 (*RJ* 1984, 3981); y, 14 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 3133).

⁹² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6191); 15 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5692); y, 17 de enero de 2011 (*RJ* 2012, 287).

⁹³ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1615; DÍAZ ALABART, S. *La cláusula penal*, *op. cit.*, p. 118; ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid: Marcial Pons, p. 70.

⁹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 160; DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 468. *Vid.*, asimismo, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 8976), 7 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2887); y 31 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1946).

⁹⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 160-161; DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 468. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 8976); y, 5 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 5388).

⁹⁶ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1614; ESPÍN ALBA, I. *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, *op. cit.*, p. 67.

⁹⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7460); y, 27 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 3769).

⁹⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 1984 (*RJ* 1984, 2809).

⁹⁹ ESPÍN ALBA, I. *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 486. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 469, si bien, matiza «aun cuando la proporción no podrá ser matemáticamente exacta entre penas totales e incumplimiento total y cumplimiento parcial y pena moderada».

¹⁰¹ ORTÍ VALLEJO, A. (1982). Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, p. 317.

¹⁰² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de mayo de 1958 (*RJ* 1958, 2483); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 2 de abril de 1993 (*AC* 1993, 510). Si bien, como señala la doctrina conceder un plazo no es moderar la pena, sino facilitar el cumplimiento y evitar la imposición de la pena, *vid.*, en este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 161; ARANA DE LA FUENTE, I., La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1616.

¹⁰³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6505); 5 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8786); y 18 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007, 276).

¹⁰⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 486, *vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6858).

¹⁰⁵ *Vid.*, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.ª, 25 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 272493). Por su parte, BALLUGERA GÓMEZ, C. (2014). Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general, *La Ley*, año XXXV, núm. 8330, 11 de junio, p. 3 señala que, con la reforma del artículo 83 la integración que se impide es únicamente la que se produce en pro del predisponente para llenar el vacío que deja la cláusula abusiva, pero queda en pie y se admite la integración en beneficio del adherente (consumidor) porque es un derecho de los mismos.