

vez, aceptada su inequívoca existencia, en línea con lo sostenido por una sentencia del Tribunal Supremo que le ha dado definitiva carta de naturaleza, proponemos lege ferenda un concepto de legado de parte alicuota.

to debate over the admissibility of the inheritance of a proportional share. The unequivocal existence of the concept is ultimately accepted, in line with a Supreme Court ruling giving its definitive seal of approval, whereupon the authors offer a lege ferenda proposal defining the inheritance of a proportional share.

1.5. Obligaciones y Contratos

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA PENAL: FUNCIONES Y SU MODERACIÓN JUDICIAL EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando EEES en Derecho Civil. UNED

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO Y CARACTERES.—III. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.—IV. FUNCIONES Y TIPOS.—V. EFECTOS: 1. EFECTOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO. 2. EFECTOS POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO.—VI. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL: 1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154. 4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN.—VII. EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL ADJUNTA A UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA INSCRITA EN EL REGISTRO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad patrimonial universal del deudor constituye una garantía general para el acreedor con la finalidad de obtener lo debido o su equivalente económico de los bienes del deudor. Pero esta garantía genérica puede ser insuficiente para satisfacer el derecho del acreedor, por lo que nuestro ordenamiento jurídico admite una serie de garantías, destinadas a asegurar el exacto cumplimiento de la obligación, mediante la constitución de una garantía real o personal, entre estas últimas citamos la cláusula penal que vamos a analizar en este trabajo y que es una figura muy presente en todo el ámbito contractual (1).

Tiene razón de garantía del crédito, pero se diferencia de otras garantías en que no altera la base patrimonial sino que modifica convencionalmente la organización ordinaria de la responsabilidad por incumplimiento. Como señala

(1) La regulación de la cláusula penal se encuentra en el Libro III, Título III, Capítulo IV, bajo la rúbrica «De las distintas clases de obligaciones».

AMORÓS GUARDIOLA (2), a través del pacto de una obligación accesorio se produce una ampliación objetiva del débito desplazando la indemnización desde la esfera de la responsabilidad ordinaria a la del cumplimiento de un compromiso contractual y agravando con ello, en principio, la posición del deudor y mejorando la del acreedor, en comparación con el régimen común. SANZ VIOLA (3) señala que «en la cláusula penal las partes de la relación obligatoria regulan las consecuencias del incumplimiento de tal forma que incitan al deudor a cumplir en forma regular. Pero aunque la liquidación convencional de los daños y perjuicios coincidiera con los daños reales, se puede considerar que cumple con esa misión de garantía en cuanto facilita al acreedor el ejercicio de su derecho al evitarle la prueba del daño sufrido y de su cuantía para poder exigir el resarcimiento».

La cláusula penal se utiliza por los contratantes para otorgar un refuerzo a la posición jurídica del acreedor y correlativamente compeler al deudor al cumplimiento, basándose, en definitiva, en la fuerza obligatoria del contrato.

Es una figura que está presente en los diferentes ordenamientos jurídicos, siendo distinta en cada uno de ellos la forma de entender su función y es nuestro Código Civil el que la concibe más ampliamente como una herramienta multifuncional (4).

El Código Civil belga ofrece un concepto restringido de cláusula penal, entendiéndose que solo puede tener la función de indemnización prefijada de los daños que puede sufrir el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. No se contempla la cláusula penal como medida disuasoria del incumplimiento posiblemente por considerar que no es aceptable una sanción impuesta por los particulares. En cuanto a la posible intervención del juez para moderar la pena pactada, se limita a controlar su carácter indemnizatorio, pudiendo moderar su cuantía cuando esta sea manifiestamente mayor que los perjuicios previsibles en el momento de pactarse la cláusula penal y también cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte.

En el Código Civil alemán se regula una cláusula penal que puede tener una función sancionadora o meramente indemnizatoria de los daños y perjuicios, dando a la primera un valor prioritario. El juez, a petición del deudor, puede moderar la pena desproporcionadamente alta hasta hacerla razonable, para lo que se tiene en cuenta el legítimo interés del acreedor (5).

En el Código Civil portugués, las partes pueden fijar por acuerdo el importe de la indemnización exigible, que es lo que se llama cláusula penal, la cual está sujeta a las mismas formalidades que la obligación principal. En cuanto a su funcionamiento, únicamente se contempla una función sustitutoria o liquidatoria de los daños y perjuicios (6). El juez podrá moderar equitativamente la cláusula

(2) AMORÓS GUARDIOLA, M., «La garantía patrimonial y sus formas», en *RGLJ*, mayo de 1972, pág. 560 y sigs.

(3) SANZ VIOLA, A. M., *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994, pág. 18.

(4) DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal*, Colección de Derecho Español Contemporáneo, ed. Reus, Madrid, 2011, pág. 10.

(5) En el Código Civil alemán la moderación de la pena no queda unida automáticamente al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, sino que ha de tenerse en cuenta si dicho cumplimiento inexacto satisface el interés del acreedor para cuya satisfacción se pactaron la obligación principal y la pena.

(6) Si bien la doctrina no sigue un criterio rígido en el sentido de entender que la cláusula penal solamente puede ser liquidatoria y considera que también puede tener un cierto carácter coercitivo por voluntad de las partes.

manifiestamente excesiva, aunque el exceso haya sido sobrevenido y también cabe la moderación cuando la obligación principal hubiera sido cumplida irregularmente, considerándose nulo cualquier pacto que pretenda excluir la moderabilidad. Respecto de las cláusulas penales contenidas en contratos de adhesión, en el Derecho portugués se consideran abusivas si fueran desproporcionadas respecto de los daños resarcibles. A diferencia de las cláusulas contenidas en contratos ordinarios, que son susceptibles de moderación, las cláusulas abusivas ínsitas en contratos de adhesión son nulas de pleno derecho.

El Código Civil italiano permite que las partes puedan pactar tanto una pena coercitiva para el cumplimiento como una indemnización de los daños en caso de incumplimiento. El juez puede moderar equitativamente la pena, tanto en el supuesto de cumplimiento parcial o irregular como cuando su cuantía es manifiestamente excesiva, teniendo siempre en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento. Respecto de la cláusula penal en los contratos de consumo con condiciones generales, el Código de consumo incluye entre las que se presumen abusivas «imponer al consumidor, en caso de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, el pago de una suma de dinero a título de resarcimiento, cláusula penal u otro título equivalente de importe manifiestamente excesivo». La inclusión de este tipo de cláusulas se sanciona con la nulidad, sin que sea posible la moderación de las mismas.

De lo expuesto podemos concluir, con carácter general, que la cláusula penal como sanción no goza del favor del legislador; en los ordenamientos en que se admite ha de pactarse expresamente y en alguno como ocurre en el Código belga está incluso prohibida. En todos los Códigos que regulan la cláusula penal se contempla la facultad judicial de moderar en determinados casos la cuantía pactada, si bien los requisitos para llevarla a cabo son diferentes en cada regulación. El criterio más común es conceder al juez la facultad de moderar la pena con criterio de equidad cuando fuera manifiestamente excesiva o cuando existió un cumplimiento parcial o irregular; si bien en este último caso son numerosos los Códigos que señalan expresamente la necesidad de que el acreedor acepte dicho cumplimiento irregular.

La Resolución del Consejo de Europa, de 20 de enero de 1978, recomienda a los Estados miembros un modelo legislativo sobre cláusulas penales en Derecho Civil. Los Principios Europeos sobre Derecho de los Contratos regulan en el artículo 9:509 PECL la indemnización pactada para el caso de incumplimiento diciendo: «Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte esta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado. Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

II. CONCEPTO Y CARACTERES

Nuestro Código Civil no da una definición de cláusula penal, sino que solo señala de forma genérica en el artículo 1152 del Código Civil: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando esta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código».

Desde el punto de vista doctrinal, se han dado numerosas definiciones de la cláusula penal, 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.

Es difícil dar un concepto de cláusula penal que englobe las diferentes funciones que esta desempeña en nuestro ordenamiento jurídico, DÍAZ ALABART (7) la define 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 satisfaga el interés del acreedor en el modo y medida prefijados por las partes.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS de 8 de enero de 1945, la definió 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 procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor» (8).

De lo anteriormente dicho, podemos deducir los rasgos siguientes:

1. La cláusula penal supone una obligación de carácter accesorio, que se añade a una obligación principal para reforzarla; normalmente nace por acuerdo de las partes (pena convencional), pero también es posible que nazca unilateralmente de la voluntad del testador e incluso de la Ley, por tanto, es un medio de garantía de dicho crédito.
2. La obligación tiene por objeto una prestación, normalmente económica, aunque no es necesario que sea así; en el caso de que la prestación sea económica se admiten cláusulas de estabilización.
3. La cláusula penal es una obligación accesoria, ya que se establece para el caso de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente la obligación principal.
4. Para la validez de la cláusula penal es necesario que quien la acuerda tenga capacidad suficiente para obligarse a la prestación en que consista la pena. Podría darse el caso de que teniendo capacidad general para contratar, carezca de ella para la cláusula penal accesoria de dicho contrato (9). Aún teniendo capacidad de obrar para pactarla, puede haber ocasiones en que la cláusula penal sea nula por no haber cumplido los requisitos que tipifica la Ley para algunos tipos de contratos. La STS 1278/2006, de 7 de diciembre, decretó la nulidad de la cláusula penal por falta de legitimidad de un alcalde para prestar su consentimiento en un contrato de arrendamiento ya que no siguió el procedimiento legalmente establecido para obligar al Ayuntamiento.

(7) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 59.

(8) Posteriormente citada por otras como la de 12 de enero de 1999, 12 de julio de 1996 y 25 de enero de 2008, entre otras.

(9) Pensemos, por ejemplo, en el caso de un menor emancipado que arrienda una finca rústica y se le impone una pena por el incumplimiento del pago de la renta que al superar los seis meses le obliga a entregar al acreedor el inmueble. En este supuesto tiene capacidad para arrendar la finca, pero necesitaría el complemento de capacidad pertinente para acordar válidamente la pena *ex* artículo 323 del Código Civil.

5. Que el incumplimiento sea imputable al deudor (10), pero en base al principio de libertad de pactos y teniendo en cuenta el artículo 1105 del Código Civil, se puede acordar una pena que incluya incumplimientos no imputables al deudor debidos a caso fortuito.

La sentencia del TS, de 17 de enero de 2012, señala 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 que deroga el régimen general de indemnización de daños y perjuicios para caso de incumplimiento de lo pactado, por el que en tal supuesto, se obliga al deudor a ejecutar una prestación consistente en general en el pago de una determinada cantidad de dinero, con una 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:

- a) Existencia de una obligación principal válida.
- b) Existencia de una cláusula penal.
- c) Incumplimiento de la obligación principal.
- d) Que el incumplimiento coincida con la previsión contractual ya que, como señala la sentencia 271/2009, de 22 de abril, reiterando la de 18 de septiembre de 2008, las cláusulas penales «como excepción al régimen normal de las obligaciones, merecen una interpretación restrictiva» (11). Lo que no quiere decir que haya de interpretarse reduciendo su ámbito de aplicación, sino que ha de estarse a lo que se pactó; si se acordó específicamente para la falta de pago del precio por parte del comprador, no cabe extender su aplicación a la inobservancia de otras obligaciones no previstas en la cláusula.
- e) Imputabilidad del incumplimiento al deudor.

III. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

La interpretación es esencial en el estudio de la cláusula penal y debe realizarse teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta la misma, por eso en casi todas las sentencias sobre cláusula penal hay referencias a las reglas de interpretación del Código Civil (12).

(10) Es frecuente establecer en las cláusulas penales moratorias que la pena será exigible cuando no se cumpla a tiempo o correctamente por causas imputables al deudor. Con relación a la imputabilidad, destacamos la STS de 31 de octubre de 2006, referida a un contrato de compraventa de inmueble, en el que se pactó que en el caso de que el contrato se incumpliera por causa imputable a la vendedora, el comprador podía exigir judicialmente el cumplimiento del mismo o la devolución duplicada de la cantidad entregada previamente. Antes del otorgamiento de la escritura, los compradores comprobaron que sobre la vivienda pesaban más cargas que las previstas inicialmente por lo que piden la efectividad de la cláusula penal pactada. El TS considera que en este caso hubo un incumplimiento sustancial y además imputable a los vendedores por lo que consideró efectiva la cláusula penal.

(11) En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del TS, de 10 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992 y 18 de julio de 2005.

(12) Muchas cuestiones de cláusula penal se resuelven como cuestiones de interpretación del contrato. Son varios los ejemplos que encontramos en la jurisprudencia: STS de 17 de marzo de 1986 (para evitar la aplicación de una pena que resultaba escasa aten-

El TS, en sentencia de 22 de octubre de 1990 (13), interpreta un pacto que verdaderamente puede ser considerado como cláusula penal y le niega tal consideración para evitar un resultado injusto. Contempla el supuesto de una compraventa de local por precio aplazado, una de las cláusulas del contrato establece que en caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador, si el vendedor opta por la resolución del contrato, «se producirá la pérdida para el comprador de las cantidades por él entregadas, previo aviso en forma fehaciente con treinta días de antelación». Ante el persistente incumplimiento, el vendedor reclamó la resolución del contrato, con pérdida de la cantidad entregada y el pago de los daños y perjuicios.

El TS considera que dicho pacto no es una cláusula penal, ya que «se requiere para su existencia, bien una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, bien una función liquidadora del daño consistente en evaluar por anticipado los perjuicios que habría ocasionado al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación o bien una función estrictamente penal consistente en sancionar dicho incumplimiento o cumplimiento inadecuado, atribuyéndole consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual». El TS considera que ninguna de estas funciones se da en este caso y, que la retención de las sumas pagadas solamente viene a compensar económicamente la inadecuada ocupación del local, cantidad que por el largo período transcurrido no llega a cubrir esos perjuicios.

Respecto a si este pacto debemos considerarlo como cláusula penal, en mi opinión la respuesta es afirmativa, ya que lo característico es la existencia de una pena si se produce el caso para el que se pactó (en este supuesto la resolución por impago del precio), sin que importe que la pena consista en un dar, hacer o no hacer. Podemos considerarla como sustitutoria de los daños dimanantes de la falta de cumplimiento de la obligación principal del comprador consistente en el pago puntual del precio.

El TS, en sentencia de 18 de diciembre de 2006, se refiere a un caso de arrendamiento de ganado, por el que los arrendadores entregaban a los arrendatarios una partida de ganado sano que estos debían reintegrar a la expiración del plazo contractual. El ganado que se entregó al finalizar el contrato tenía graves enfermedades y sufría un gran deterioro que incluso había provocado la muerte de alguno de los animales, razón por la que los arrendadores demandaron solicitando una indemnización por la pérdida sufrida, así como la ganancia que dejaron de obtener por el incumplimiento, con expresa imposición de costas a los demandados por su mala fe y temeridad. No obstante en el contrato se había incluido una cláusula que decía: «El incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de 500.000 pesetas», sin más aclaración.

En primera instancia se condena al arrendatario al abono de dicha cantidad, al entender que la pena pactada era sustitutoria de cualquier tipo de daño provo-

diendo a las circunstancias, aunque pudiera haberse interpretado como cumulativa), 25 de enero de 1995 (para moderar una pena), 20 de julio de 2005 (para declarar improcedente la moderación), 28 de septiembre de 2006 (para moderar), 18 de diciembre de 2006 (para moderar una pena irrisoria).

(13) Sentencia comentada por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1990, pág. 1083 y sigs.

cado por el incumplimiento. En apelación se revoca la sentencia concediendo a los arrendadores la cantidad que solicitaron originalmente como indemnización. Los arrendatarios interponen recurso de casación por la interpretación de la citada cláusula penal, entendiendo que infringe el artículo 1152 del Código Civil, motivo que es desestimado por el TS en su Fundamento Jurídico 3: «Visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento derivada de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación, indemnización que, por otra parte, no estimulaba por ello la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que, aplicando criterios lógicos, hay que concluir que la intención de los contratantes fue solo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas; sin perjuicio, además de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida», es decir, el TS interpreta que la cláusula se pactó solamente para un incumplimiento menor, ya que de otro modo resultaría absurda.

En este caso, el TS da una solución equitativa al caso, pero lo hace en una forma que no resulta la más adecuada desde el punto de vista técnico. Es evidente que la cláusula pactada resulta exigua en relación con los daños causados, pero entender que se quiso pactar solo para un incumplimiento menor resulta aventurado. Verdaderamente al pactar la pena no se tuvo en cuenta un incumplimiento de este tipo y por tanto, la cláusula penal fue pactada para incumplimientos contractuales, como el impago o retraso en el pago de la renta pactada, pero no para un incumplimiento que suponía la destrucción de parte del ganado arrendado.

IV. FUNCIONES Y TIPOS

La cláusula penal puede desempeñar las siguientes funciones que se corresponden con los distintos tipos de cláusula penal que pueden pactarse:

1. Una función de garantía consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena. Esta función corresponde a la denominada cláusula penal punitiva o cumulativa (14), a la que se refiere el artículo 1153 del Código Civil: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho».
2. Una función liquidadora de los daños y perjuicios, que consiste en evaluar por anticipado los perjuicios que produciría al acreedor el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación. Esta función se cubre con la denominada cláusula penal sustitutoria o indemnizatoria. La cláusula así entendida no supone mayor garantía para el cumplimiento, ni agrava la posición jurídica del deudor aunque favorece la posición del acreedor al

(14) La jurisprudencia sobre pena cumulativa no es muy abundante, podemos citar la STS de 13 de febrero de 2008, que trata de un contrato de arrendamiento de una serie de apartamentos a una empresa para su explotación turística. En el contrato se estipularon ciertas penalizaciones para la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la arrendataria. Ante la reclamación del pago de la pena acordada se alega que *ex* artículo 1152 del Código Civil no es posible acumular la pena pactada y el interés estipulado, pero el TS pone de manifiesto que de acuerdo con el texto de la cláusula, «en el caso de autos tales garantías pueden acumularse al perverse así en la propia cláusula».

eximirle de la prueba de la existencia y cuantía de esos daños, pero para que cumpla efectivamente su función es necesario que la evaluación de los daños pactados se corresponda en lo esencial con los que efectivamente se hayan producido en cada caso (15).

3. La tercera función consiste en pactar una prestación cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal (16). La cláusula que cumple esta función es la penitencial o de desistimiento (17), que permite al deudor liberarse de cumplir la obligación pagando la pena acordada. En definitiva, su esquema se corresponde con el de una obligación facultativa ya que permite al deudor cumplir su obligación mediante la realización de una prestación diversa de la debida.

En principio cuando pensamos en este tipo de cláusula se parte de que la obligación principal sea de tracto único o si es de tracto sucesivo que la pena se haya pactado para permitir al deudor que desista antes de haber comenzado el cumplimiento de la obligación principal. Esta sería la típica cláusula penal de desistimiento, ya que este ha de producirse antes del comienzo de la ejecución del contrato. No obstante también se admite otro subtipo de cláusula que podemos denominar atípica, que permite no ya el desistimiento, sino la resolución de un contrato en vías de ejecución (18). En este caso su esquema no se corresponde con el de la obligación facultativa, ya que el deudor no elige la obligación que va a cumplir, sino que una vez comenzada la ejecución de la obligación principal pagando la pena, puede resolver el contrato lícitamente sin que sea preciso que exista causa para ello.

Frente a la gran cantidad de jurisprudencia que existe en relación con la cláusula penal, las sentencias sobre la penitencial o de desistimiento son escasas. Así la STS, de 28 de diciembre de 1946, contempla realmente no una cláusula penal de desistimiento, sino una facultad de resolución del contrato conferida a ambos contratantes a cambio del pago de una cantidad: «Por último, aún facultado el deudor para liberarse de la obligación pagando la pena (caso previsto en el art. 1153 del CC), el hecho de hacer uso de esta facultad no implica *per se* la resolución del contrato, siguiéndose de las apuntadas consideraciones que en el caso ahora controvertido ni se trata de una rescisión ni de una obligación con cláusula penal».

LACRUZ BERDEJO destaca las funciones coercitiva, punitiva y sustitutiva, si bien la función punitiva concurre no solo en el caso de pena cumulativa, sino también cuando la evaluación del daño hecha mediante la cláusula penal supera la medida real del daño; y que las partes pueden establecer una pena inferior al daño que beneficie al deudor, que será válida, salvo en el caso de responsabilidad por dolo.

(15) La gran mayoría de pronunciamientos jurisprudenciales se refieren a este tipo de cláusulas, así las SSTs de 21 de junio de 2004, de 30 de abril de 2008 y de 16 de octubre de 2008.

(16) Así lo entiende GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentarios a la STS de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, septiembre-octubre de 1990, pág. 1088

(17) A ella se refiere el artículo 1153 del Código Civil, segunda frase: «Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

(18) Se discute que estos pactos sean verdaderas cláusulas penales con encaje dentro del artículo 1153 del Código Civil. La letra del artículo no distingue entre que se haya comenzado o no a cumplir, si bien es cierto que la mayoría de la doctrina no aprecia esta modalidad de cláusula penal penitencial o de desistimiento.

Las diferentes opiniones doctrinales nos permiten llegar a la conclusión de que la cláusula penal puede desempeñar simultáneamente una o varias funciones, según los términos en que haya sido redactada, en base al principio de autonomía de voluntad de las partes *ex* artículo 1255 del Código Civil; sin embargo, existen dos ideas esenciales en torno a las cuales gira esta figura: la primera es que la cláusula penal es un medio de garantía del derecho de crédito, que estimula al deudor al cumplimiento de la obligación principal ante la amenaza de tener que pagar la pena (función de garantía o coercitiva), la segunda es que las partes valoran de antemano los daños y perjuicios que puedan provocarse al acreedor; caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal (función liquidatoria).

V. EFECTOS

1. EFECTOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO

Antes de que el deudor principal cumpla o incumpla la obligación principal, la cláusula penal tiene un efecto coercitivo, para constreñir al deudor a su cumplimiento, lo que supone una garantía para el acreedor; no solo en el caso de la pena cumulativa sino también de pena sustitutiva cuya cuantía sea superior a los daños previstos.

Otro efecto es que la cláusula penal hace que la deuda sea más onerosa para el deudor; lo que tiene una gran trascendencia práctica a efectos de la imputación de pagos. En este sentido, el Código Civil en los artículos 1172 a 1174 señala que, cuando exista un deudor y un solo acreedor de varias obligaciones homogéneas, la imputación se hará por el orden siguiente: 1. Por el señalado por el deudor; 2. En su defecto, por el consignado en el recibo por el acreedor, cuando fuese aceptada por el deudor; 3. Por la aplicación de los intereses cuando la deuda los produzca, y 4. A falta de las circunstancias anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor, entre las que estén vencidas.

2. EFECTOS POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO

Si se ha pactado expresamente la pena cumulativa, el acreedor tendrá derecho a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación principal y la pena; si el primero no fuera posible, tendrá derecho a daños y perjuicios y la pena, según las reglas generales, pero no podrá elegir entre ambas cosas, salvo en el caso de que tratándose de obligaciones recíprocas, el contratante no incumplidor pida la resolución con abono de daños y perjuicios y pago de la pena.

Si se ha pactado la pena sustitutiva, la cuestión es si la indemnización de daños y abono de intereses se refiere a la que surge de la reclamación del *id quod interest* y los daños y perjuicios ocasiones o a la derivada de la resolución de la obligación principal.

La doctrina mayoritaria señala que mediante la cláusula penal, las partes sustituyen preventivamente la prestación del *id quod interest* y la ejecución forzosa en forma específica por el pago de una suma convenida, de donde puede deducirse que la pena sustituye a la indemnización correspondiente al valor de la prestación principal más los daños y perjuicios causados.

Otro efecto de la cláusula penal, caso de incumplimiento, es que el acreedor no ha de probar la existencia de daños ocasionados por incumplimiento de la obli-

gación principal porque estos quedan determinados por la pena. La cláusula penal no solo es un pacto relativo a invertir la carga de la prueba, ya que bastaría que el deudor probase lo contrario para incurrir en la pena convencional; por esta razón, la sentencia de 10 de abril de 1956 ha declarado que el deudor no se ve liberado de la pena, probando que el incumplimiento no ha ocasionado daños al acreedor.

Se ha planteado la duda de si en los casos de acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, el acreedor puede o no ejercitar la cláusula penal que su deudor no ejercite. HERNÁNDEZ GIL señala como requisitos para poder ejercitar la acción subrogatoria:

1. Que el que intente utilizarla tenga un derecho de crédito contra el deudor, aunque por el momento no sea exigible.
2. Que en el patrimonio del deudor no haya bienes suficientes para pagar al acreedor, es decir, tiene carácter subsidiario.
3. Que los bienes y acciones del deudor que no ejercite puedan ser ejercitados por el acreedor, es decir, que no sean personalísimos.

La duda que se plantea es si se trata o no de un derecho personalísimo del deudor. Recordemos que la función económica y social de la acción subrogatoria es asegurar el cumplimiento de la obligación principal como complemento de la garantía patrimonial universal tipificada en el artículo 1911 del Código Civil (19); por lo tanto, es un medio de conservación del patrimonio del deudor; en su función de garantía de los acreedores, el Código Civil la considera como un instrumento de cobro por parte del acreedor, es decir, como un medio para conseguir el fin jurídico de que el acreedor satisfaga su crédito. Al no tratarse de un derecho personalísimo, sino de carácter patrimonial o económico, la consecuencia es que el acreedor podrá ejercitar la cláusula penal que su deudor no ejercite (20).

VI. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN

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

Nuestro Código Civil pese a ser de ámbito latino, no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de moderación de la pena excesiva (21) con base en

(19) STS de 29 de noviembre de 1962.

(20) El TS ha reconocido la posibilidad de ejercicio vía subrogatoria de la acción para pedir la moderación de la cláusula penal (sentencia de 3 de julio de 1979) y para admitir la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium* en Cataluña (sentencia de 12 de marzo de 1984).

(21) La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de enero de 2012, dice: «Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de los consumidores, también a diferencia de otros ordenamientos que toleran la modificación de las cláusulas penales excesivas y pese a la tendencia que se expresa en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y en el artículo 9:509 de los Principios Europeos de Derecho Europeo de los Contratos, nuestro sistema actualmente

la equidad, sin que haya precepto equivalente al artículo 1152 del Code français: las partes tienen libertad para establecer la cuantía de la pena, sin necesidad de ajustarse a la de los daños efectivamente causados por el incumplimiento (22). En cambio, en la moderación judicial por incumplimiento parcial de la obligación principal el artículo 1154 del Código Civil sigue el modelo francés.

Precisamente la naturaleza de la cláusula penal presidida por el principio de autonomía de voluntad de las partes para establecer las modificaciones de la responsabilidad contractual que deseen dentro de los límites legales, nos lleva a entender que la intervención del juez para moderar debe ser restringida a los supuestos contemplados en el artículo 1154 del Código Civil, es decir, a los casos de cumplimiento parcial o irregular, sin que corresponda hacer una interpretación extensiva de dicho precepto (23).

Siguiendo la línea de restringir la actuación judicial en esta materia propia de los Códigos cercanos al francés, debemos dejar claro que el artículo 1154 del Código Civil no es un cheque en blanco para que el juez discrecionalmente modere la cláusula penal en los casos que le parezca injusta. Para que la moderación sea conforme a derecho tiene que cumplir dos requisitos: que haya existido un cumplimiento parcial o irregular (24) y que la moderación sea equitativa. Otra cosa es que algunos autores hayan echado en falta la existencia de una facultad similar a la del artículo 1154 del Código Civil para aumentar las penas irrisorias o una regla de carácter general que permita la moderación equitativa de las penas teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Ya hemos visto que el artículo 1154 del Código Civil señala que: «El juez modificará equitativamente la pena». La esencia del precepto radica en que la actuación judicial debe regirse por el principio de equidad, lo que obliga a que el resultado obtenido con la moderación sea equitativo para ambas partes. Por lo tanto, puede darse el caso en que, existiendo un cumplimiento parcial de la prestación, si se modera la pena se produzca un resultado faltando a la equidad, supuesto en el que el artículo 1154 del Código Civil no obliga al juez a moderar (25).

no permite al juez moderar la pena exclusivamente por ser excesiva ya que como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior “la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes”».

(22) Sólo alguna STS aislada destaca el caso de pena excesiva, pero tratándose de un supuesto de cumplimiento parcial o irregular. La sentencia de 26 de diciembre de 1990 incluso, pese a señalar que la pena es excesiva, la mantiene en virtud del principio de autonomía privada.

(23) La STS, de 1 de junio de 2009, no admitió la moderación en un caso en el que no existió ningún tipo de cumplimiento, ya que la finalidad del artículo 1154 del Código Civil «no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis».

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

(25) La STS de 28 de febrero de 2001, después de decir que el artículo 1154 del Código Civil es imperativo, añade que hay que tomarlo «según la equidad, por lo que en base de tal principio podía (el tribunal) haber mantenido lo pactado al respecto (SSTS de 20 de

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la moderación depende del cumplimiento parcial o defectuoso, no de la buena o mala fe del deudor (26). Intentando conciliar esta doctrina con la sentada por la STS de 8 de enero de 1945, que señala como una de las circunstancias a considerar en la moderación la intensidad de la culpa del deudor, SANCHEZ REBULLIDA (27) considera que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta a efectos de concretar el *quantum* de la moderación, pero no para determinar si esta procede o no.

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

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

Ya hemos visto que este artículo establece la necesidad de que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal para que quepa moderación judicial de la pena. La posición doctrinal mayoritaria (28) entiende que no cabe la moderación judicial de la pena en los casos de incumplimiento total o si en el cumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena.

En la jurisprudencia del TS destacan dos líneas en cuanto a la aplicación del cumplimiento parcial o irregular que prescribe el artículo 1154 del Código Civil, una que podemos denominar laxa, que atiende a las circunstancias del caso concreto, y otra más respetuosa con la estricta literalidad del precepto que exige

noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981) o modificarlo, indudablemente a menos...». Por su parte, la STS de 5 de diciembre de 2003, en un caso de moderación de la pena acordada, dice que no procede porque el incumplimiento parcial era el previsto en la cláusula y además porque «el comprador que no ha pagado el precio pactado y que aceptó la cláusula penal poseyó la finca desde 1989, es decir, desde hace catorce años». Con el primer argumento ya está claro que no procede la moderación, pero el segundo deja claro que cualquier tipo de moderación sería contraria a la equidad.

(26) SSTS de 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951; en el mismo sentido se pronuncia DÁVILA GONZÁLEZ en *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992, pág. 394.

(27) SANCHEZ REBULLIDA, F., «La pena convencional», en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.ª ed., Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 272 a 284.

(28) En contra de esta idea existe una posición minoritaria seguida por Francisco JORDANO FRAGA en «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria», ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 199 y sigs., y José Miguel RODRIGUEZ TAPIA en «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *ADC*, tomo XLVI, 1993, págs. 582 a 584, estos autores consideran que «el dato esencial que determina la aplicación del artículo 1154 no es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, sino la existencia de una desproporción en la pena atendidas las circunstancias del caso concreto. El precepto se refiere al supuesto de incumplimiento parcial, por ser un caso en el que se da normalmente esa desproporción, pero ni todo cumplimiento parcial o irregular da lugar a la moderación de la pena, ni tampoco está prohibida la moderación en casos de incumplimiento total. Por tanto, también en el caso de incumplimiento total procederá la modificación judicial de la pena si es desproporcionada, abusiva o excesiva».

taxativamente el requisito del cumplimiento parcial o irregular para que tenga lugar la moderación judicial, ambas posturas aparecen claramente descritas en la STS de 5 de julio de 2006, la cual contempla un contrato de arrendamiento de inmuebles por una empresa a una compañía aérea. El contrato incluye una penalización por el incumplimiento contractual de la arrendataria junto con unos intereses de demora desde la fecha de presentación de la demanda. Está claro el incumplimiento de la compañía aérea que abandonó el local antes del plazo estipulado en el contrato sin abonar las rentas correspondientes al tiempo restante del contrato, lo que es discutible es si cabe la moderación de la pena resultante de dicho incumplimiento. Tanto en primera instancia como en la Audiencia se considera que cabe la moderación y el TS en esta sentencia y siguiendo una de las líneas jurisprudenciales (29) antes mencionadas, también considera que cabe la moderación atendiendo a las circunstancias del caso «para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto y consiguiente enriquecimiento injusto». Añade, transcribiendo un pasaje de la STS de 3 de febrero de 2002, que «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario, y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual».

En la misma línea citamos la STS de 4 de octubre de 2007 (30), que restringe el rigor de la doctrina que impide moderar las penas cuando se incumple totalmente la obligación, atendiendo a si se trata de un incumplimiento absoluto o parcial y, sosteniendo que puede relativizarse, atendiendo al conjunto de la obligación.

La otra línea jurisprudencial, que es la predominante y por la que me inclino, exige, para que proceda la moderación, que se haya producido un cumplimiento parcial o irregular. Son muchas las sentencias que siguen esta línea, entre otras la STS de 15 de octubre de 2008, que considera que el artículo 1154 es inaplicable en los casos de incumplimiento total (31) y en los supuestos en los que el cumplimiento defectuoso o irregular es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como ocurre en los casos de cláusula penal en que se prevé precisamente una sanción para la mora de alguna de las partes con subsistencia del contrato (32). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 15 de febrero de 2012: «Constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total».

Esta tendencia jurisprudencial ha sido tachada por la STS, de 5 de julio de 2006, antes analizada como «criterio rigorista de estricta literalidad». Considero que la línea favorable al examen de las circunstancias del caso no es aceptable porque no es respetuosa con el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil y porque generaría una gran inseguridad para los contratantes que tendrían que

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

(30) La cual es citada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares, de 14 de febrero de 2012.

(31) SSTs de 30 de marzo de 1999, 7 de febrero de 2002 y 8 de octubre de 2002.

(32) SSTs de 10 de mayo de 2001, 7 de febrero y 8 de octubre de 2002.

esperar en cada caso cuál es «la consideración de las circunstancias» que considera oportuna el TS para saber cuál va a ser la solución del litigio. Si queremos ponderar las circunstancias del caso que hacen la pena desorbitada, nos bastaría con aplicar el artículo 1103 del Código Civil que expresamente lo permite, teniendo en cuenta que para poder apreciar esas circunstancias tienen que tener una entidad tal que, de no hacerlo, la equidad quede gravemente dañada.

3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154

En mi opinión, la moderación del artículo 1154 es imperativa para el juez, siempre que se cumplan los dos requisitos que antes hemos analizado: cumplimiento parcial o irregular y pleno respeto a la equidad (33). La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23 de enero de 2012, dice: «El artículo 1154 obliga a moderar la pena de forma imperativa al decir que el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; afirmando en su interpretación la sentencia 79/2002, de 7 de febrero, que el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo, y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia 300/2011, de 4 de mayo, en contraposición con el carácter potestativo que se había incorporado al artículo 1805 del Proyecto de 1851 cuando decía: el juez puede modificar equitativamente la pena estipulada». La imperatividad puede también colegirse de la invocación a la equidad que se contiene en el precepto (34).

En cuanto a si las partes pueden acordar válidamente la no aplicación del artículo 1154 del Código Civil, autores como MÁS BADÍA (35) y DÍAZ ALABART (36) entienden que la respuesta debería ser afirmativa. En un sistema en el que se permite el pacto válido de una pena cumulativa, en la que por definición se acuerda que ante el incumplimiento en base al artículo 1255 del Código Civil, el deudor está obligado a pagar una mayor cuantía de la de los daños causados, no hay razón para prohibir la exclusión de la moderación del artículo 1154, el cual no dice expresamente ni con nuestra regulación de la cláusula penal tendría sentido que lo dijera, que no es admisible el pacto en contra.

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia (37) han señalado que es una norma imperativa, por lo que cualquier pacto en contrario sería nulo, es cierto también que los autores parten de la idea de que, aunque nada se diga expresamente, la pena se pacta siempre para supuestos de incumplimiento absoluto, por lo tanto si el incumplimiento producido no lo es, cabe la moderación en base al principio de equidad. Ahora bien, al igual que se puede pactar una cláusula moratoria, cuya naturaleza hace que todo incumplimiento sea total y por lo tanto que el artículo 1154 no sea aplicable, también se puede pactar una

(33) La jurisprudencia también ha seguido este criterio en SSTs de 6 de octubre de 1976, 8 de febrero de 1993, 31 de mayo de 1994 y 2 de noviembre de 1994. En contra, SSTs de 26 de mayo de 1980, 11 de mayo de 1982 y 23 de mayo de 1990, entre otras.

(34) JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «La moderación judicial de la cláusula penal», en *RCDI*, núm. 653, 1999, págs. 1455 a 1494.

(35) MÁS BADÍA, M. D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, pág. 77.

(36) DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, pág. 118.

(37) STS 211/2009, de 26 de marzo.

pena para un cumplimiento irregular o parcial y si es este el que se produce no habrá lugar a moderación alguna (38).

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

No dice el artículo 1154 si la moderación que estamos analizando ha de ser a petición de parte, lo que concuerda con el principio de justicia rogada o si puede realizarse de oficio por el juez, como ocurre en el Código francés o belga. Tanto la doctrina (39) como la jurisprudencia (40) se inclinan por la aplicación de oficio.

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

4. CRITERIOS DE MODERACIÓN

Ya hemos analizado los que establece el artículo 1154, pero cabe preguntarse si pueden existir otras circunstancias que permitan la moderación judicial. PUIG PEÑA (41) dice que la modificación ha de ser equitativa, debiendo tenerse en cuenta los intereses de ambas partes y el beneficio que haya obtenido el acreedor del cumplimiento parcial o irregular. ALBADALEJO señala que el criterio ha de consistir en reducir la pena en proporción a lo que se cumplió, de modo que, calculada la pena total para el incumplimiento total, habría que descontar la parte de pena adjudicable a lo que se cumplió como es debido. Otros criterios podrían ser el grado de culpa del deudor incumplidor o la intensidad del perjuicio que se haya ocasionado.

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

El criterio jurisprudencial es que aunque el TS haya dicho que no modera el supuesto de cláusulas penales exageradas, de hecho lo hace en algunas ocasiones (42). Los Principios Europeos de Derecho Contractual siguen como criterio para moderar que el importe resulte manifiestamente excesivo en proporción

(38) STS de 20 de julio de 2005. En el mismo sentido, la STS de 29 de diciembre de 2009, considera que no procede la moderación porque el incumplimiento producido era precisamente el supuesto contemplado para la eficacia de la pena.

(39) DÍAZ ALABART, S., «La cláusula penal y las arras», en *El contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, CGPJ, 1993, pág. 297; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentario al artículo 1154 del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, págs. 160 y 161. La postura contraria de que solo cabe moderar a instancia de parte, la sigue Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 402, aunque en coautoría con GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 383, se muestra partidario de la aplicación de oficio.

(40) SSTs de 6 de noviembre de 1987 y 12 de diciembre de 1996.

(41) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, tomo III, pág. 137.

(42) SSTs de 2 de diciembre de 1988, 1 de octubre de 1990, 28 de septiembre de 2006 y 10 de diciembre de 2009.

al daño provocado por el incumplimiento, criterio al que se añade con carácter muy amplio «y a las demás circunstancias», lo que permite tener en cuenta las especialidades que concurran en cada caso.

VII. EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL ADJUNTA A UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA INSCRITO EN EL REGISTRO

En la práctica son frecuentes las ventas de inmuebles con condición resolutoria por el impago de la totalidad del precio y que incorporan como pena por dicha resolución la facultad del vendedor de retener una parte o la totalidad de los pagos recibidos. Normalmente dichas ventas se documentan en escritura pública y se inscribe en el Registro a efectos informativos (43). El hecho de que conste en el Registro la existencia de la cláusula penal, no puede cambiar su naturaleza, ni para convertir en derecho real una obligación ni tampoco para cambiar el contenido de la cláusula penal acordado por los contratantes. No obstante, es evidente que al constar registralmente, los terceros que contraten con el titular registral derivado de dicho contrato de compraventa pueden conocer que este tiene un título claudicante sobre el inmueble mientras no pague la totalidad del precio y que la parte que haya pagado de mismo que pueda retener el vendedor en concepto de pena, en principio queda fuera de su alcance para cualquier reclamación.

En caso de incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado, se produce la resolución del contrato *ex* artículo 1504 del Código Civil y la reinscripción a favor del vendedor en base al artículo 59 del RH, siendo necesario para que ello tenga lugar la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Incumplimiento del comprador que, según el TS, ha de ser auténtico y verdadero, grave y claro e inequívoco; anteriormente se exigía una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, pero después el incumplimiento se objetiviza, siendo suficiente con un incumplimiento esencial de la obligación del comprador que frustre el fin práctico perseguido por las partes en el negocio.
2. Requerimiento judicial o notarial del vendedor al comprador de dar por resuelta la venta, no bastando un requerimiento de pago.
3. Que no exista oposición por parte del comprador, ya que como indica la RDGRN, de 29 de diciembre de 1982: «en caso contrario surge una cuestión de hecho que queda fuera de la calificación registral y ha de ser resuelta por los Tribunales, momento hasta el cual no cabe la reinscripción a favor del vendedor».

(43) La RDGRN, de 28 de marzo de 2000, dice que: «La cláusula penal es de efectos meramente personales y juega en el campo de la indemnización de daños y perjuicios entre las partes, por lo que no debería tener acceso al Registro, aun cuando se ha admitido su inscripción para no desvirtuar los términos del contrato». La RDGRN, de 4 de mayo de 1992, señala que: «Las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito, debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las condiciones resolutorias explícitas». En el mismo sentido las RRDGRN de 8 de octubre de 1991, 29 de junio de 1992 y 7 de febrero de 1990.

4. Consignación del precio y de los intereses si se extendió a ellos la condición resolutoria y teniendo claro que debe consignarse el total del precio sin poder deducir nada en concepto de cláusula penal dado que el importe de la misma es una cuestión de hecho que decidirán los tribunales en cada caso concreto (44). Actualmente la obligación de consignación, como reiteradamente ha señalado la DGRN, debe exigirse haya o no terceros posteriores al comprador y es un requisito tanto para cancelar como para reinscribir. Esta es la línea de actuación que adopta la RDGRN, de 29 de diciembre de 1982, luego seguida por la de 4 de diciembre de 2010.

Autores como DÍAZ ALABART (45) consideran que la DGRN hace en estas Resoluciones una interpretación incorrecta del artículo 175.6 del RH y contraria a lo que pactaron los contratantes y en contra de la tesis expuesta, entiende que «los documentos presentados por el vendedor son suficientes para proceder a la cancelación del asiento correspondiente a la compraventa frustrada sin exigir la consignación de los plazos cobrados que en este caso se retienen no como mero pago parcial sino en concepto de pena. Ello no supone dar otra eficacia, automática y extrajudicial a la cláusula penal que la que tiene de origen. La eficacia de la cláusula penal procede del acuerdo de voluntades y de que se haya producido el supuesto para el que se acordó, no precisa para ello de una sentencia. Justamente es esa eficacia automática y extrajudicial lo que se busca al pactar acordando su retención».

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M.: «Comentario al artículo 1154», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBADALEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART, tomo XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1993, págs. 481 a 489.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Comentario a la STS de 21 de mayo de 1991», en *PJ*, núm. 25, marzo de 1992.
- *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del TS*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992.
- DE CASTRO VÍTORES, G.: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, ed. Dykinson, Madrid, 2009.

(44) La RDGN, de 29 de diciembre de 1982, señala que: «Para cancelar el asiento de la compraventa y poder reinscribir a nombre del vendedor la finca, no basta con cumplir los requisitos del artículo 59 del RH, sino que ha de constatarse que el vendedor “cumplió otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6 del RH, del valor del bien vendido o del importe de los plazos que con las deducciones que procedan haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil”».

(45) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 170.

- DÍAZ ALABART, S.: «Comentario al artículo 1103 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 475 a 584.
- «La cláusula penal», en *Colección Derecho Español Contemporáneo*, ed. Reus, Madrid, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Cláusula penal y resolución del contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 385 a 408.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, págs. 1083 a 1095.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: «La moderación judicial de la cláusula penal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, págs. 1455 a 1494.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo 2, Trivium, 5.ª ed., Madrid, 1998.
- MÁS BADIÁ, M.ª D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995.
- MASIDE MIRANDA, E.: «La cláusula penal», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 427 a 523.
- ORTÍ VALLEJO, A.: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *RGLJ*, 1982, págs. 281 a 319.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», en *ADC*, vol. 46, 1993.
- SANCHO REBULLIDA, F.: «La pena convencional», en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.ª ed., J. M. Bosch, editor, Barcelona, 1994, págs. 272 a 284.
- VIVES MARTÍNEZ, G.: *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 8 de enero de 1945.
STS de 28 de diciembre de 1946.
STS de 29 de noviembre de 1962.
STS de 3 de julio de 1979.
STS de 10 de noviembre de 1983.
STS de 12 de marzo de 1984.
STS de 17 de marzo de 1986.
STS de 22 de octubre de 1990.
STS de 27 de diciembre de 1991.
STS de 14 de febrero de 1992.
STS de 25 de enero de 1995.
STS de 27 de enero de 1995.
STS de 12 de julio de 1996.
STS de 17 de octubre de 1998.
STS de 12 de enero de 1999.
STS de 10 de mayo de 2001.
STS de 3 de febrero de 2002.
STS de 6 de mayo de 2002.
STS de 15 de julio de 2002.
STS de 11 de noviembre de 2002.

STS de 5 de diciembre de 2003.
STS de 21 de junio de 2004.
STS de 15 de diciembre de 2004.
STS de 18 de julio de 2005.
STS de 20 de julio de 2005.
STS de 3 de octubre de 2005.
STS de 5 de julio de 2006.
STS de 28 de septiembre de 2006.
STS de 31 de octubre de 2006.
STS de 7 de diciembre de 2006.
STS de 18 de diciembre de 2006.
STS de 4 de octubre de 2007.
STS de 25 de enero de 2008.
STS de 13 de febrero de 2008.
STS de 30 de abril de 2008.
STS de 18 de septiembre de 2008.
STS de 16 de octubre de 2008.
STS de 1 de junio de 2009.
STS de 26 de marzo de 2009.
STS de 22 de abril de 2009.
STS de 29 de diciembre de 2009.
STS de 5 de octubre de 2010.
STS de 4 de mayo de 2011.
STS de 17 de enero de 2012.
STS de 15 de febrero de 2012.
SAP de Asturias, de 23 de enero de 2012.
RDGRN de 29 de diciembre de 1982.
RDGRN de 17 de febrero de 1990.
RDGRN de 8 de octubre de 1991.
RDGRN de 4 de mayo de 1992.
RDGRN de 29 de junio de 1992.
RDGRN de 28 de marzo de 2000.
RDGRN de 4 de diciembre de 2010.

RESUMEN

CLÁUSULA PENAL

En este trabajo analizamos una figura muy presente en todo el ámbito contractual como es la cláusula penal, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Exponemos las funciones que puede desempeñar distinguiendo una función de garantía destinada al cumplimiento de la obligación principal, una función liquidadora de los daños y perjuicios que produciría al acreedor el incumplimiento o cumplimiento de

ABSTRACT

PENALTY CLAUSE

This paper looks at a high-profile concept present throughout contractual dealings, the penalty clause. The functions penalty clauses can perform are mapped out based on Spanish Supreme Court jurisprudence. A distinction is drawn between the functions of penalty-clause-as-guarantee (ensuring the discharge of the primary obligation), penalty-clause-as-settler-of-damages (providing creditor's indemnification

fectuoso de la obligación, así como la función consistente en pactar una prestación cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena acordada.

Se analiza la moderación judicial de la cláusula penal ex artículo 1154 del Código Civil, los requisitos de la moderación, el carácter imperativo de la misma, así como los criterios que la posibilitan. Finalmente se estudia la eficacia de la cláusula penal adjunta a un contrato de compraventa con cláusula resolutoria expresa inscrito en el Registro.

for damages due to breach of contract or defective discharge of an obligation) and penalty-clause-as-service-agreement (promising a service whose performance enables the performing party to pay the accorded penalty in order to desist from discharge of the main obligation).

Examination is devoted to the issues of judicial moderation of penalty clauses under section 1154 of the Civil Code, the requirements for moderation, the imperative nature of moderation and the criteria permitting moderation. Last, there is a look at the efficacy of penalty clauses when attached to a contract of sale with an express defeasance that has been registered.

1.6. Responsabilidad civil

CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL SUMINISTRADO EN RÉGIMEN PÚBLICO Y EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN: VIS ATRACTIVA DEL ORDEN CONTENCIOSO VERSUS VIS RESIDUAL DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y GERIÁTRICOS: CUESTIONES FUNDAMENTALES: 1. NOCIÓN TÉCNICA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CENTRO INTEGRADO EN UN SERVICIO SANITARIO NO EXCLUSIVO. 2. LAS RESIDENCIAS COMO SERVICIOS DE USO O CONSUMO COMÚN, ORDINARIO Y GENERALIZADO: CONSECUENCIAS TÉCNICAS Y JURÍDICAS DE LA CALIFICACIÓN DEL RESIDENTE COMO USUARIO. 3. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUS MODALIDADES: EL SISTEMA DE RESIDENCIAS PÚBLICAS, CONCERTADAS Y PRIVADAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO RESIDENCIAL.—II. APROXIMACIÓN AL DENOMINADO CONTRATO RESIDENCIAL O DE HOSPEDAJE COMO NEGOCIO ATÍPICO.—III. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE CENTROS RESIDENCIALES: 1. PRETENSIONES RESARCITORIAS ENTABLADAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRA ENTIDADES ADJUDICATARIAS DE PLAZAS RESIDENCIALES: JURISDICCIÓN COMPETENTE. 2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RÉGIMEN DE RECLAMACIONES PRECEPTIVAS PREVIAS: EL REQUERIMIENTO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN.—IV. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD Y